Tribunal de Arbitramento

Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation

v.

Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en liquidación

Mayo 13 de 2005

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cinco (2005).

Encontrándose surtidas todas las actuaciones previstas en la ley y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, este tribunal de arbitramento profiere el laudo correspondiente dentro del proceso arbitral integrado para dirimir las controversias existentes entre Teleconsorcio S.A. S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd., y Sumitomo Corporation (en adelante el "Consorcio"), de una parte, y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en liquidación (en adelante "Telecom"), de la otra, surgidas con ocasión del convenio de asociación a riesgo compartido C-0060-95 suscrito el 27 de diciembre de 1995, modificado mediante los convenios adicionales 1 del 26 de abril de 1996, 2 del 27 de junio de 1996, 3 del 27 de agosto de 1996, 4 del 27 de febrero de 1997 y 5 del 19 de febrero de 2003, laudo que se profiere en derecho y se adopta con el voto unánime de los tres (3) árbitros que suscriben.

I. Antecedentes

1. El convenio.

El 27 de diciembre de 1995 las partes suscribieron el convenio de asociación a riesgo compartido C-0060-95, el cual fue modificado mediante los convenios adicionales 1 del 26 de abril de 1996, 2 del 27 de junio de 1996, 3 del 27 de agosto de 1996, 4 del 27 de febrero de 1997 y 5 del 19 de febrero de 2003, cuyo objeto era "regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarían conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de Telecomunicaciones que permitiera a Telecom la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública conmutada para Bogotá, D.C. y Soacha en la zona E, de conformidad con el plan de negocios acordado".

2. El pacto arbitral.

En la demanda inicial y en la de reconvención, se adujo la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima séptima del convenio de asociación a riesgo compartido C-0060-95 suscrito el 27 de diciembre de 1995. Como consta a folios 759 a 761 del cuaderno principal 2 y como lo manifestaron las partes en la iniciación de la audiencia de nombramiento de árbitros, el pacto arbitral en mención fue modificado de común acuerdo el 19 de febrero de 2003 a través del convenio adicional 5.

Las dos versiones de la citada cláusula vigésima séptima del convenio de asociación a riesgo compartido C-0060-95 suscrito el 27 de diciembre de 1995, esto es, el texto que estaba vigente cuando las partes solicitaron la convocatoria del tribunal y el que convinieron el 19 de febrero de 2003, reúnen los requisitos de ley, la primera para efectos de la presentación de las solicitudes de convocatoria del tribunal y la sustitutiva para la designación de los árbitros y la continuación del proceso y son del siguiente tenor:

Cláusula vigésima séptima del convenio de asociación a riesgo compartido C-0060-95 suscrito el 27 de diciembre de 1995:

"Cláusula vigésima séptima. arbitraje y ley aplicable. En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, 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 (2ª) instancia conformada por el presidente de Telecom y el representante de el Consorcio, quienes buscarán una solución, aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, el asunto se resolverá mediante conciliación o arbitraje, conforme a las leyes colombianas, los cuales solo procederán para aquellos casos que involucren cuantías superiores al diez por ciento (10%) del valor de la inversión. Caso contrario, se aplicará lo dispuesto en la cláusula referente al "comité de coordinación". El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros, dos (2) de ellos a ser designados por las partes de mutuo acuerdo y el tercero (3º) a ser designado por los árbitros de consuno, o en su defecto, por la cámara de comercio de Santafé de Bogotá, D.C. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Santafé de Bogotá, D.C. El laudo arbitral obligará a ambas partes y será definitivo y obligatorio 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 vencida reembolsará a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el tribunal según lo abonado por esta con motivo del procedimiento".

Cláusula vigésima séptima modificada según el convenio adicional 5 suscrito el 19 de febrero de 2003:

"Cláusula vigésima séptima. arbitraje y ley aplicable. En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, 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 el presidente de Telecom y el representante del Consorcio, quienes buscarán una solución aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, el asunto se resolverá mediante arbitraje, conforme a las leyes colombianas, el cual solo procederá para aquellos casos que involucren cuantías superiores al diez por ciento (10%) del valor de la inversión. Caso contrario, se aplicará lo dispuesto en la cláusula décima "comité de coordinación". El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros los cuales serán designados por las partes de mutuo acuerdo. Si por cualquier causa no se logra el mutuo acuerdo para la designación de alguno de los árbitros dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a aquel en que las partes sean convocadas para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, cualquiera de las partes podrá solicitar a dicho centro que se proceda a hacer las designaciones correspondientes de los que faltaren. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Bogotá, D.C. El laudo arbitral obligará a ambas partes y será definitivo y obligatorio 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 proferirse el laudo, la parte vencida reembolsará, a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el tribunal, según lo acordado por esta, con motivo del procedimiento".

3. Las partes.

La parte convocada y reconviniente es la Empresa Nacional de Comunicaciones, Telecom, en liquidación, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional y tiene su domicilio en Bogotá, D.C.

La parte convocante y demandante inicial, está integrada por Teleconsorcio S.A. S.A. y Telepremier S.A. las cuales son sociedades comerciales legalmente existentes, constituidas bajo las leyes de la República de Colombia y con domicilio en Bogotá, D.C.; y por NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd., y Sumitomo Corporation, las cuales son sociedades extranjeras, constituidas bajo las leyes de Japón y con domicilio principal en Tokio. Sin embargo, tal y como se acreditó en la audiencia que tuvo lugar el 31 de enero de 2005, Nissho Iwai Corporation se fusionó con la compañía Nichimen Corporation, hoy Sojitz Corporation. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, queda entendido que a Sojitz Corporation, como sucesor de la compañía Nissho Iwai Corporation, la vinculan los efectos del presente laudo.

Sin embargo, de los autos, particularmente frente al texto del compromiso consorcial celebrado por aquellas el 22 de noviembre de 1995 y las cuatro modificaciones introducidas al mismo hasta enero de 1999 (cfr. fls. 235 a 260

del cdno. pbas. 1), se desprende con suficiente claridad que Teleconsorcio S.A. es el cesionario de la totalidad de derechos y acciones derivados del convenio que inicialmente les correspondían a las sociedades que conforman la parte convocante. En efecto,

(i) De acuerdo con el contenido del documento modificatorio del compromiso consorcial, suscrito el 26 de agosto de 1996 entre las "compañías japonesas" y las "compañías colombianas", las primeras manifestaron su voluntad de ceder, de manera total, definitiva e irrevocable a favor de las segundas, los derechos, títulos e intereses con relación a todas las sumas de dinero que fueren pagables o pagaderas a favor del Consorcio o a cada uno de sus integrantes en razón de la ejecución del convenio C-0060-95, "… de forma tal que en adelante todos los derechos, títulos e intereses cedidos, al igual que las sumas de dinero de ello resultantes o por ellos generadas, quedarán radicados exclusivamente en Teleconsorcio y Telepremier".

(ii) A su turno, entre estas dos últimas sociedades, en mérito de lo pactado en esos mismos documentos modificatorios del compromiso consorcial en mención, se configura frente a Telecom, en su condición de entidad pública contratante, bajo los términos de los artículos 1634, 1638 y 1639 del Código Civil y en lo que respecta a la percepción de cualquier ingreso, fruto o producto vinculado al desarrollo del convenio C-0060-95, una inequívoca diputación para el cobro en cabeza de la Sociedad Teleconsorcio S.A., atribución que por lo demás le viene a la medida dada su naturaleza de compañía operadora y vehículo, en general, de la explotación comercial del proyecto, creada con tal fisonomía por las "compañías japonesas" contratistas.

Así las cosas, si bien los componentes de dicha parte concurrieron al proceso conformando un litisconsorcio facultativo o voluntario, la verdad es que Teleconsorcio S.A. hubiera podido por sí solo incoar la acción que dio origen al presente litigio.

Cosa distinta es que, al interior de esos compromisos, Teleconsorcio S.A. haya tenido o tenga que efectuar pagos, reembolsos o distribuciones entre los consorciados.

4. Trámite del proceso.

4.1. Trámite prearbitral.

El día 30 de julio de 2002 el Consorcio solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento formulando demanda contra Telecom ante el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá (en adelante el "centro de arbitraje").

El 14 de agosto de 2002 el director del centro de arbitraje admitió la solicitud de convocatoria y de ella corrió traslado a Telecom.

El 28 de agosto de 2002 la convocada se notificó de la anterior providencia.

Atendiendo la solicitud conjunta de las partes, el proceso se suspendió entre el 28 de agosto y el 18 de octubre de 2002, ambas fechas incluidas.

El 31 de octubre de 2002 Telecom dio contestación a la demanda, mediante escrito en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito. Igualmente, en esa misma fecha, formuló demanda de reconvención contra el Consorcio.

Mediante decisión del 7 de noviembre de 2002, el centro de arbitraje admitió la demanda de reconvención y dispuso correrle traslado a la parte convocante.

Por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido entre el 14 de noviembre de 2002 y el 28 de enero de 2003.

El 7 de febrero de 2003 el Consorcio dio contestación a la demanda de reconvención, mediante escrito en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

Con fundamento en la cláusula vigésima séptima del convenio, modificada por el convenio adicional 5 suscrito el

19 de febrero de 2003, las partes designaron a los árbitros.

Luego de efectuadas las comunicaciones y conocidas las aceptaciones de los árbitros, en desarrollo de lo previsto en el artículo 142 del Decreto 1818 de 1998, las partes concurrieron a la audiencia de instalación de este tribunal, que tuvo lugar el día 10 de abril de 2003.

Encontrándose este proceso en la etapa prearbitral la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-1038 el 28 de noviembre de 2002, que fuera notificada por edicto fijado el 13 de enero y desfijado el 15 de enero de 2003, por virtud de la cual, entre otras cosas, esa alta corporación declaró inexequible la expresión "Previo a la instalación del tribunal de arbitramento" y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998; exequible el resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación; y exequible el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, excepto la expresión "y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si esta fuere parcial" que se declaró inexequible. Al respecto y frente a este proceso, mediante auto 2 del 15 de mayo de 2003, el tribunal consideró que el pronunciamiento de la Corte Constitucional no afectaba las actuaciones que ya se habían surtido, siendo del caso propender por el adelantamiento de las que se encuentran pendientes.

Como consecuencia de lo anterior, el tribunal dispuso correr traslado simultáneo de las excepciones de mérito propuestas tanto por la entidad pública convocada como por las sociedades convocantes en los escritos de contestación a la demanda principal y a la de reconvención, con el fin de que las partes pudieran solicitar la práctica de las pruebas que a bien tengan sobre los hechos en que se fundamentan unas y otras. La parte convocada hizo uso de ese derecho en escritos presentados el 30 de mayo de 2003.

Igualmente, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, el tribunal señaló como oportunidad para procurar la conciliación entre las partes, el día 3 de junio de 2003 a las 9:30 a.m. En esa oportunidad el tribunal explicó a las partes el objeto de esta audiencia, su contenido y alcance, y los invitó a conciliar sus diferencias, para lo cual les concedió el uso de la palabra. Las partes manifestaron que estaban conversando sobre la posibilidad de conciliar algunas de las controversias sometidas al conocimiento del tribunal relacionadas con aspectos técnicos, para dejar la definición de los demás al tribunal. Por lo anterior, las partes de común acuerdo solicitaron la suspensión de esta audiencia hasta el día 10 de junio próximo, inclusive. Sin embargo, la continuación de esta audiencia hubo de aplazarse con ocasión del trámite a que dieron lugar las reformas de las demandas inicial y de reconvención, y las solicitudes de las partes, como se relata a continuación, y a la falta de autorización previa de la junta liquidadora por parte del liquidador de Telecom. En la continuación de la audiencia, el 27 de agosto de 2003 las partes manifestaron que no les fue posible llegar a ningún acuerdo y después del intercambio de opiniones entre ellas, se vio clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo, por lo cual solicitaron dar por concluida esta etapa porque no existía ánimo conciliatorio.

El 13 de junio de 2003 la parte convocante presentó una reforma de su demanda, la cual fue admitida por auto 5 del 17 de junio de 2003, que fue notificado personalmente a las partes y al Ministerio Público el 20 de junio siguiente.

El 1º de julio de 2003 Telecom dio respuesta a la reforma de la demanda de reconvención, mediante escrito en el cual reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

Igualmente, mediante escrito del 4 de julio de 2003 la parte convocada reformó su demanda de reconvención, la cual fue admitida en auto 6 del 9 de julio de 2003, que fue notificado personalmente a la parte convocante el 10 de junio siguiente, a la parte convocada el día 14 del mismo mes, y al Ministerio Público el día 15 siguiente.

Contra la providencia anterior el Consorcio interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto negativamente por el tribunal en auto 8 del 11 de agosto de 2003.

Dentro del nuevo traslado de las excepciones mutuamente formuladas, ambas partes pidieron pruebas adicionales, según escritos del 26 y 29 de agosto de 2003 presentados por la convocante y la convocada, respectivamente.

4.2. Trámite arbitral.

La primera audiencia de trámite se inició el 8 de septiembre de 2003 y en ella, mediante auto 12 de dicha fecha, confirmado por auto 14 del 22 de octubre del mismo año, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. Igualmente, por auto 15 del 22 de octubre de 2003, confirmado por auto 16 de la misma fecha, decretó pruebas. Finalmente, mediante auto 17 de esa misma fecha, atendiendo la solicitud de las partes, el tribunal decretó la suspensión del proceso entre el 27 de octubre de 2003 y el 1º de febrero de 2004. Con la ejecutoria de estas providencias se dio por terminada la primera audiencia de trámite.

Entre el 2 de febrero y el 19 de noviembre, ambos del 2004, período dentro del cual las partes solicitaron la suspensión del proceso en varias ocasiones y prorrogaron el término de duración del mismo, como se verá, se instruyó el proceso, se resolvieron varias solicitudes de las partes y de terceros peticionarios y, finalmente, por auto 50 de la fecha últimamente citada, el tribunal declaró cerrado el debate probatorio y señaló fecha para audiencia de alegaciones para el día 17 de diciembre de 2004. No obstante, por solicitud del Ministerio Público esa audiencia tuvo que ser aplazada para llevarse a cabo el día 31 de enero de 2005. En esta fecha se realizó audiencia en la cual los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes resúmenes escritos. Igualmente, el señor procurador décimo judicial presentó su concepto y un resumen escrito de su intervención.

Así las cosas, el presente proceso se tramitó en cuarenta y dos (42) audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron pruebas, se resolvieron varias solicitudes de las partes y de terceros peticionarios, se recibieron sus alegaciones finales y ahora se profiere el fallo correspondiente.

Corresponde entonces al tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 22 de octubre de 2003, el plazo legal inicial para fallar vencía el 22 de abril de 2004. No obstante, por solicitud conjunta de las partes el proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: entre el 27 de octubre de 2003 y el 1º de febrero de 2004 (acta 5); entre el 20 de febrero y el 11 de marzo de 2004 (acta 19); entre el 22 de abril y el 24 de mayo de 2004 (auto 33); entre el 7 de julio y el 30 de agosto de 2004 (acta 29); entre el 2 y el 8 de septiembre de 2004 (acta 30); entre el 15 y el 30 de septiembre de 2004 (acta 31); entre el 2 y el 21 de octubre de 2004 (acta 32); entre el 20 de noviembre y el 16 de diciembre de 2004 (acta 35); y entre el 16 de diciembre de 2004 y el 20 de enero de 2005 (acta 37), para un total de 314 días calendario, de manera que dicho plazo se extendió hasta el 1º de marzo de 2005. Finalmente, tal y como consta en el acta 30 del 1º de septiembre de 2004, las partes prorrogaron el término de duración del proceso en tres (3) meses, de manera que el plazo final es el día 1º de junio de 2005.

4.3. La demanda reformada y su contestación.

Teniendo en cuenta que la parte convocante integró en un solo escrito su demanda inicial y la reforma de la misma efectuada, el tribunal hará referencia al texto final integrado.

(i) Las pretensiones del consorcio

En la demanda arbitral, la parte convocante formuló las siguientes pretensiones:

“Principales

Primera: declarar que conforme a la cláusula 5.4 del anexo financiero el valor de rescate libre de deducciones y retenciones del convenio a 27 de marzo de 2002, es la suma de ciento treinta y seis millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos tres dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos (US$136.751.803.60), o la suma superior que se demuestre en este proceso, la cual debió ser pagada por Telecom a las convocantes a más tardar el 26 de abril de 2002.

Segunda: declarar que, el valor de la inversión adicional realizada por las convocantes y reconocida por Telecom durante la ejecución del convenio, fue la suma total de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US $3.305.658.59.) o la suma superior que se demuestre en este proceso.

Tercera: declarar que como resultado del cálculo del valor adicional del 3 por mil por concepto de “gravamen a los

movimientos financiero", el valor del nuevo impuesto corresponde a la suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US $190.588.60) o la suma superior que se demuestre en este proceso, valor que Telecom debió pagar a las convocantes a más tardar el 26 de abril de 2002.

Cuarta: declarar que la transferencia de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles, las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada durante la ejecución del convenio, los equipos y servidumbres y demás derechos obtenidos, está condicionada a que Telecom pague a las convocantes la totalidad del valor de rescate, la inversión adicional indicada y el gravamen a los movimientos financieros indicados en las pretensiones primera, segunda y tercera.

Quinta: declarar que Telecom debe pagar a las convocantes la totalidad de los gastos que estas demuestren haber incurrido por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento, y derechos derivados de contratos sobre inmuebles, desde el 27 de marzo de 2002 y hasta que le sea transferida la propiedad de la infraestructura a Telecom.

Sexta: como consecuencia de la terminación del convenio ocurrida el día 27 de marzo de 2002, por vencimiento de su término, realizar la liquidación del convenio, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 5.4 del anexo financiero.

Séptima: condenar a Telecom a pagar a las convocantes la suma de ciento cuarenta millones doscientos cuarenta y ocho mil cincuenta dólares con setenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos (US $140.248.050.79), o la suma superior que se demuestre en este proceso, discriminada así:

1. Como consecuencia de la liquidación del convenio conforme se establece en la pretensión sexta principal, la suma de ciento treinta y seis millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos tres dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$136.751.803.60), o la suma superior que se demuestre en este proceso, por concepto de valor de rescate libre de deducciones y retenciones.

2. La suma de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US $3.305.658.59), o la suma superior que se demuestre en este proceso, por concepto de inversión adicional.

3. La suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190.588.60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de impuesto al "gravamen de los movimientos financieros" (3x1000).

Las anteriores sumas deberán ser pagadas por Telecom a las convocantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del laudo así:

1. A las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd. y Sumitomo Corporation, en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del dieciocho por ciento (18%) en dólares de los Estados Unidos de América, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago.

2. A las sociedades colombianas Teleconsorcio S.A. S.A. y Telepremier S.A., en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del dieciocho por ciento (18%) en dólares de los Estados Unidos de América, sin exceder de la máxima tasa permitida por la ley, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago, liquidadas en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o la que haga sus veces, del día efectivo de su pago.

Octava: condenar a Telecom a pagar a las convocantes, como consecuencia de la tenencia y el uso de la infraestructura, la totalidad de los gastos que se demuestren por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento, y derechos derivados de contratos sobre inmuebles, causados desde el 27 de marzo de 2002 y hasta que le sea trasferida la propiedad a Telecom.

Los gastos en proporción que le correspondan a las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation deberán ser pagados en dólares de los Estados Unidos de América conforme a la moneda estipulada.

Novena: ordenar a (sic) Telecom a recibir el dominio de todos los bienes muebles e inmuebles, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos y todas las facilidades provistas en el convenio entre las cuales se encuentra la infraestructura, y los equipos puestos a su disposición en tenencia precaria por las convocantes, dentro de los cinco (5) días siguientes al pago de las condenas impuestas en el laudo.

Décima: condenar a la convocada al pago de las costas y agencias en derecho.

Subsidiarias

Primera: en subsidio de la pretensión séptima principal, condenar a Telecom a pagar a las convocantes la suma de ciento cuarenta millones doscientos cuarenta y ocho mil cero cincuenta punto setenta y nueve dólares de los Estados Unidos (US$140.248.050,79), o la suma superior que se demuestre en este proceso, discriminada así:

1. Como consecuencia de la liquidación del convenio conforme se establece en la pretensión sexta principal, la suma de ciento treinta y seis millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos tres con sesenta centavos (US$136’751.803,60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de valor de rescate libre de deducciones y retenciones.

2. La suma de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$3’305,658.59), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de inversión adicional.

3. La suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190,588.60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de impuesto al “gravamen a los movimientos financieros” (3X1000).

Las anteriores sumas deberán ser pagadas por Telecom a las convocantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del laudo así:

1. A las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd. y Sumitomo Corporation, en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del doce por ciento (12%) en dólares de los Estados Unidos de América causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago.

2. A las sociedades colombianas Teleconsorcio S.A. S.A. y Telepremier S.A., en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del doce por ciento (12%) en dólares de los Estados Unidos de América, sin exceder de la máxima tasa permitida por la ley, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago, liquidadas en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o la que haga sus veces, del día efectivo de su pago.

Segunda: en subsidio de la primera pretensión subsidiaria anterior, condenar a Telecom a pagar a las convocantes la suma de ciento cuarenta millones doscientos cuarenta y ocho mil cero cincuenta punto setenta y nueve dólares de los Estados Unidos (US$140.248.050,79), o la suma superior que se demuestre en este proceso, discriminada así:

1. Como consecuencia de la liquidación del convenio conforme se establece en la pretensión sexta principal, la suma de ciento treinta y seis millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos tres con sesenta centavos (US$136’751.803,60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de valor de rescate libre de deducciones y retenciones.

2. La suma de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$3’305,658.59), o la superior que se demuestre en este

proceso, por concepto de inversión adicional.

3. La suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190,588.60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de impuesto al "gravamen a los movimientos financieros" (3X1000).

Las anteriores sumas deberán ser pagadas por Telecom a las convocantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del laudo, así:

1. A las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd. y Sumitomo Corporation, en la proporción que corresponda, con los intereses en dólares de los Estados Unidos de América liquidados a la tasa del diez y ocho por ciento (18%), causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago.

2. A las sociedades colombianas Teleconsorcio S.A. S.A. y Telepremier S.A., en la proporción que corresponda, con los intereses correspondientes liquidados a la máxima tasa de interés permitida por la ley, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago, liquidadas en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o la que haga sus veces, del día 30 de abril de 2002.

Tercera: en subsidio de la segunda pretensión subsidiaria, condenar a Telecom a pagar a las convocantes la suma de ciento cuarenta millones doscientos cuarenta y ocho mil cero cincuenta punto setenta y nueve dólares de los Estados Unidos (US$140.248.050,79), o la suma superior que se demuestre en este proceso, discriminada así:

1. Como consecuencia de la liquidación del convenio conforme se establece en la pretensión sexta principal, la suma de ciento treinta y seis millones setecientos cincuenta y un mil ochocientos tres con sesenta centavos (US$136'751.803,60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de valor de rescate libre de deducciones y retenciones.

2. La suma de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$3'305,658.59), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de inversión adicional.

3. La suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190,588.60), o la superior que se demuestre en este proceso, por concepto de impuesto al "gravamen a los movimientos financieros" (3X1000).

Las anteriores sumas deberán ser pagadas por Telecom a las convocantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del laudo, así:

1. A las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd. y Sumitomo Corporation, en la proporción que corresponda, con los intereses en dólares de los Estados Unidos de América liquidados a la tasa del doce por ciento (12%), causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago.

2. A las sociedades colombianas Teleconsorcio S.A. S.A. y Telepremier S.A., en la proporción que corresponda, con los intereses correspondientes liquidados a la máxima tasa de interés permitida por la ley, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago, liquidadas en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o la que haga sus veces, del día 30 de abril de 2002".

(ii) Los hechos de la demanda reformada

La demanda planteó unos hechos relacionados con los antecedentes del convenio, otros relacionados con el convenio, algunos sobre el modelo económico y, finalmente, los que versan sobre la ejecución del convenio, todos los cuales pueden resumirse así:

Hechos relacionados con los antecedentes del convenio:

1. El 20 de octubre de 1995 el Centro Nacional de Consultoría elaboró un "Estudio para Estimar la Demanda Potencial por Líneas Telefónicas", que serviría de base para que posteriormente Telecom invitara a varias

empresas a participar en el proyecto para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para Bogotá, D.C. y Soacha, en un mercado desatendido de aproximadamente 700 mil líneas, dividiendo el área en 5 zonas: A, B, C, D, E.

2. Telecom convocó a una reunión a sus principales proveedores de equipos, entre otros a NEC Corporation, con el fin de dar a conocer el proyecto. Posteriormente Telecom efectuó un sorteo para determinar sobre cuál de las zonas debía cada invitado presentar su oferta.

3. Realizado el sorteo, mediante oficio 00100000-002300 del 31 de octubre de 1995 Telecom invitó a NEC Corporation a presentar una propuesta básica obligatoria para la zona E y alternativa obligatoria para la zona A del proyecto, para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para Bogotá, D.C. y Soacha, al cual se acompañaron los términos de la invitación fundamentada en la Ley 37 de 1993 y en las normas de derecho privado.

4. La propuesta debía someterse a las condiciones técnicas de la solicitud de cotización anexa a la misma, cotizando por separado los elementos necesarios para la interconexión entre las cinco zonas con la Empresa de Teléfonos de Bogotá "ETB", Telecom y los operadores celulares, y se indicó que el contrato a suscribir en caso de aceptarse la propuesta, se sujetaría a la Ley 37 de 1993 y al derecho privado, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

5. En el capítulo II de la invitación se estableció el escenario financiero y económico sobre el cual se desarrollaría el proyecto, base para el cálculo de las proyecciones económicas que permitieran a los oferentes el diseño y presentación de su plan de negocios para contratar, a riesgo compartido, la prestación del servicio objeto del proyecto.

6. Telecom exigió en la propuesta que los oferentes debían proponer un plan de negocios que estableciera el equilibrio económico y financiero de ambas partes; incluir los cálculos de los ingresos, la duración, rentabilidad, las condiciones en que aquella entidad podía adquirir la infraestructura y el valor de salvamento, así como todas las inversiones, costos y gastos que demandara el proyecto.

7. Como parte esencial de la propuesta Telecom exigió que los oferentes debían proponer el nivel de riesgo expresado en términos de porcentaje de desviación máxima por exceso o por defecto sobre el flujo de caja del oferente.

8. De acuerdo con el numeral 3.2.1.2 del capítulo III de la invitación, la proyección de líneas para las zonas A y E estaba estimada en 110.000 líneas, cada zona, habida cuenta que el proyecto total de Bogotá se estimó en 550.000 líneas. La proyección de líneas para la zona E estimada en 110.000, se utilizó para la presentación de la propuesta financiera y técnica y fue la cantidad de líneas del convenio.

9. El 11 de noviembre de 1995 Telecom entregó a las empresas invitadas a cotizar la Circular 1 mediante la cual se prorrogó el plazo para la presentación de las ofertas hasta el 24 de noviembre de 1995 y se modificó el término para el estudio y la preselección de ofertas, el cual se estableció en 9 días.

10. La invitación anexaba la minuta del contrato, la cual se modificó por Circular 2 del 17 de noviembre de 1995 y en la audiencia celebrada el 22 de noviembre siguiente, Telecom manifestó que la propuesta de financiación sería iniciativa del asociado pero que tenía que ajustarse a la Ley 37 de 1993.

11. Adicionalmente, en dicha circular Telecom indicó que con base en el estudio de demanda se podía ajustar el plan de negocios y el modelo económico dentro de un plazo máximo de 2 meses contados a partir de la suscripción del convenio, plazo que en la audiencia del 22 de noviembre se amplió a 4 meses. El ajuste debía basarse en un estudio de la demanda y recaía sobre el número de líneas y duración del convenio, permaneciendo inmodificable su precio —entendido como el de las líneas y no el de la inversión total efectuada por los asociados—, tasa de descuento ofrecida y las demás variables económicas. El objeto del estudio de demanda era el de ajustar el proyecto de 110.000 líneas a la demanda real y, por tanto, de ser preciso, modificar el plan de negocios y el modelo económico, el cual en ningún caso podía exceder las 110.000 líneas inicialmente estimadas.

12. En la audiencia del 22 de noviembre, el vicepresidente jurídico de Telecom autorizó la presentación por parte de los oferentes los esquemas financieros que consideraran convenientes, y advirtió que el contrato era de adhesión. Finalmente, dicho funcionario manifestó que el modelo económico lo debía proponer el oferente y que la recuperación de la inversión, el nivel de riesgo y el término de duración del convenio, estaría determinado en el documento que ofreciera cada uno de los proponentes.

13. Telecom otorgó a los proponentes 15 días para presentar su oferta, los cuales se prorrogaron por una semana adicional de acuerdo con la Circular 1.

14. Dentro del plazo establecido por Telecom, el Consorcio, para ese entonces integrado por las compañías japonesas Nec Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co. Ltd. y Sumitomo Corporation, presentó oferta conforme a los términos de referencia y a los adendos 1 y 2. Así mismo, se anexó el plan de negocios con una oferta básica para la zona E y una alternativa para la zona A con un total de 110.000 líneas cada zona y un esquema financiero según el cual la inversión, costos y gastos correspondientes a las líneas instaladas (estimadas en 110.000), serían recuperados con una tasa de descuento del 12% en dólares americanos y con un nivel de riesgo aproximado del 10%, para lo cual se utilizaría el tipo de cambio a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de cada revisión financiera.

15. El 16 de diciembre de 1995 mediante oficio 00010000-002997, Telecom informó al Consorcio que su oferta básica había sido preseleccionada para iniciar la etapa de negociación de las zonas E y A, le otorgó un término de 3 días para negociar los términos de la oferta presentada, y le indicó que no existiría negociación sobre la minuta del convenio, lo cual se apartaba de los términos de la invitación. En la minuta presentada por Telecom para la firma, había cláusulas adicionadas que no fueron de conocimiento previo del Consorcio por no haber sido incluidas en la minuta adjunta a la invitación ni en la Circular 2, ni en la audiencia del 22 de noviembre.

16. Las partes acordaron que a la terminación del convenio, este debía liquidarse con base en el flujo de caja proyectado del modelo económico, y Telecom aceptó que la liquidación se hiciera con base en las líneas instaladas y no sobre las vendidas.

17. En reunión del 19 de diciembre de 1995 las partes acordaron los términos financieros de la negociación, entre otros: el valor de la inversión de USD$108.040.715; un descuento sobre la inversión del 6%; un anticipo del 6% sobre el valor de la inversión, equivalente a la suma de US$6.482.442.94; una tasa de descuento del 12%; una duración del convenio de 75 meses; y un nivel de riesgo de aproximadamente 10% sobre el flujo de caja anual descontado el repago del leasing. El IVA se ajustó al 16% y el impuesto sobre la renta al 35%. Los demás conceptos financieros incluidos en los términos de referencia y en la solicitud de cotización se mantuvieron, y las modificaciones mencionadas se incluyeron en el anexo financiero, aprobado por las partes después de la firma del convenio y formó parte del acta de la reunión, en la cual se acordó que el parámetro de líneas vendidas sería usado para efectuar las revisiones anuales y que el parámetro de líneas instaladas se utilizaría para efectuar la liquidación del convenio.

18. Mediante oficio del mes de diciembre de 1995, el Ministerio de Comunicaciones aprobó el proyecto de telefonía local preparado por Telecom y señaló unas condiciones bajo las cuales esta entidad debía desarrollarlo.

19. Las 110.000 líneas acordadas podían ser disminuidas como resultado de las revisiones que se hicieran al modelo económico como consecuencia del estudio de demanda que debía realizar el Consorcio.

Hechos relacionados con el convenio:

1. El 21 de noviembre de 1995 las sociedades Nec Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co. Ltd. y Sumitomo Corporation, celebraron un compromiso consorcial con el fin de presentar una oferta conjunta a la invitación a cotizar.

2. El 27 de diciembre de 1995 se suscribió el convenio entre el Consorcio y Telecom.

3. El 2 de agosto de 1996 Telecom autorizó la incorporación de las sociedades colombianas Telepremier S.A. y Teleconsorcio S.A. S.A. al Consorcio, bajo ciertas condiciones ajustadas a la invitación y a la Circular 2.

4. El 23 de agosto de 1996 el Consorcio modificó el compromiso consorcial, incorporando a las mencionadas sociedades y designándolas representantes del Consorcio y posteriormente se confirmó a la sociedad Teleconsorcio S.A. S.A. como operador del proyecto, autorizándola a recibir los ingresos que tuvieran derecho a percibir, para destinarlos al pago de las obligaciones del Consorcio y distribuir los saldos entre los consorciados.

5. De acuerdo con la cláusula 1º, el objeto del convenio era: "Regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarían conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de Telecomunicaciones que permitiera a Telecom la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública conmutada para Bogotá, D.C., y Soacha en la zona E, de conformidad con el plan de negocios acordado".

6. En la cláusula 3º se estableció que el Consorcio pondría a disposición de Telecom las facilidades por él ofrecidas, incluidos los equipos, las redes y la infraestructura y que ellas podrían ser instaladas en predios de propiedad de esta entidad o de terceros.

7. En la cláusula 4º literal a) se estableció como obligación del Consorcio la de entregar, instalar y poner en funcionamiento las redes y equipos necesarios e idóneos con todos sus accesorios, para la prestación del servicio. Adicionalmente, la de suministrar los repuestos que garantizaran el normal funcionamiento de las centrales telefónicas y demás equipos adquiridos y la de garantizar su stock en función de las estadísticas de funcionamiento por un período no inferior a 2 años.

8. De acuerdo con la cláusula 1º del anexo financiero, el consorcio estaba en la obligación de entregar, instalar y poner en funcionamiento 110.000 líneas nuevas, sobre las cuales participaría por derechos de conexión, y su instalación se haría en dos fases. El número de líneas a instalar y, por consiguiente el valor de la inversión o la duración del convenio, podrían ser modificados como consecuencia del estudio de demanda, lo que a su vez llevaría a la revisión del modelo económico, el cual se ajustaría en un plazo de 4 meses.

9. Según la cláusula 17 del convenio, el Consorcio debía constituir pólizas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, la calidad y correcto funcionamiento de los equipos, y para amparar el anticipo, las cuales fueron contratadas con la compañía Chubb de Colombia.

10. Según la cláusula sexta, Telecom se obligó a poner en funcionamiento la estructura y equipos suministrados por el Consorcio, operar, explotar y mantener los equipos y las redes, y a suscribir los contratos de servicio con los usuarios, ser el titular del servicio, velar por su continuidad y administrarlo. Adicionalmente, Telecom se obligó a disponer la entrega de los dineros que le correspondían al Consorcio, del total de ingresos netos recibidos por las líneas telefónicas, es decir, después de impuestos, retenciones y deducciones legales, sin perjuicio de la liquidación final.

11. Telecom se obligó a pagar a la convocante a título de anticipo de la inversión US$6.482.442,94, equivalente al 6% del valor de la inversión.

12. En el anexo financiero se acordó que Telecom tenía a su cargo el mercadeo y comercialización de los servicios.

13. De acuerdo con las cláusulas 1.17 y 5.4. de dicho anexo, Telecom se obligó a pagar a la convocante a más tardar en los 30 días siguientes a la terminación del convenio, el valor de rescate, en la forma allí indicada.

14. Según la cláusula séptima del convenio, Telecom tiene derecho a que viertan a su patrimonio todos los bienes de la infraestructura provista, los equipos, facilidades, servidumbres y derechos aportados por la convocante y a disponer de tal infraestructura y equipos, así como a recibir los ingresos de acuerdo a su participación.

15. El convenio tendría una duración de 75 meses contados a partir de su firma, los cuales vencieron el 27 de marzo de 2002.

16. Las partes convinieron establecer un comité de coordinación para los aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, integrado por dos miembros de cada parte, ante quien se intentarían conciliar los desacuerdos, con una segunda instancia conformada por el presidente de Telecom y el representante legal de la

convocante. Si las diferencias superiores al 10% del valor de la inversión persistían, las partes podrían acudir a conciliación o arbitramento.

Hechos relacionados con el modelo económico:

1. El modelo económico tenía por objeto precisar los parámetros y retornos financieros del convenio, razón por la cual el anexo financiero definía el flujo de caja proyectado, el valor de rescate mínimo, y preveía diferentes clases de revisiones, teniendo en cuenta la tasa de cambio vigente al cierre de cada mes.

2. Se previó que la inversión podía ser amortizada por el método del leasing financiero internacional y Teleconsorcio S.A. S.A. como representante del Consorcio, celebró con Telebogotá Management Ltd. dos contratos de arrendamiento de equipos que se comprometió a entregar a Telepremier S.A., quien ejerció la opción de compra el 22 de marzo de 2002.

3. En cuanto a impuestos, se estipuló que cualquier cambio estaría sujeto a revisión para mantener el nivel de retorno financiero en términos de los valores presentes netos.

4. Se estipularon 4 tipos de revisiones: a) como resultado del estudio de demanda; b) anualmente, por el resultado de la operación; c) al inicio del último año del convenio; y e) según el criterio del comité de coordinación.

5. A pesar de que la revisión del modelo podía llevar a la reducción del número de líneas, las partes acordaron mantenerlo en 110.000 líneas.

6. La revisión anual tenía por objeto hacer el seguimiento del flujo de caja, para lo cual las partes introdujeron el concepto de línea vendida, definida como aquella adjudicada a un suscriptor del cual se ha recibido el valor del derecho de conexión y el cargo de instalación o la primera cuota.

7. Para tales revisiones anuales se debía comparar el flujo de caja real con el flujo de caja del modelo económico ajustado, para asegurar el mantenimiento de los retornos financieros y que se reestableciera el equilibrio económico.

8. Se estipuló que el modelo económico sería revisado por el comité de coordinación en el nivel de participación de los ingresos, en la duración del convenio y en el valor del rescate.

9. La revisión del último año del convenio consistía en una evaluación anticipada a la liquidación del mismo en la que se compararía el flujo de caja proyectado con el real y determinaría la duración del convenio producto de las variaciones efectuadas, revisión que no incorporó el concepto de línea vendida. Si el valor presente del flujo de caja real mostraba variaciones en exceso del 10% en comparación con el flujo de caja proyectado, el modelo económico debía revisarse para determinar la duración definitiva del convenio, asegurar que el Consorcio mantuviera los retornos financieros propuestos y se reestableciera el equilibrio económico previsto.

10. Como metodología para liquidar el convenio las partes previeron que se compararía el valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico con el valor presente del flujo de caja real, de manera que las partes acordaron compensar la diferencia resultante tomando en consideración el riesgo de aproximadamente el 10%, metodología en la cual no se tuvo en cuenta el concepto de línea vendida. Cuando el valor presente del flujo de caja real fuera inferior al 90% del valor presente del flujo de caja proyectado, la diferencia se actualizaría a valor futuro calculado con la tasa de descuento del 12% anual o la proporcional por fracción de año, y que sería compensada por Telecom dentro de los 30 días a partir de la terminación del convenio. Este pago corresponderá al valor del rescate libre de deducciones y retenciones, del cual haría parte la cantidad de USD$50.000 fijada como valor de rescate mínimo.

Hechos relacionados con la ejecución del convenio:

1. El 15 de abril de 1996 el Consorcio entregó el estudio de demanda, que estaba insatisfecha en 89.151 líneas, con una proyección de 111.964 en 5 años, pero luego de varias reuniones, Telecom consideró que la cifra de 110.000 líneas debía mantenerse para no afectar negativamente la imagen del proyecto y se comprometió a reconocer el

valor de la inversión realizada por el socio. Sin embargo, las partes acordaron que en el evento de modificarse el número de líneas, solo podrían modificarse el valor de la inversión y el tiempo de duración pero se mantendrían las demás variables del negocio.

2. El 31 de julio de 1997 las partes acordaron introducir al modelo económico, los sobrecostos originados por la emergencia económica de 1997, por valor de $133.466.000.

3. En los meses siguientes, los socios del llamado proyecto Capitel (Ericsson, Siemens, Alcatel, Nortel y Teleconsorcio S.A.), manifestaron sus preocupaciones por las demoras en la ejecución del proyecto debido a la dilación en la expedición de las nuevas licencias de excavación, la formalización e implantación del acuerdo de conexión entre Telecom y la ETB, y la obtención de permisos distritales, todos hechos ajenos a la voluntad de los asociados.

4. Las revisiones permitieron al Consorcio una mayor participación sobre el flujo de caja y el ajuste del valor de rescate a cargo de Telecom.

5. En el comité del 28 de mayo de 1999, se acordó una inversión adicional de US$2.415.740.26 que debía incorporarse al modelo económico para garantizar el retorno financiero del consorcio.

6. Ante las dificultades del convenio debido a la caída de la demanda y del tráfico, Teleconsorcio S.A. alertó a Telecom sobre la necesidad de buscar soluciones para evitar el incremento del valor de rescate debido al desfase en los ingresos proyectados comparados con los del modelo económico y le puso de presente la necesidad de efectuar un “cash injection”, pero nunca recibió respuesta.

7. Desde febrero de 2001 Teleconsorcio S.A. S.A. solicitó la reunión del comité de coordinación para discutir la revisión del último año, presentar su posición con relación al valor de rescate y conocer las medidas que telecom adoptaría para asegurar su pago, pero solo hasta la reunión del 13 de julio de dicho año, en el seno del comité, la entidad estatal manifestó su posición que no fue compartida por el consorcio.

8. En el comité del 2 de octubre de 2001, Telecom consignó su interpretación de la cláusula quince del convenio en relación con el anexo financiero y al respecto manifestó que no garantizaba la demanda del servicio, posición que generó la protesta de Teleconsorcio S.A. S.A. como representante del Consorcio asociado, tal y como se consignó en el comité del 27 de noviembre siguiente. Por lo anterior, las partes acudieron a la segunda instancia contractualmente prevista y, a iniciativa de Telecom, aceptaron también discutir allí el procedimiento para el inventario de las redes telefónicas para la transferencia de la propiedad a Telecom.

9. Los representantes legales, dentro de esa segunda instancia, decidieron aplazar las discusiones sobre los anteriores desacuerdos para abordar primero las conversaciones enderezadas a la liquidación anticipada del convenio a propósito del documento Conpes 3145 sobre “Lineamientos de Política para Telecom”.

10. En las sesiones de segunda instancia no se pudo llegar a ningún acuerdo y por tanto los procedimientos contractuales quedaron agotados.

11. El 27 de marzo de 1997 finalizó el convenio por vencimiento del término pactado, y desde esa fecha en adelante, Telecom ha operado la infraestructura y recibido los ingresos correspondientes.

12. Teniendo en cuenta la preocupante situación financiera de Telecom, el Consorcio le advirtió que solamente efectuaría la entrega de la infraestructura, tanto para los bienes muebles como para los inmuebles, cuando se le pagara el valor de rescate o le se asegurara su pago. Igualmente le señaló que respeta la tenencia de la entidad estatal pero no como operador sino como tenedor precario con autorización del dueño.

13. El Consorcio solicitó a Telecom la constitución de una fiducia sobre los ingresos del proyecto, habida cuenta de las cargas que en materia de seguros, impuestos, arrendamiento, derechos de los contratos sobre inmuebles, etc., tiene sin recibir participación por la explotación por parte de la entidad estatal.

14. En abril 1º de 2002, el Consorcio le entregó a Telecom facturas por concepto del valor de la inversión adicional

por US$3.305.658.59, del valor de rescate calculado sobre la base de los ingresos conciliados por las partes y las proyecciones de los ingresos de los últimos meses que no se han conciliado, por US$137.434.321 y del gravamen a los movimientos financieros por US$190.588.60, frente a las cuales Telecom manifestó su desacuerdo con los montos y fijó el valor de rescate en US$62.328.830.69, con base en las proyecciones de los ingresos correspondientes a los meses de enero a marzo de 2002, indicando que la cifra era preliminar y objeto de revisión.

15. El 5 de julio de 2002 Telecom-Capitel- y Teleconsorcio S.A., firmaron conciliaciones de los recaudos del convenio hasta su terminación (mar. 27/2002), y el Consorcio entregó la factura 0499 por el valor de rescate de US$137.420.112, que reemplazó y anuló la factura 0438 del 1º de abril de 2002.

16. El operador del proyecto envió a Telecom una nota de crédito por USD$668.308.40, valor que fue tenido en cuenta para efectos de calcular el valor del rescate.

17. Telecom incumplió su obligación contractual de pago del valor del rescate, del valor de la inversión adicional y el valor del nuevo impuesto.

(iii) Oposición a las pretensiones.

En su escrito de réplica a la demanda reformada, Telecom se opuso a todas las pretensiones en su contra formuladas por las convocantes y, al efecto, bajo la denominación de excepciones de mérito, formuló los siguientes argumentos defensivos:

— Primera excepción: la cláusula 15 del contrato contiene una prohibición expresa y jerárquicamente superior al anexo financiero, que impide que Telecom deba efectuar compensaciones a favor del Consorcio como consecuencia de las diferencias o variaciones entre la demanda estimada y la demanda real.

— Segunda excepción: la liquidación del convenio prevista en el numeral 5.4 del anexo financiero debe armonizarse con el mandato de la cláusula 15 del contrato según el cual Telecom no garantiza la demanda por ser estimada.

— Tercera excepción: Telecom no está obligada a reconocer a las convocantes el valor de la inversión adicional.

— Cuarta excepción: Telecom no está obligada a cancelar a las convocantes el valor adicional por concepto del impuesto del 3 por mil, pues se trata de un impuesto de carácter general.

— Quinta excepción: el convenio 060 de 1995 no es un suministro de equipos, a precios fijos con financiación a largo plazo, sino un contrato a riesgo compartido.

— Sexta excepción: las compensaciones que las convocantes pretenden implicarían una garantía de retornos financieros que jamás fueron acordados ni aceptados por Telecom y que contradicen la letra y el espíritu de la Ley 37 de 1993.

— Séptima excepción: el valor de rescate que pretenden las convocantes no puede generar mora alguna por no ser una obligación clara, expresa ni actualmente exigible, en tanto existe una discrepancia sobre la interpretación del convenio en relación con la existencia de la obligación que la convocante plantea en las pretensiones.

— Octava excepción: improcedencia del pago de intereses.

— Novena excepción: Telecom no está obligado a pagarle a Teleconsorcio S.A., como consecuencia de la tenencia de la infraestructura, la totalidad de los gastos que se demuestren por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento, y derechos derivados de contratos sobre inmuebles.

— Décima excepción: compensación.

— Décima primera excepción: la fuente de los ingresos para la asociada, de acuerdo con el convenio y el anexo financiero, solo contempla ingresos por derechos de conexión e instalación al usuario y tarifas (uso del servicio), conceptos que aluden a las líneas vendidas y no como pretenden las convocantes, por líneas instaladas.

— Décima segunda excepción: contrato no cumplido.

— Décima tercera excepción: Telecom solo estaría obligada a recibir el dominio de los bienes mencionados en la pretensión novena, una vez ejerza el derecho de opción a adquirir dicha infraestructura, contra el pago a las convocantes del valor de rescate a que haya lugar.

— Décima cuarta excepción: nulidad del contenido de los numerales 5.3. y 5.4 del anexo financiero del convenio C-0060-95.

— Décima quinta excepción: excepción genérica.

(iv) Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.

Telecom dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, pronunciamiento que puede resumirse así:

Sobre los hechos relacionados con los antecedentes del convenio:

1. Frente al estudio de demanda elaborado por el Centro Nacional de Consultoría, Telecom sostiene que se trataba de una demanda estimada que podía o no convertirse en demanda real y que el asociado debía realizar su propio estudio en tanto el riesgo no era asumido por ella.

2. Reconoce la invitación para proponer y el procedimiento seguido, pero precisa que la participación se asignaría sobre línea vendida y no sobre línea instalada.

3. Dice que es cierto que en la invitación se dispuso la presentación del plan de negocios, pero advierte que la propuesta del nivel de riesgo era sin perjuicio de la distribución de riesgos establecida en el convenio, de manera que no podía referirse a los riesgos excluidos expresamente por Telecom en el texto final del contrato.

4. Indica que en la solicitud de cotización, en ningún momento se dijo que el asociado debía instalar 110.000 líneas, sino que esa era la suma máxima.

5. La solicitud de cotización sí incluía la minuta del contrato, pero se previó una etapa de negociación, y en efecto, algunas de las modificaciones se efectuaron como respuesta a las solicitudes de las asociadas.

6. No obstante la libertad que tenían los asociados para plantear alternativas de contratación, estas debían respetar el contenido de la Ley 37 de 1993.

7. No es cierto que el objeto del estudio de demanda era el de ajustar el proyecto de 110.000 líneas a la demanda real, por cuanto solo puede hablarse de “demanda real” cuando se presente la decisión de los consumidores de utilizar el servicio, de forma tal que el estudio solo trataba de aproximarse a la demanda real.

8. La minuta no tuvo el tratamiento de contrato de adhesión.

9. Telecom no podía garantizar que el oferente seleccionado obtuviera la completa amortización de la inversión, porque se trataba de un contrato a riesgo compartido.

10. Telecom rechazó la noción que del concepto “demanda real” del estudio de demanda, se hizo en la oferta presentada. En efecto, las instalaciones tenían que realizarse de conformidad con la demanda que en realidad se encontrara en el proyecto.

11. Cuando la oferta fue preseleccionada ya se habían efectuado las negociaciones a la minuta del contrato.

12. No es cierto que se haya acordado entre las partes que la liquidación del convenio se haría con fundamento en el flujo de caja proyectado del modelo económico, así como tampoco que Telecom haya aceptado que se hiciera con base en las líneas instaladas.

13. Telecom no asumiría cobertura alguna sobre el riesgo de demanda del servicio y la participación del asociado tendría como fuente, exclusivamente los ingresos derivados de la conexión y la prestación del servicio, sin

reconocimientos adicionales.

14. Las cantidades a pagar al asociado no era fijas sino variables y por lo tanto no se garantizarían unos ingresos mínimos. Como no se garantizaba la demanda del servicio, era imposible efectuar cualquier reconocimiento sobre líneas instaladas.

15. Se pactó un nivel de riesgo de más o menos el 10% sobre el flujo neto de caja anual descontado el repago del leasing, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula 15, es decir, Telecom asumía el 90% del riesgo pero no sobre los riesgos respecto de los cuales Telecom manifestó expresamente que no otorgaría cobertura (riesgo de demanda del servicio).

16. No es cierto que el parámetro de líneas vendidas sirva como base para efectuar las revisiones anuales ni que el parámetro de líneas instaladas se utilizaría para efectuar la liquidación del convenio.

17. No es cierto que el riesgo se hubiese estimado en el 10% sobre el flujo de caja proyectado del modelo económico descontado el repago del leasing, sino sobre el flujo neto de caja anual descontado. Adicionalmente, en el documento de diciembre 19 de 1995 no se hace alusión al parámetro de líneas.

Sobre los hechos relacionados con el convenio.

1. No es cierto que no haya existido una etapa de negociación de la minuta del contrato ni que Telecom haya impuesto el parágrafo primero de la cláusula primera que define los documentos que hacen parte del convenio y su prelación, y allí se pactó que en caso de discrepancia entre el convenio y los anexos, primaría el convenio.

2. En cuanto a la instalación de facilidades, cuando se tratara de predios de terceros debía darse cumplimiento a las normas legales relativas a la utilización de espacios públicos y a las estipulaciones que declaran el establecimiento de redes de Telecomunicaciones motivo de utilidad pública e interés social.

3. En cuanto a repuestos, se pactó que los suministrarían las convocantes y que esa obligación incluía los que se necesitaran para la planta externa.

4. No era objeto del convenio la instalación de un número determinado de líneas sino la satisfacción de la demanda real del servicio en la zona E.

5. Telecom dejó en claro que no podía garantizar que se recuperase la totalidad de la inversión, pues ello desvirtuaría la esencia del riesgo compartido del convenio.

6. Teleconsorcio S.A. fijaba las políticas de comercialización a través de contratistas, y Telecom solamente tenía el control administrativo del personal externo.

7. La liquidación del valor de rescate no puede implicar reconocimientos o compensaciones por la diferencia entre demanda estimada y demanda real.

Sobre los hechos relacionados con el modelo económico.

1. En caso de modificación de la legislación tarifaria, cambiaria y/o aduanera sobre las cuales se calculó el plan de negocios, se modificaría el modelo económico, afectando alguna de las siguientes variables: plazo, participaciones o valor de rescate. Por lo tanto, no es cierto que cualquier cambio en la tarifa estaría sujeta a revisión para mantener el nivel del retorno financiero en términos de valores presentes netos asumido en el modelo.

2. El riesgo de líneas no vendidas no le puede ser trasladado a Telecom.

3. Es cierto que las partes introdujeron el concepto de línea vendida, pero no es cierto que solo sea aplicable en relación con las revisiones anuales, sino que como componente de la demanda real, debe tenerse en cuenta para todos los efectos.

4. La interpretación sobre el concepto de línea vendida de las convocantes es violatoria de la distribución de

riesgos ordenada por la Ley 37 de 1993: si la línea vendida no se tiene en cuenta para la liquidación del convenio, se trasladaría a Telecom el riesgo de la demanda estimada, asumiendo la cobertura total.

5. La revisión del último año debe hacerse respetando el principio de que Telecom no garantizó la demanda del servicio por ser esta estimada.

6. Teleconsorcio S.A. aplica aislada y asistemáticamente el numeral 5.4. del anexo financiero, que entra en contradicción con la cláusula 15, al considerar que no debe tenerse en cuenta la demanda real, y pretende que Telecom ignore y pase por alto que jamás asumió el riesgo de la demanda estimada.

Sobre los hechos relacionados con la ejecución del convenio.

1. Telecom mantuvo una actitud de colaboración con las convocantes accediendo a las prórrogas solicitadas para que pudieran analizar el alcance del riesgo de demanda, en tanto no era objeto de cubrimiento por aquella.

2. Telecom aceptaría la disminución del número de líneas en el entendido que se modificaría solamente el valor de la inversión, el tiempo de duración, y se mantendrían inmodificables las demás variables del negocio.

3. El reconocimiento de sobrecostos originados en la emergencia económica, esto es, reconocimientos sobre mayor inversión, no altera el hecho de que en parte alguna del convenio exista una garantía de retornos de las inversiones.

4. Los reclamos sobre el valor de rescate del Consorcio, ignoran la cláusula 15 del contrato porque se basan tan solo en el anexo financiero sin armonizarlo con el texto de aquella, la cual tiene prevalencia, e ignoran la naturaleza de riesgo compartido del convenio.

5. En las revisiones anuales se ajustó el valor del rescate pero no implicaba el garantizar la demanda.

6. La inversión adicional no garantizaba retornos a favor de Teleconsorcio S.A.

7. Teleconsorcio S.A. carece de derecho para solicitar el reembolso de impuesto a las operaciones financieras.

8. La revisión de último año no implicaba pagos sino la comparación de flujos de caja, de forma tal que no pueden efectuarse compensaciones entre demanda estimada y demanda real.

9. Desde 1995 era claro en las actas de Telecom, cuál debía ser la filosofía de esta nueva generación de contratos, que marcan un cambio con relación a los llamados de “primera generación”, que fueron los celebrados entre 1993 y 1994. La conceptualización del contrato de riesgo compartido aprobada en la junta directiva de Telecom del 8 de julio de 1995, apuntaba a que la participación del asociado tuviera como fuente exclusivamente, los ingresos derivados de la prestación del servicio, las cantidades a pagar al asociado no fueran fijas sino variables y por tanto, no se garantizarían unos ingresos mínimos y el asociado asumiría el riesgo de demanda y por ello su participación se asignaría sobre línea vendida y no sobre instalada.

10. Telecom ha ordenado que los recursos provenientes de la venta de líneas se mantenga en una cuenta contable separada, en espera de los resultados del laudo.

11. No es cierto que los valores de las facturas remitidas por Teleconsorcio S.A. debieron pagarse en un plazo de 30 días contados a partir de la terminación del convenio. No existe acuerdo entre las partes sobre la forma como se aplica el convenio y sobre el alcance del anexo financiero, de manera que la presunta obligación incumplida no es cierta, en tanto no se conoce su monto ni es clara en tanto existe un conflicto de interpretación entre las partes.

12. Visto todo lo anterior, no puede predicarse incumplimiento alguno de Telecom. Por el contrario, existen numerosísimas desviaciones técnicas en que ha incurrido Teleconsorcio S.A., que constituyen verdaderos incumplimientos en relación con las características de la infraestructura que debía construir.

4.4. La demanda de reconvención reformada y su contestación.

Teniendo en cuenta que la parte convocada integró en un solo escrito su demanda de reconvención inicial y la

reforma a la misma, el tribunal hará referencia al texto final integrado.

(i) Las pretensiones de Telecom.

Objeto de la contrademanda en referencia, que obra a folios 1220 y siguientes del cuaderno 3 del expediente, son las siguientes pretensiones:

“Primera: que se declare que en virtud de lo previsto en el convenio C-0060/95, en su cláusula trigésima cuarta —prelación—, y en el parágrafo primero de su cláusula primera —objeto del convenio—, el contenido de la cláusula décima quinta de dicho convenio —riesgo compartido— prevalece, y además prima, en caso de discrepancias entre dicha cláusula y el anexo financiero del convenio.

Segunda: que se declare que Telecom no garantiza a las reconvenidas la demanda del servicio, de acuerdo con lo establecido en la cláusula quince del convenio C–060–95.

Tercera: que se declare que, de conformidad con la cláusula 15 del convenio de asociación C–060–95, Telecom no garantizó a las reconvenidas el pago de ninguna suma o compensación por las líneas instaladas no vendidas.

Cuarta: que se declare que, de conformidad con la cláusula 15 del convenio de asociación C–060–95, no hay lugar al reconocimiento y pago de compensaciones, a cargo de Telecom y a favor de las reconvenidas, por aquellas líneas instaladas que no fueron vendidas durante la ejecución del convenio C-060-95.

Quinta: que se declare que el contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero del convenio C–060–95 es contrario a la cláusula 15 del mencionado convenio.

Pretensión subsidiaria a la pretensión quinta: que se declare la nulidad absoluta del contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero en tanto violan la Ley 37 de 1993, especialmente su artículo 10, literal c).

Sexta: que se declare que ni en la revisión para el último año del convenio, ni en la liquidación del convenio que se realice para efectos de establecer el valor de rescate, pueden generarse reconocimientos o compensaciones por parte de Telecom a favor de las reconvenidas, por concepto o como consecuencia del contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero.

Séptima: que, en aplicación de la cláusula 15 del convenio C-060 de 1995, se ordene que para calcular los pagos o compensaciones que pudieran generarse, en las revisiones del convenio C-060, y para la liquidación que se realice para efectos de establecer el valor de rescate: i) se tomen las líneas efectivamente vendidas, ii) se utilice el cronograma real de venta de líneas; y iii) se retiren las líneas devueltas, al momento en que ocurrió la devolución.

Octava: que se declare que para efectos de la liquidación del convenio C-060-95 que se realice para efectos de establecer el valor de rescate, el modelo económico debe ajustarse en función de la demanda real así: i) tomando las líneas efectivamente vendidas, ii) utilizando el cronograma real de venta de líneas; y iii) retirando las líneas devueltas, al momento en que ocurrió la devolución.

Novena: que se declare que en caso de que el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado que incorpore la demanda real, descontado al 12% anual, sea superior al valor presente del flujo de caja real, descontado al 12% anual, el valor de rescate debe ser calculado como la diferencia entre el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado que incorpore la demanda real, descontado al 12% anual, y el valor presente del flujo de caja real, descontado al 12% anual, diferencia esta que debe ser llevada a valor futuro a la fecha de terminación del contrato (mar./2002), utilizando una tasa de descuento del 12% anual. Para lo anterior, la demanda real deberá calcularse: i) tomando las líneas efectivamente vendidas, ii) utilizando el cronograma real de venta de líneas; y iii) retirando las líneas devueltas, al momento en que ocurrió la devolución.

Décima: que se declare que los mayores ingresos efectivamente recibidos por las reconvenidas, derivados de las compensaciones acordadas como consecuencia de las revisiones anuales efectivamente realizadas, deben ser incorporados en el flujo de caja real, para efectos de la liquidación del convenio.

Décima primera: que, para evitar duplicidad de compensaciones, se declare que para efectos de la liquidación final del convenio C-0060-95 que se realice para efectos de establecer el valor de rescate, el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado por la demanda real, no debe incorporar los aumentos de participaciones que resultaron de las revisiones anuales.

Décima segunda: que se declare que del valor de rescate que pueda tener que pagar Telecom a las sociedades reconvenidas, habrá de deducirse el monto correspondiente a las sumas que ordene el tribunal por concepto de aplicación de la cláusula penal, o por cualquier otro concepto, y el de las otras compensaciones a las que hubiere lugar.

Décima tercera: que se declare que, de conformidad con la cláusula séptima literal h) del convenio C-0060-95, Telecom tiene el derecho a ejercer o no, la opción de adquirir, contra el pago a las reconvenidas del valor de rescate a que haya lugar, todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por las reconvenidas, en las condiciones y plazos establecidos en este convenio, en el anexo financiero y en la ley.

Subsidiaria a la décima tercera principal: que se declare que, de conformidad con la cláusula séptima literal h) del convenio C-0060-95, Telecom tiene el derecho a ejercer o no la opción de adquirir, contra el pago a las reconvenidas del valor de rescate a que haya lugar, todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por las reconvenidas, en las condiciones y plazos establecidos en este convenio y en el anexo financiero, sin perjuicio de los derechos que eventualmente correspondan a las reconvenidas de disponer económicamente de la infraestructura correspondiente a las líneas instaladas no vendidas.

Décima cuarta: que se declare que en caso de que Telecom decida ejercer su opción contractual de adquirir la infraestructura a que haya lugar, las reconvenidas deberán estar en disposición de cumplir con la obligación de transferirla, a satisfacción de Telecom, una vez dicha infraestructura cumpla con todos los requisitos y condiciones indicados en el contrato, el anexo técnico y demás documentos contractuales.

Décima quinta: que, cuando las reconvenidas demuestren que no les es posible la transferencia de la propiedad de determinados bienes que hagan parte de la infraestructura del convenio C-0060-95, se declare que las reconvenidas están obligadas a tomar todas las medidas necesarias para permitir a Telecom, el uso de dicha infraestructura, hasta por el término de la vida útil de los equipos y que se declare que en todo serán de cargo de las reconvenidas todos aquellos costos y gastos que se generen para Telecom por la no transferencia de la propiedad de dichos bienes, durante todo el término de vida útil de los equipos.

Décima sexta: que se declare el incumplimiento del contrato C–060–95 por parte de las reconvenidas, por cuanto la infraestructura aportada por estas no cumple íntegramente con las especificaciones técnicas contenidas en el contrato, la solicitud de oferta y el anexo técnico, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso.

Décima séptima: que se declare que las reconvenidas deben cumplir íntegramente con los requerimientos técnicos de la infraestructura a entregar, de conformidad con el convenio y demás documentos contractuales.

Décima octava: que como consecuencia de lo anterior, se declare que las reconvenidas tienen la obligación de solucionar los incumplimientos técnicos que se reclaman en la presente demanda de reconvención, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso, en el plazo que el tribunal de arbitramento disponga para tal efecto.

Pretensión subsidiaria a la décima octava principal: que de probarse la imposibilidad material para la solución de algunas (o de todas) las desviaciones técnicas señaladas en la presente demanda de reconvención, se declare la obligación por parte de las reconvenidas, de reconocer a Telecom el valor por concepto del daño emergente causado, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso.

Décima novena: que como consecuencia de los incumplimientos técnicos de las reconvenidas, se haga efectiva la cláusula penal contenida en el literal “m” de la cláusula cuarta del convenio C-060-95, por un valor equivalente al 10% del valor de la inversión requerida de acuerdo con el plan de negocios acordado por las partes, es decir la suma de diez millones ciento cincuenta y cinco mil ochocientos veintisiete dólares de los Estados Unidos de

América (US$10,155,827).

Vigésima: que en caso de que con ocasión del presente proceso arbitral, Telecom sea condenado al pago de sumas líquidas de dinero en favor de las reconvenidas, se declare la operación del fenómeno de la compensación, si es procedente, entre el monto al que eventualmente llegare a ser condenado Telecom y el monto al que lleguen a ser condenadas las reconvenidas.

Vigésima primera: que en caso de mora por parte de las reconvenidas en el pago de la cláusula penal, sean condenadas al pago de intereses de mora, calculados a la máxima tasa autorizada por la ley colombiana, desde el vencimiento del plazo para el pago de esta suma y hasta el momento en que efectivamente hicieren el pago.

Vigésima segunda: que se condene a las reconvenidas a pagar las costas que se generen como consecuencia de este proceso, así como las agencias en derecho".

(ii) Los hechos fundamento de la demanda de reconvención reformada.

La demanda de reconvención, siguiendo en términos generales el mismo método de exposición de las circunstancias de hecho relevantes, empleado por las compañías convocantes en su demanda, y por ende, repitiendo en muy buena parte esos mismo hechos, hace referencia a la celebración del contrato, las obligaciones y los riesgos asumidos por las partes, la revisión del último año y la revisión final, la ejecución del convenio. Cabe en consecuencia, la siguiente síntesis:

Hechos precontractuales

1. El Congreso de la República expidió la Ley 37 de 1993, la cual en su artículo 9º autorizó a las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones para celebrar contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas, y en su artículo 10 estableció que el régimen aplicable a tales contratos sería el derecho privado.

2. El artículo 33 de la Ley 80 de 1993 excluyó a los contratos celebrados con ocasión de la Ley 37 de 1993 de su ámbito de aplicación, por lo cual aquellos continuaron rigiéndose por el derecho privado.

3. Basado en la autorización de la Ley 37 de 1993, en octubre de 1995 Telecom inició un proceso de invitación privada para contratar el desarrollo del proyecto de servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada en la modalidad de asociación a riesgo compartido para Bogotá, D.C. y Soacha, y para el efecto dividió la ciudad en cinco zonas, con la finalidad de que por cada una fuera suscrito un contrato.

4. La propuesta a ser presentada por los oferentes debía contar con una parte financiera que describiera las variables para efectos de la elaboración del plan de negocios, y con una parte técnica que especificara los servicios a ser prestados, su calidad y condiciones técnicas.

5. Telecom emitió las circulares 1 y 2, que formaban parte de la solicitud de cotización, en donde se especificó que no se garantizaba la recuperación del valor de la inversión ni su costo financiero, así como tampoco se ofrecían garantías mínimas sobre los ingresos.

6. El 24 de noviembre de 1995 las reconvenidas presentaron su propuesta, no obstante conocían plenamente cuál era la naturaleza del contrato y que habrían de distribuirse los riesgos entre las partes y que no tenían un ingreso mínimo garantizado.

7. Mediante oficio 00010000-002997 del 16 de diciembre de 1995, Telecom informó a las reconvenidas que su oferta para las zonas E y A había sido preseleccionada, dando así inicio a la etapa de negociación. Dicha negociación se efectuó entre los días 17 y 19 de diciembre de ese mismo año, fecha última en la cual las partes suscribieron el acta de constancia de los términos financieros del convenio.

La celebración del contrato

1. El 27 de diciembre de 1995 se suscribió el convenio C-060-95.

2. La cláusula 30 señalaba que el Consorcio, como sociedad extranjera, debía cumplir las disposiciones legales para emprender negocios en Colombia. No obstante, en la Cámara de Comercio de Bogotá no existe registro de las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd., y Sumitomo Corporation.

3. Al momento de la celebración del convenio no se contaba con anexo financiero ni con anexo técnico, aunque sí con un acuerdo en cuanto a la naturaleza jurídica y financiera del negocio, tal y como consta en el acta del 19 de diciembre de 1995, motivo por el cual se pactó la prelación del convenio sobre los anexos y demás documentación.

4. En la suscripción del anexo financiero participó el entonces vicepresidente financiero de Telecom, lo que permite concluir que era imposible el pacto de cláusulas contrarias al contrato, no solo por la prelación pactada en este sino por incapacidad jurídica del suscriptor.

Las obligaciones y los riesgos asumidos por las partes

1. En la cláusula 4º las reconvenidas se comprometieron a entregar, instalar y poner en funcionamiento, las redes y equipos, ponerlos a disposición de Telecom y reparar y/o reemplazar los que presentaran defectos, obligación última esta que también figura en las cláusulas 11 y 16.

2. Ninguno de los flujos de caja del anexo financiero considerados para efectos de las revisiones del modelo económico del contrato, incluye el capital del leasing, razón por la cual las variaciones en el valor de la inversión no son susceptibles de compensación.

3. Telecom no garantizó la amortización de la inversión en infraestructura aportada ni la recuperación de los costos financieros asociados, por cuanto ello desnaturalizaría el contrato de asociación a riesgo compartido. Por lo tanto, el riesgo del valor de la inversión fue asignado a las reconvenidas, de tal manera que el mayor o menor costo sería indiferente y los beneficios o eventuales perjuicios que de tal hecho se derivaran, sería asumidos exclusivamente por las reconvenidas.

4. En la Circular 2 se señaló que la demanda real no correspondía a la resultante del estudio de demanda, sino por el contrario, a la que en realidad fuese encontrada durante la ejecución del contrato (trámite de la solicitud por parte de un potencial usuario de acceder al servicio).

5. En la cláusula 15 se desarrolló el concepto económico de demanda, con base en el cual se efectuó la distribución de riesgos entre las partes y se acordó instalar la infraestructura.

6. En la cláusula 2ª se previó que anualmente se efectuaría una revisión del modelo económico del contrato cuyo objeto sería incorporar el comportamiento real de los parámetros, hacer el seguimiento de los compromisos entre las partes y ajustar el plan de negocios al nivel de riesgo acordado.

La revisión del último año y la revisión final

1. En el anexo financiero (nums. 5.3. y 5.4), se previó una revisión para el principio del último año del convenio, y una revisión final bajo el nombre de liquidación, que cuentan con una metodología distinta a la de las revisiones anuales —por cuanto estas se efectúan mediante la comparación del flujo de caja real con el flujo de caja proyectado del modelo económico—.

2. La metodología resulta contradictoria con la distribución de riesgos y obligaciones del contrato y los anexos, y con la verdadera intención de las partes, pues compara las estimaciones iniciales de las partes, incluyendo las estimaciones de demanda, y arroja como valor de la compensación el equivalente a la diferencia entre el valor presente del 90% del flujo de caja proyectado y el valor presente del flujo real (garantía de ingreso mínimo).

3. El mecanismo de compensación implica una garantía de demanda a favor de las reconvenidas toda vez que se deriva de las variaciones entre demanda estimada (líneas que se presupuestaron vender y no se vendieron y tráfico estimado) y demanda real.

4. La revisión de último año tendría sentido si es efectuada mediante la comparación del flujo proyectado, incluyendo líneas vendidas y tráfico real, con el flujo real, y estableciendo el mecanismo de compensación en el

modelo que incluya la demanda real.

5. Adicionalmente, en la revisión final (liquidación) el valor de rescate es el que resulta de la aplicación de tal revisión, mientras que el anexo financiero señala que este solo puede cambiar como consecuencia de las revisiones anuales y de la revisión del principio del último año.

6. Al momento de efectuar la revisión final, debe reflejarse la demanda real en el flujo de caja del modelo económico.

7. En la cláusula 4 las partes pactaron como cláusula penal, el 10% del valor de la inversión requerida, que se tomaría de la póliza de garantía, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal.

La ejecución del convenio

1. Desde el 23 de abril de 1996 las reconvenidas solicitaron la ampliación del plazo para el ajuste del plan de negocios y el modelo económico en cuatro oportunidades, que finalmente se fijó en el 31 de julio de 1997.

2. Las reconvenidas iniciaron las instalaciones de la primera fase del proyecto sin contar con los resultados del estudio de demanda, asumiendo el riesgo de que los estimativos difirieran de la demanda real. Una vez terminado el estudio, decidieron instalar la totalidad de líneas acordadas inicialmente, pese a que reconocían la existencia de cierta incertidumbre al respecto, tal como se señaló en acta de la reunión 14 del comité de coordinación del 31 de julio de 1997.

3. En desarrollo de las revisiones anuales, las partes revisaron el modelo económico desde 1997 por cuanto pese a que el convenio inició su ejecución en 1995, a diciembre de 1996 el proyecto no dio ingresos y por lo tanto no tenía sentido realizar la revisión anual.

— La primera revisión tuvo lugar el 16 de diciembre de 1998 sobre los ingresos de 1997, en donde el valor presente de la variación entre el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado y el flujo de caja real fue de USD$665.478, diferencia que sería compensada mediante el aumento del nivel de participación de las reconvenidas en los ingresos, y el valor de rescate se calculó en USD $158.930.

— La segunda revisión tuvo lugar el 15 de octubre de 1999 sobre los ingresos de 1998, en donde el valor presente de la variación entre el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado y el flujo de caja real fue de USD$7.898.606, diferencia que sería compensada mediante el aumento del nivel de participación de las reconvenidas en los ingresos, y el valor de rescate se calculó en USD$8.991.000.

— La tercera revisión tuvo lugar el 5 de julio de 2000 sobre los ingresos de 1999, en donde el valor presente de la variación entre el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado y el flujo de caja real fue de USD$13.916.786, diferencia que sería compensada mediante el aumento del nivel de participación de las reconvenidas en los ingresos, y el valor de rescate se calculó en USD$28.119.432.

— Las partes no realizaron la revisión anual con posterioridad a 1999, aunque realizaron conciliaciones sobre los ingresos recibidos en los años 2000, 2001 y hasta el 27 de marzo de 2002.

— La metodología empleada para las revisiones anuales no tuvo en cuenta la totalidad de los componentes del concepto de demanda real, pues no tuvo en cuenta el tráfico real (consumo) de las líneas vendidas.

4. Desviaciones técnicas imputables a las reconvenidas.

No efectuaron las instalaciones de acuerdo con la demanda real ni dispusieron de la infraestructura en los términos señalados en el contrato, los anexos técnicos ni la solicitud de cotización.

— Telecom tiene el derecho a recibir la infraestructura que hubiese sido instalada de acuerdo con la demanda real y con las características técnicas, así como la instalada en exceso, por ser requisito fundamental de la liquidación del contrato.

— Las desviaciones generan un impacto en la continuidad, calidad y disponibilidad del servicio público.

— Los “pendientes técnicos” son aquellas actividades que debían ser ejecutadas pero que se encuentran pendientes de realizar por las reconvenidas.

— Desviaciones técnicas en conmutación:

Las reconvenidas tienen la obligación de proveer capacidad suficiente para que el 10% de los usuarios de la zona E (7.200 usuarios), puedan acceder al servicio de conferencia tripartita simultáneamente. Para ello se necesita la instalación de 5.500 tarjetas 2TWT, mientras que actualmente solo se encuentran instaladas 27, permitiendo el acceso solamente a 54 usuarios.

También se comprometieron a adelantar los cambios en el equipo instalado cuando fuera necesario por actualización tecnológica o ensanche. Adicionalmente, debe implementarse en todos los equipos, la segunda versión de la norma nacional de señalización por canal común 7 (SSC7), conforme Resolución 541 del 27 de febrero de 1998 del Ministerio de Comunicaciones (en concordancia con la Res. 469/2002 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones).

La Resolución 432 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones (Res. 087/97 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones), establece que la conmutación, señalización y transmisión entre centrales, se consideran instalaciones esenciales.

Las reconvenidas instalaron la primera versión de la norma nacional de señalización por canal común 7, pero jamás adaptaron la red dispuesta para la prestación del servicio telefónico.

Telecom debe prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada utilizando la infraestructura aportada (equipos idóneos), para lo cual debe suscribir contratos de condiciones uniformes con los usuarios.

No es posible prestar adecuadamente el servicio de código secreto, pues en el momento que se hace uso de él, debido a su configuración en las centrales, se pueden levantar todas las restricciones que el suscriptor tenga sobre la línea.

La Resolución 308 de 2000 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones obliga a los operadores a prestar el servicio de identificación de llamadas antes del 15 de enero de 2001, y con un último plazo para marzo 31 de 2001. Telecom propuso la fórmula de que las reconvenidas debían recuperar la inversión con la participación de los ingresos netos por concepto de cargo de activación y cargo fijo mensual, frente a lo cual se negaron.

Es obligación de las reconvenidas la instalación de consolas de prueba de línea (LTCs) en las centrales telefónicas, pero ellas presentan deficiencias técnicas.

En el diseño de la red del convenio se contemplo prestar la facilidad de howler, que consiste en que cuando un abonado deja descolgado su teléfono, recibe la señal de tono aullador. Sin embargo, cuando dos personas lo dejan descolgado, solo una tiene el servicio.

— Desviaciones técnicas en RDSI y datos:

Las reconvenidas se comprometieron a aportar seis E1’s con sus multiplexores. A pesar de que los E1’s están atendiendo demanda, no se aportaron los multiplexores.

Se comprometieron a aportar la infraestructura para la prestación de los servicios RDSI (BRI) en toda la zona E. Actualmente solo se puede proveer el servicio a quienes se encuentran ubicados geográficamente cerca de una central o en distritos en donde se instalaron equipos PDH BOSCH, que no están descritos en el anexo técnico.

Tan solo se dispusieron 32 líneas RDSI, que era lo indicado en la cotización, pero para efectos comparativos. Además, los servicios RDSI básicos solo pueden ser prestados a los usuarios pertenecientes a la red directa de las centrales y no a abonados conectados a la ELU, esto es, la minoría de los usuarios se encuentran conectados directamente a la central sin que medie un concentrador en el proceso de conmutación.

Por otro lado, se comprometieron a aportar la infraestructura para la prestación de los servicios de canales E1 y RDSI-PRI en la totalidad de la zona E. Aunque la limitación de las eles de proveer en laces de 2Mbps fue suplida mediante la instalación de equipos PDH BOSCJ(sic), en ciertos distritos no se logra cubrimiento.

También se comprometieron a proveer conexiones semipermanentes (canal analógico de datos que permite trasmisiones de datos a través de los circuitos de las centrales telefónicas) desde las ELUs. A la fecha no es posible hacerlo para toda la zona porque no tienen esa capacidad.

— Desviaciones técnicas en gestión:

Se comprometieron a aportar el sistema de gestión de conmutación NCOM200 para poder gestionar las líneas antes del 1º de abril de 1997. Este fue implementado de manera tardía y con deficiencias. Por su parte, el sistema de gestión inalámbrico DCTS-LMS presenta deficiencias en las funciones de gestión de alarmas, de seguridad y de desempeño.

Adicionalmente, se comprometieron a aportar: 4 puertos asincrónicos y 2 puertos sincrónicos (estos son lo que no han aportado al momento); los manuales de instalación de los sistemas de gestión de conmutación, de gestión de inalámbricos y de gestión de transmisión, y no lo han hecho; protección en transmisión, preferiblemente 1+1 o interconexión en anillo, para concentradores remotos (ELUs), con capacidad de 240 abonados telefónicos o más. Si bien las ELUs con capacidad de 480 abonados fueron dotadas con protección en transmisión 1+1, dicha protección presenta deficiencias técnicas, al igual que aquellas de capacidad para 720 abonados; conectores en distribuidor óptico tipo FC-PC. Se instalaron unos de mala calidad.

En los distritos de la Central Marruecos, la red se encuentra implementada en forma de árbol cuando debe ser en anillo.

La red de abonados y los sistemas de descarga a tierra en estaciones celulares se encuentran apoyados en postería de Codensa. Las reconvenidas contaban con múltiples modalidades para hacer la utilización de bienes de terceros, entre las que se encontraban la servidumbre, el comodato y el arrendamiento. Ellas deben implementar algún mecanismo legal para la utilización de la postería de Codensa, o remover la red de abonado para subterranizarla, sin que tenga impacto alguno para Telecom.

— Incumplimiento de normas distritales:

Decretos 1192 de 1997 de la alcaldía, Decreto Distrital 527 de 1998, Resolución 631 de 1998 del IDU, Decreto 619 de 2000, Decreto 033 de 2001 (planeación distrital): han ordenado la subterranización de los tramos de la red (ver listado I), de lo cual se ha hecho cargo Telecom, siendo que correspondía a las reconvenidas, y por lo tanto deben indemnizarla. Igualmente, deben subterranizar las redes que diga el IDU y que estén dispuestas en forma aérea.

— Construcción en barrios no legalizados:

Construyeron parte de la red en barrios no autorizados por el distrito, siendo que era un deber suyo indagar por las licencias.

Si Telecom recibe la infraestructura, tendría que efectuar movimientos de red si los barrios son legalizados, sin perjuicio de las multas a que haya lugar (L. 388/97 y 142/94). Las reconvenidas deben asumirlo.

— Daño de la infraestructura por parte de terceros:

La red ha sido averiada por el IDU y por el acueducto. Ello configura un caso de fuerza mayor y por lo tanto las reconvenidas tienen la obligación de reparar o reemplazar los equipos, sin perjuicio de la reclamación a la compañía aseguradora. No obstante, ellas se han limitado a señalar que es una obligación de Telecom efectuar la reclamación ante las entidades públicas.

Telecom ha hecho las reparaciones y esos costos deberían ser asumidos por las reconvenidas.

— Incumplimientos de la red de acceso:

Como consecuencia del trámite de peticiones, quejas y reclamos (PQR), Telecom ha efectuado movimiento de algunos postes (128) y debe ser indemnizada por los costos en los que ha incurrido. Además, el contrato prevé la responsabilidad individual y no la solidaria, frente a terceros.

Algunos cables de fibra óptica no cuentan con fibras de reserva hasta el concentrador correspondiente.

— Incumplimientos en obras civiles:

Varios de los concentradores remotos (ELUs) se encuentran ubicados en lotes arrendados, y no se incluyó la posibilidad de que Telecom se haga cargo de los cánones una vez terminado el contrato.

Las cláusulas contractuales relacionadas con la transferencia solo se refieren al traspaso de derechos y nunca de obligaciones.

Las reconvenidas deberán obtener el derecho de dominio de los lotes y transferirlo a Telecom, o en su defecto, proveer a Telecom de los recursos necesarios para atender los gastos.

Debe demostrar que los inmuebles de las centrales cumplen con las normas NCSR-98 (L. 400/97 y D. 33/98).

— Incumplimientos en el sistema de energía

En caso de presentarse falla en el equipo de acondicionamiento del salón de transmisión de la central progreso, no existe otro equipo de respaldo.

— Software

Las reconvenidas se obligaron a mantener actualizado el software, y el hecho de que la última versión no se hubiera liberado en el país, no implica un eximente.

— Desviaciones no técnicas

Existe “factura - 1” cuando un cargo a un tercero operador no se puede facturar, porque el número telefónico no tiene asociado el número de suscripción (el teléfono no factura). Esto impide que Telecom pueda facturar a los usuarios los cargos que le son cobrados por otros operadores, y las reconvenidas deben asumir su valor.

Entre los bienes que debía aportar, se incluían los materiales y repuestos necesarios para efectuar el mantenimiento, sin excluir a las redes externas (stock).

Derecho a los ingresos producidos por la infraestructura. Las reconvenidas solo tuvieron derecho sobre los ingresos hasta la terminación del convenio.

(iii) Oposición de las convocantes a la demanda de reconvención.

El Consorcio se opuso expresamente a todas las pretensiones y al efecto formuló un conjunto de defensas que denominó excepciones de mérito, a saber:

— Primera: ausencia de los presupuestos procesales de la reforma de la demanda de reconvención que impiden proferir sentencia.

— Segunda: el texto del convenio y sus anexos técnico y financiero no son contradictorios sino complementarios.

— Tercera: falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de una nulidad absoluta, total o parcial, de un contrato estatal.

— Cuarta: falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de cualquier asunto diferente de las controversias sobre cumplimiento e interpretación, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada por las partes.

— Quinta: falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de algunas pretensiones fundadas en asuntos que no agotaron las instancias contractuales previas para poder recurrir a arbitraje.

— Sexta: caducidad de la acción de nulidad de que trata la pretensión subsidiaria quinta.

— Séptima: validez y eficacia legal de las cláusulas 5.3 y 5.4 del anexo financiero. Ausencia de la nulidad pretendida por la actora en reconvención.

— Octava: a Telecom le son oponibles los anexos técnico y financiero los cuales son válidos y eficaces.

— Novena: obligación contractual del Consorcio de construir la infraestructura necesaria para 110.000 líneas nuevas entre líneas alambradas e inalámbricas, conforme a la demanda real.

— Décima: distinción legal y contractual entre: (i) Las participaciones que recibirían los asociados durante la vigencia del convenio; y (ii) El valor de rescate a pagar por Telecom.

— Décima primera: aplicabilidad de la cláusula quince exclusivamente a las participaciones que los asociados recibieran por concepto de facturación durante la vigencia del convenio.

— Décima segunda: el Consorcio instaló las líneas con base en la demanda real o sea, en el estudio de demanda elaborado conforme a la cláusula quince del convenio y aceptado por ambas partes.

— Décima tercera: el Consorcio cumplió con su obligación de construir las 110.000 líneas acordadas con base en el estudio de demanda elaborado de acuerdo con la demanda real mencionada en la cláusula décima quinta.

— Décima cuarta: inexistencia de un derecho de opción de Telecom de adquirir el dominio de la infraestructura y equipos que el Consorcio le entregó con arreglo al convenio.

— Décima quinta: obligación a cargo de Telecom de pagar al Consorcio el valor de rescate que resulte de aplicar la metodología pactada por las partes en el anexo financiero.

— Décima sexta: inexigibilidad de la obligación de transferir la propiedad de la infraestructura a Telecom hasta tanto esta entidad pague el valor de rescate o asegure su pago.

— Décima séptima: inexistencia de desviaciones técnicas y de pendientes técnicos, en los términos definidos por Telecom en la reforma de la demanda de reconvención, por la instalación, puesta en funcionamiento y entrega de la infraestructura y equipos por parte del Consorcio a Telecom conforme a las especificaciones y requerimientos técnicos del convenio y sus anexos.

— Décima octava: inexistencia de desviaciones técnicas en RDSI y datos.

— Décima novena: inaplicabilidad al convenio de normas legales y administrativas invocadas por Telecom como sustento de las desviaciones técnicas.

— Vigésima: conocimiento, participación y anuencia de Telecom en lo que califica como desviaciones técnicas y pendientes técnicos.

— Vigésima primera: inexistencia de la obligación de pago a cargo del Consorcio de los cánones de arrendamiento de los contratos sobre los predios en los que se encuentran ubicados los concentradores, una vez estos les sean transferidos a Telecom.

— Vigésima segunda: inexigibilidad de la cláusula penal.

— Vigésima tercera: en subsidio de la anterior ordenar la reducción de la pena en proporción al valor de los supuestos incumplimientos respecto al valor de la inversión.

— Vigésima cuarta: carencia del derecho a pretender acumulativamente el pago de la indemnización de perjuicios y la pena.

— Vigésima quinta: compensación.

(iv) Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda de reconvención.

El Consorcio dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda de reconvención, pronunciamiento que puede resumirse así:

Hechos precontractuales

1. La referencia del artículo 10 de la Ley 37 de 1993 al derecho privado, se refiere a los procedimientos de contratación y no a los contratos mismos, a los cuales también se les aplica lo dispuesto en dicha ley y las disposiciones que la desarrollen y complementen.

2. Para la elaboración de la propuesta económica, los proponentes no solamente debían tener en cuenta la información contenida en el capítulo II de la invitación (condiciones financieras y plan de negocios), sino también la contenida en los capítulos I y III (información general y especificaciones de servicios).

3. Telecom entendió que el oferente debía contemplar tres aspectos completamente distintos: primero, el cálculo de los ingresos durante la vigencia del convenio, la proporción que esperaban sobre los mismos y la rentabilidad del proyecto; segundo, las condiciones para la adquisición de los bienes y servicios aportados y la obligación de señalar un valor de salvamento aún a la finalización del convenio; y tercero, el nivel de riesgo que deseaba correr el oferente en términos de porcentajes de desviación máxima, por exceso o por defecto, sobre el flujo de caja neto del oferente.

4. En la invitación no se mencionó el concepto de línea vendida. Solamente desde el comité 39 Telecom le otorgó importancia.

5. La Circular 1 tenía por objeto efectuar una prórroga al término previsto para el estudio y preselección de ofertas. La Circular 2 tenía por objeto efectuar algunas precisiones y dar respuesta a las consultas que hicieron los proponentes, y no es cierto que esta última se refería a no garantizar al oferente la "completa" amortización de su inversión, como sí se planteó en la audiencia del 22 de noviembre de 1995, en donde se solicitó a cada proponente especificar el nivel de riesgo.

6. No es cierto que Telecom resaltó la imposibilidad de otorgar "garantías mínimas", ni mucho menos estas se refieren a ingresos. No obstante, Telecom ofrece una conclusión con fines demostrativos que es cierta en cuanto se refiere exclusivamente a las participaciones que se obtendrían en proporción a los ingresos devengados en cada ciclo de facturación, lo cual implicaba que el Consorcio no podía exigir inmediatamente el pago de la diferencia que en cada ciclo de facturación se presentara entre los ingresos esperados bajo el modelo económico y los efectivamente facturados.

7. En acta del 22 de noviembre de 1995 Telecom confirmó que el diseño, construcción e instalación de la red objeto del proyecto, debía ser acordada por las partes con base en los resultados del estudio de demanda a cargo del oferente, el cual permitiría determinar la dimensión del proyecto en cuanto al número de líneas a instalar, y por eso solamente podría ajustarse con base en esto y en la duración misma del convenio.

8. El estudio de demanda elaborado por Telecom se basó en el estudio elaborado por el Centro Nacional de Consultoría, el cual solo se refería a la "demanda potencial" o estimada —entendida como el número probable de usuarios para la época del estudio, con aptitud para demandar el servicio en el sector—, y a los parámetros en virtud de los cuales esa demanda estimada podría depurarse para convertirse en "demanda real". Con base en lo anterior, el inciso 2º de la cláusula 15 de la minuta estableció que la instalación de la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios se haría de acuerdo con la "demanda real" que se acordara con base en el estudio de demanda. Fue así como el Consorcio definió en su propuesta la "demanda real" como "el resultado del estudio de demanda". Finalmente, de acuerdo con los resultados del estudio de demanda, esta se mantuvo igual a la inicialmente estimada (110.000 líneas).

9. Mediante oficio 00145300-000857 contentivo del estudio jurídico presentado por Telecom, esta manifestó que

la recuperación de la inversión, los costos financieros y la rentabilidad deseada, lo determinaría el modelo económico que debía se presentado por el oferente. Fue así como se acordó que Telecom solamente garantizaría el 90% del flujo de caja anual descontado el repago del principal del leasing.

10. El hecho de que no existiera garantía sobre las participaciones en proporción a los ingresos que se percibieran durante el respectivo ciclo de facturación, en nada modifica la obligación de Telecom de reconocer la inversión realizada por el asociado, aplicándole el margen de riesgo asumido por este.

11. No es cierto que exista empresa conjunta para la prestación del servicio de telefonía básica conmutada, pues a quien le corresponde su prestación es exclusivamente a Telecom por expresa reserva legal y contractual.

La celebración del contrato

1. No es cierto que se hayan contravenido las disposiciones legales y contractuales sobre existencia y representación de las sociedades extranjeras que conforman el Consorcio.

2. Si bien al momento de la firma del convenio no se había redactado el anexo financiero ni el técnico, con anterioridad las partes acordado los términos que lo regirían (acta del 19 de diciembre de 1995), los cuales se mantuvieron en el anexo financiero.

3. La cláusula 2º establece que el modelo económico detallado en el anexo financiero, se considera parte integral del convenio y por lo tanto no existe ninguna prelación. Ellos forman un todo íntegro e inescindible.

4. Ni el representante legal de Telecom ni sus funcionarios delegados manifestaron tener limitaciones para actuar en la elaboración de los anexos.

Las obligaciones y los riesgos asumidos por las partes

1. No es cierto que no se haya incluido el principal del leasing en los flujos de caja considerados en el anexo financiero para efectos de las revisiones del modelo económico. En efecto, el anexo 4 “repago del leasing”, incluye el principal y los intereses, mientras que el anexo 5 no lo incluye por cuanto tal anexo es la base para el cálculo del riesgo acordado por las partes, el cual fue precisamente sobre el valor del principal del leasing. Por otro lado, dado que el flujo de caja neto contempla la inversión con todos sus costos y gastos, no es cierto que las inversiones adicionales sean un riesgo del Consorcio no susceptible de ser compensado, pues de aceptarse ello, se desconocería el acuerdo de las partes consignado en los comités 14 (A) y 28.

2. El Consorcio no estaba obligado a aportar al convenio equipos diferentes a los que hacían parte de la ofertad presentada y aceptada; no obstante, podría aportarlos siempre cuando tal decisión hubiera sido acordada en comité y mediante el pago de la correspondiente contraprestación. Adicionalmente, no es cierto que cualquier daño o destrucción de los equipos debían ser solucionados mediante reparación o reemplazo, tal como figura en la cláusula 16 del convenio.

3. La cláusula 15 del convenio no señala un riesgo de demanda. El riesgo estaba limitado a recibir las participaciones en proporción a los productos obtenidos durante el correspondiente ciclo de facturación y así sucesivamente.

4. El concepto de “demanda real” se refiere al número de líneas que las partes acordarían instalar. No es admisible entender que “demanda real” es aquella que surge de la decisión de compra por parte de un potencial usuario de acceder al servicio, y de otro lado, logística, contractual, financiera y técnicamente es equivocado sostener que la instalación solo podía hacerse con base en la solicitud del servicio. Solamente es posible atender a los usuarios que efectúen una solicitud de línea, cuando se cuenta con una red construida, incluyendo conmutación, transmisión y planta externa. Las partes nunca entendieron ni convinieron que la instalación de la red para 110.000 líneas solo podía emprenderse a partir del momento en que los futuros consumidores adquirieran las líneas.

5. El estudio del Centro Nacional de Consultoría señaló que la demanda potencial del sector empresarial, se podría convertir en demanda real, dependiendo de factores económicos. Así las cosas, la “demanda de servicio estimada”

se refería al número de potenciales clientes con aptitud de solicitar la instalación, independientemente de que tomaran la decisión final de comprar.

6. No es cierto que la recuperación de la inversión dependía exclusivamente del producto de la operación durante la vigencia del convenio, pues el Consorcio podía hacerlo por dos fuentes diferentes: las participaciones sobre los ingresos obtenidos y el valor de rescate. Tampoco es cierto que el Consorcio fuera autónomo para efectuar las inversiones, pues estas debían comprender todas las obras y equipos necesarios para instalar el número de 110.000 acordado.

7. El riesgo fue considerado en +o- el 10%, es decir, que si el retorno estaba dentro de la banda de 90 y 100, el Consorcio no podía exigirle a Telecom completarle el 100%; y si el retorno excedía del 100% pero inferior al 110%, Telecom no podía exigirle el reembolso de ese margen. Distinto era el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los ingresos obtenidos durante el ciclo de facturación, pues ni el Consorcio podía exigirle a Telecom completarle el faltante en relación con los ingresos que había proyectado el modelo económico de ese mes, ni Telecom podía exigir el reembolso de los ingresos reales que excedieran los proyectados. Esos desfases tendrían incidencia para las revisiones anuales.

8. El objeto de las revisiones anuales era el de asegurar la realización de los resultados del modelo económico con el fin de mantener el equilibrio económico, para lo cual se podría ajustar el nivel de participaciones en los ingresos, la duración del convenio y el valor del rescate.

La revisión del último año y la revisión final

1. La liquidación del convenio puede entenderse como una revisión final. La diferencia entre la revisión de último año y las anuales radica en que las partes únicamente introdujeron el concepto de línea vendida para las revisiones anuales y lo omitieron la para la revisión del último año y la liquidación del convenio.

2. No es cierto que las revisiones cuenten con una metodología que resulte contradictoria con la distribución de riesgos y obligaciones contenidas en el contrato y en el anexo financiero, ni que genere inconsistencias con este último. En efecto, las partes previeron tres períodos para su ejecución: a) la determinación del tamaño del proyecto con base en los resultados del estudio de demanda; b) la ejecución del convenio; y c) la liquidación. Por tratarse de mecanismos establecidos para épocas distintas, no existe contradicción alguna entre las metodologías de las cláusulas 5.1, 5.2, 5.3 y 5.4 del anexo. Telecom ejecutó pacíficamente el convenio y solamente hasta el comité 39 introdujo el concepto de línea vendida para la liquidación.

3. El valor del rescate es el que resulta de la aplicación de la liquidación final para asegurar al Consorcio el retorno de la inversión, costos y gastos, teniendo en cuenta el riesgo acordado. Durante las revisiones iniciales y de último año, el valor podría variar sin que adquiriera el carácter de definitivo, pues la cifra final solo resultaría de la aplicación de la metodología prevista para la liquidación.

4. Telecom en su reclamación tomó el valor de la inversión para efectos del cálculo de la cláusula penal, sobre un total de 110.000 líneas a instalar.

5. A pesar de las prórrogas solicitadas para elaborar el estudio de demanda, se acordó que las 110.000 líneas debían mantenerse. Las partes aplicaron el concepto de costos fijos y variables dado que el proyecto sería ejecutado en 2 etapas. En la primera, se instalarían 60.000 líneas y en la segunda el número estaría sujeto al eventual ajuste del plan de negocios y del modelo económico, o de lo contrario se instalarían 50.000, por lo tanto, no es cierto que se hayan iniciado las instalaciones sin contar con los resultados del estudio de demanda.

6. Para las revisiones anuales las partes no tuvieron en cuenta la metodología establecida en la cláusula 5.2 del anexo financiero, debido a sus diferencias en la interpretación de la metodología. Con el fin de conciliar las diferencias, las partes acordaron acoger la interpretación de Telecom según la cual la metodología para realizar las revisiones anuales no tendría en cuenta el factor de líneas vendidas “acumuladas”, y por eso se realizaron tomando el factor línea vendida trimestre a trimestre, dejando de lado el ingreso inicial que se proyectaba a realizar por cada línea en el plan de negocios, y que era necesario para la recuperación de la inversión, costos y gastos dentro del margen de riesgo acordado del 10%.

7. Desviaciones técnicas.

— Las instalaciones se efectuaron con base en la demanda real, nunca en exceso.

— Teniendo en cuenta que Telecom no cumplió con su obligación de pagar el valor de rescate, los nuevos impuestos, y que es un hecho notorio que su patrimonio se ha menguado considerablemente, el Consorcio se negó a efectuar la transferencia de la infraestructura hasta tanto dichas sumas no le sean canceladas.

— La entrega de la infraestructura para su operación se hizo conforme al convenio y sus anexos, y las desviaciones técnicas no son incumplimientos sino que corresponden a un listado hecho por las partes para determinar sus diferencias de interpretación sobre el alcance del contrato.

— Desviaciones técnicas en conmutación

No es cierto que se deba instalar el número de tarjetas que Telecom aduce, ni que la instalación realizada no cumpla con el 10% de capacidad de utilización simultánea. Las 27 tarjetas son suficientes para cumplir, y el 10% de usuarios no corresponde a 7.200 sino a 11.000.

La Resolución 541/98 (sobre señalización del canal común 7) no obliga al Consorcio porque solo es aplicable a equipos que se instalen o entren en servicio con posterioridad a la fecha en que entró a regir, ni a implementarla sin costo alguno. Finalmente, dejó se ser mandatoria por la expedición de la Resolución 469/2002.

El Consorcio cumplió con toda la interconexión requerida para la operación del sistema.

La obligación de señalización por canal común 7 se encuentra radicada en cabeza de Telecom como operador. Adicionalmente, la actualización de la versión 2 no hace parte de las obligaciones contractuales a cargo del Consorcio, ni tenía la obligación de adaptar la red. Las centrales instaladas en la zona E tienen la versión 1 adaptada a la interconectibilidad con el entorno en que funcionan dichas centrales, con adiciones realizadas para solucionar inconvenientes técnicos encontrados durante el desarrollo del convenio. Las partes revisaron el estado de esas centrales y consignaron su aprobación respecto de su funcionamiento, que hasta la fecha ni han presentado problemas operativos.

Mediante Resolución CRT 378/2001 se prorrogó la Resolución 308/2000 sobre identificación de llamadas, en el sentido de ampliar el plazo para la implementación del sistema hasta el 31 de marzo de 2002. Adicionalmente, los operadores podrían facilitar la identificación de llamada maliciosa si demostraban que no era económicamente viable su prestación. La prórroga y la falta de acuerdo con la Superservicios hicieron que a la fecha de terminación del convenio no existiera aún obligación de Telecom para con la CRT.

La propuesta de Telecom para implementar el servicio de identificación de llamadas no era equitativa.

Las consolas de prueba se instalaron de acuerdo con el contrato y el anexo técnico, y no es cierto que presenten deficiencias técnicas.

— Desviaciones técnicas en RDSI y datos

Se aportaron los E1’s, pero en cuanto a multiplexores, estos se deben entregar en la red de transporte entre las centrales de la zona y las de Telecom, lo cual implica que no se solicitaron para comercializar los servicios de valor agregados a los abonados, sino que su destinación era otra. Además, esos multiplexores no contemplan ingresos adicionales para el convenio como producto de la explotación de ese servicio. Así las cosas, no se afecta el plan de negocios ni el desempeño de la red.

— Desviaciones técnicas en gestión

Los puertos sincrónicos no se entregaron porque no prestarían ningún servicio para el funcionamiento de la red, y así lo conoce Telecom. No obstante, el software de gestión está incluido en el archivo de las centrales, al igual que el que utiliza el módulo CCE.

Los equipos cuentan con el sistema de protección de las especificaciones del anexo técnico.

No es cierto que el Consorcio se haya comprometido a aportar conectores para conexión a concentradores. La conexión era de acometidas a centrales. De otro lado, las conexiones y los tipos de materiales de instalación que se utilizan son los recomendados y suministrados por el fabricante por tratarse de conexiones entre los diferentes componentes de la central de conmutación.

La red de abonado inalámbrica no se apoya en postería. Para las estaciones celulares (CS) el Consorcio cumplió con sus obligaciones de acuerdo con las limitaciones técnicas y jurídicas que imponían las normas distritales sobre espacio público y tendidos de redes, todo ello con el conocimiento de Telecom. Adicionalmente, se prohibió la instalación de postes en barrios correspondientes a zonas de conservación histórica, estratos 4, 5 y 6 y en andenes o separadores de avenidas y vías arterias. Posteriormente se prohibió la instalación de redes aéreas y ordenó su subterranización.

Existe un contrato suscrito con Codensa del cual Telecom tiene pleno conocimiento.

— Incumplimiento de normas distritales

El Consorcio inició la instalación de redes de acuerdo con las normas y especificaciones vigentes de Telecom, y en particular con el anexo técnico.

En los estratos a que se refiere el Decreto 1192 de 1997, la red se encuentra canalizada, y en las partes históricas o comerciales se hizo una canalización somera, previo acuerdo con Telecom y las autoridades distritales.

No solo la obligación de subterranización recae sobre el operador, sino que al momento en que se expidió la orden del IDU, la red se encontraba construida y en operación.

La construcción en los barrios se hizo con el conocimiento y beneplácito de Telecom, y algunas veces por su solicitud, al punto que recibió la infraestructura, vendió las líneas, las opera, hace mantenimiento y percibe los ingresos. Además el Consorcio obtuvo todas las licencias y permisos.

Telecom aprobó los diseños y exigió un cubrimiento geográfico del 100%.

El Consorcio no debe hacerse cargo de los movimientos de red ni de las multas, pues en comité del 21 de julio de 1998 las partes precisaron las acciones a seguir con relación a la instrucción de suspensión de instalaciones en barrios no legalizados.

— Daño de infraestructura por parte de terceros

Es responsabilidad de Telecom custodiar la red.

— Incumplimientos en la red de acceso

El retiro o traslado de postes no corresponden a fallas técnicas, pues se instalaron de acuerdo con las obligaciones contractuales, y Telecom fue el interventor de toda la actividad.

Todos los cables cuentan con 4 fibras de reserva.

— Incumplimientos civiles

Telecom reconoció como inversión adicional, el valor de los arrendamientos que se generaran hasta la terminación del convenio, y por lo tanto el Consorcio no debe soportar cargas adicionales por este concepto.

Los contratos se transferirían en el estado en que se encontraran, y Telecom sería el nuevo titular de los bienes, derechos y obligaciones.

— Incumplimientos en el sistema de energía

Los cálculos iniciales de los equipos de aire acondicionado se realizaron sobre la base de la existencia de un solo salón para transmisión y conmutación. De ahí que el supuesto incumplimiento tenga como única responsable a Telecom.

— Software

El Consorcio ha hecho todas las actualizaciones de software correspondientes al genérico G6.5.

— Desviaciones no técnicas

Solo se trata de calificativos o definiciones elaboradas únicamente por Telecom.

En la invitación se indica que los equipos corresponden a transmisión y conmutación y no a la planta externa.

En cuanto a la entrega del stock de repuestos, se atienen a la oferta y documentos contractuales, aclarando que la obligación únicamente se predica respecto de la planta interna. Los repuestos que figuran en el listado son una mera aspiración de Telecom.

Telecom no facturó las participaciones hasta el último día de servicio como dice el convenio, sino que se limitó a suspender el doble cupón, quedando el último mes de servicio sin facturar.

4.5. Pruebas practicadas.

Durante el curso de la primera audiencia de trámite, se abrió la causa a pruebas por auto de fecha 22 de octubre de 2003, y como consecuencia de ello, con la observancia de las formalidades legales, se practicaron interrogatorios a los representantes legales de cada una de las partes, se recibieron testimonios y se llevaron a cabo inspecciones judiciales con intervención de peritos, sobre documentos, archivos y registros en poder, tanto de Telecom —en liquidación— como de las compañías Teleconsorcio S.A. y Telepremier S.A.

De igual forma, se decretaron y practicaron cuatro dictámenes periciales, uno contable, otro financiero y dos de carácter técnico, referidos a planta interna y planta externa.

La actuación surtida para la instrucción probatoria correspondiente, se ajustó a las disposiciones sobre el particular contenidas en el Código de Procedimiento Civil (D. 1818/98, art. 153), y la clausura de la misma se produjo en la audiencia del 19 de noviembre de 2004 (fls. 2845 a 2849 del cdno. ppal. 6 del expediente), una vez las partes hicieron constar expresamente el no tener reparo acerca de tal actuación, y por consiguiente consintieron en tenerla por agotada.

II. Los presupuestos procesales

1. Como bien lo hacen ver las compañías convocantes en el escrito de réplica a la demanda de reconvención formulada contra ellas por la entidad pública convocada (fls. 1513 y ss. del cdno. ppal. 4 del expediente), de los llamados “presupuestos procesales” tiene dicho la jurisprudencia reiteradamente (Cfr. G.J. T. CXXXVIII, pág. 30), que son aquellos requisitos de inexcusable concurrencia para la configuración válida y plenamente eficaz del vínculo jurídico-procesal que une a las partes, requisitos en cuyo examen ha de intervenir aun de oficio el órgano jurisdiccional del conocimiento, judicial o arbitral, habida consideración que si faltare alguno de ellos, dependiendo de su naturaleza, la actuación adelantada será inválida o, en su defecto, *inane*, por hacerse jurídicamente imposible una decisión sobre el mérito del litigio.

2. En la especie de autos y en cuanto concierne únicamente a la demanda de reconvención incoada por Telecom, las compañías convocantes y de tal manera también demandadas, mediante la formulación de las excepciones que denominaron “Ausencia de los presupuestos procesales (…) que impiden proferir sentencia de mérito (primera)”, “Falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de una nulidad absoluta, total o parcial, de un contrato estatal (tercera)”, “Falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de cualquier asunto diferente de las controversias sobre cumplimiento e interpretación de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada (cuarta)”, y “Falta de jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de algunas pretensiones fundadas en asuntos que no agotaron las instancias contractuales previas para poder recurrir al arbitraje (quinta)”, sostienen en síntesis que en

ese segmento específico de la controversia, los presupuestos procesales en referencia ofrecen reparos, afirmando al efecto que dicha demanda es inepta en la medida en que en ella se acumulan pretensiones incompatibles entre sí, tanto desde el punto de vista material, ya que son excluyentes unas de otras, como en el plano procesal, esto último por dos motivos, a saber: el primero, porque por mandato de la ley y según los términos del pacto arbitral aducido como fuente convencional del presente arbitraje, el tribunal carece de jurisdicción para resolver acerca de la pretensión en fuerza de la cual Telecom pide "se declare la nulidad absoluta del contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero en tanto violan la Ley 37 de 1993, especialmente su artículo 10, literal c) (…)"; y el segundo, por ser prematuro el ejercicio de su derecho derivado del pacto arbitral por parte de Telecom, toda vez que no sometió previamente a conocimiento de la instancia de autocomposición prevista en el contrato, la cuestión de nulidad sustancial ahora planteada en sede arbitral, así como tampoco hizo lo propio con algunas de las desviaciones o faltantes de carácter técnico que reclama en su demanda de reconvención, omisiones estas que a juicio de las compañías excepcionantes impide el ejercicio de la función arbitral en lo que a dichos puntos litigiosos concierne.

Sin embargo, conforme lo aconsejan los excepcionantes en su escrito, el tribunal se ha dado a la tarea de examinar con el detenimiento de rigor, el capítulo petitorio de la demanda de reconvención aludida, y sobre el particular, sabedor como es que los límites de su misión vienen dados prioritariamente por el consentimiento de las partes de cuyos términos da cuenta la fórmula compromisoria transcrita integralmente al iniciar el recuento de los antecedentes procesales de mayor relieve, estima del caso hacer énfasis en lo siguiente:

(i) Que la pretensión ordenada a que se declare la nulidad parcial del anexo financiero integrante del convenio C-0060-95, se formuló de manera eventual o subsidiaria de la pretensión quinta principal mediante la cual se solicita "se declare que el contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero del convenio C-0060-95 es contrario a la cláusula 15 del mismo", luego el factor de no arbitrabilidad así aducido y la determinación de los efectos invalidativos que se le atribuyen, no podrán ser objeto de estudio sino en tanto quedare demostrada la falta de fundamento de la susodicha pretensión principal, lo que significa, expresándolo en breves palabras, que la circunstancia aducida no constituye un impedimento que deba conducir inexorablemente a una decisión inhibitoria.

(ii) Que como lo ha entendido desde un principio este tribunal, y ahora viene al caso reiterarlo por cuanto exige hacerlo la regla según la cual, la definición del alcance de la estipulación de arbitraje frente a las particularidades de cada situación litigiosa apreciada en concreto forma parte del poder con que cuentan los árbitros para resolver sobre su propia competencia —regla esta por cierto de general aceptación en la práctica arbitral internacional y cuya vigencia en Colombia encuentra respaldo normativo en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 (texto L. 446/98, art. 124)—, no se remite a duda que todas las cuestiones litigiosas sobre las que versan las pretensiones deducidas por vía de reconvención, ponen de manifiesto diferencias que de cerca involucran la interpretación o la actividad de cumplimiento del convenio C-0060-95, desplegada por los asociados.

(iii) Que en vista de la índole de las controversias que se ventilan en el presente proceso, la circunstancia de que tal mecanismo de autocomposición no haya sido agotado del todo, en orden a discutir la validez del anexo financiero y ciertos temas técnicos puntuales, como lo afirman aquellas compañías, no es impedimento para darle curso al arbitraje, toda vez que, como igualmente se tiene aceptado por la jurisprudencia arbitral internacional, la estipulación compromisoria que señala mecanismos de previo cumplimiento para que las partes intenten zanjar sus diferencias en forma amigable, no puede aplicarse para obligar a esas mismas partes a involucrarse en negociaciones improductivas cuando es claro que no les será posible llegar a un acuerdo y/o cuando un término legal de caducidad o prescripción se encuentra en punto de expirar (laudos CCI, casos 8445 y 6149, publicados en Yearbook of Comercial Arbitration XXVI (2001) y XX (1995), respectivamente; arbitramento *ad hoc*, laudo publicado en Yearbook of Comercial Arbitration XXV (2000)).

Bastan pues estas consideraciones para concluir que las excepciones mencionadas, identificadas en el orden de numeración como primera, tercera, cuarta y quinta, no están llamadas a prosperar.

3. De otro lado, como se señaló en la primera audiencia de trámite, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. En efecto, por una parte, de conformidad con las certificaciones que obran en el

expediente, Teleconsorcio S.A. y Telepremier S.A. son sociedades comerciales legalmente existentes, constituidas bajo las leyes de la República de Colombia y con domicilio en Bogotá, D.C.; y NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO., Ltd., y Sumitomo Corporation, son sociedades extranjeras, constituidas bajo las leyes de Japón y con domicilio principal en Tokio. Por su parte, la Empresa Nacional de Comunicaciones, Telecom en liquidación, es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional y tiene su domicilio en Bogotá, D.C.

Igualmente, ambas partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

4. Al analizar su competencia, los árbitros encontraron que el tribunal estaba debidamente integrado e instalado, que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y estaban cobijadas por el pacto arbitral, que las partes tienen capacidad para transigir y que la acción no se advertía caducada.

Así las cosas, por cuanto la relación procesal existente en este trámite se ha configurado regularmente y en su desenvolvimiento no se aprecia defecto alguno que pueda invalidar dicha relación total o parcialmente, es del caso decidir acerca del mérito del litigio sometido por las partes a arbitraje, y en orden a hacerlo, son conducentes las siguientes

III. Consideraciones

1. El principio de colaboración asociativa en interés común de las dos partes. Base del convenio C-0060-95.

1. Si por sabido se tiene que cuando quienes son partes en un negocio jurídico de contenido contractual, con mayor razón en tratándose de aquellos cuya ejecución ha de ser duradera en el tiempo, no se ponen de acuerdo acerca de la existencia o el alcance de determinadas reglas que estiman relevantes en orden a fijar sus derechos y obligaciones, es de ordinario inherente a la misión encomendada a los árbitros por aquellas, en la órbita del arbitraje naturalmente, establecer la solución que resulte apropiada en tanto que, además de guardar razonable conformidad con la intención de esas mismas partes compromitentes involucradas en el diferendo, consulte ante todo el sentido común que por supuesto se da, no es otro diferente, para expresarlo acudiendo a la conocida fórmula que utiliza la versión en castellano de los principios Unidroit para los contratos del comercio internacional (art. 4.1, inc. 2º), que el predicable de "… personas sensatas de la misma condición de las partes, colocadas en iguales circunstancias …".

Recalcando, pues, que la voluntad contractual a ser considerada con el propósito indicado, es la verificada como común en los dos contratantes sobre el objeto y la causa del negocio celebrado, y no la individual de cada uno de ellos, lo cierto es que frente a situaciones litigiosas de la índole de la que ha sido ventilada en el presente proceso arbitral, adquieren especial importancia directrices interpretativas de predominante tonalidad objetiva, técnica o típica las cuales implican, en el plano metodológico, comenzar por identificar con la mayor exactitud posible, tanto la función económico-social del mecanismo de contratación empleado como de los referentes normativos básicos que lo rigen y el destino final de los bienes, servicios y actividades prometidos en interés de ambas partes igualmente. En consecuencia, la clase de guía que se impone en la actualidad cada vez con mayor fuerza, sin perjuicio del valor que obviamente es preciso seguirle reconociendo a criterios hermenéuticos subjetivos, psicológicos e históricos que también consagran disposiciones legales vigentes, es la que se caracteriza por la objetivación líneas atrás reseñada, ordenada ella a atribuirle acentuado realce al significado usual que tienen determinadas palabras, cláusulas y condiciones de operación profesional en el sector del ramo especializado del que se trate y con el cual, por ende, se presumen ampliamente familiarizadas personas con los mismos conocimientos, idoneidad y experiencia de las partes en conflicto.

En síntesis, ante el frecuente problema jurídico que representan los contratos empresariales poco claros o con vacíos que entorpecen y retardan su cabal cumplimiento, una vez más muestra con creces sus bondades el influjo que, al igual que ocurre con los odres viejos en el vino nuevo según suele expresarse en conocida metáfora, siguen teniendo las normas contenidas en los artículos 1602, 1603 y 1618 a 1624 del Código Civil. Lo pactado y convenido es la suprema ley de los contratos, y para su recta inteligencia, llegado el caso de que sobre ello se suscite alguna duda relevante, más que al lenguaje empleado en su rigurosa acepción literal, se ha de estar al espíritu del acuerdo apreciado integralmente, vale decir a su verdadera sustancia deducida de la coherencia lógica

de las estipulaciones consentidas, de los hechos mismos de los contratantes, que tengan relación con la controversia, anteriores, concomitantes o posteriores a la celebración del negocio y, en fin, de la naturaleza y finalidad de este último, elemento este de clara configuración finalista en la medida en que indica que, para entender el contrato en su esencia y de allí inferir el espíritu que lo informa, es preciso comprender la base económica sobre la que se fundamenta, al unísono con los distintos intereses que en él convergen. Por eso, en su Tratado de Derecho Mercantil (tomo III, num. 1033) decía con acierto el profesor Joaquín Garrigues, inspirado sin duda en el pensamiento de Emilio Betti, que en el terreno de las relaciones contractuales reguladas por el derecho comercial, la realidad práctica pone en evidencia que al fin de cuentas, el objeto de la interpretación no es en estricto rigor la voluntad interna de los contratantes, sino "… la declaración o la conducta encuadradas en el marco de circunstancias que les confieren su significado y su valor. En realidad, lo que cuenta no es tanto el tenor de las palabras o la materialidad de la conducta, como la situación objetiva en la cual esas palabras son pronunciadas y suscritas y esa conducta viene observada …", siempre en el entendido —dice el mismo expositor en cita— que "… la interpretación es el antecedente lógico (*prius*) de la ejecución. El contrato se ejecuta de acuerdo con su interpretación, y la ejecución pone en práctica el resultado de la interpretación (…) Luego lo primero que hay por hacer es puntualizar los verdaderos términos del contrato …".

2. En este orden de ideas, una circunstancia fáctica que en la especie de autos cobra particular relevancia y que por lo tanto constituye obligado punto de referencia en el análisis, es que el convenio acerca de cuyo contenido, centrándose en varios aspectos del mismo trascendentes a su fase de liquidación, discrepan las partes, tuvo su origen en una iniciativa de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, comunicada entre otras a la firma Nec de Colombia mediante oficio 0100000.002300 de 31 de octubre de 1995, en mérito de la cual les hizo saber a cinco de sus proveedores de equipo seleccionados de antemano, a saber: Nec Corporation, Siemens S.A, Nortel de Colombia S.A, Alcatel de Colombia S.A y Ericsson de Colombia S.A, su interés de recibir propuestas para desarrollar, "… conjuntamente y a riesgo compartido …", el proyecto para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para la ciudad de Bogotá, D.C. y la localidad de Soacha, haciendo constar en forma expresa que el contrato correspondiente, llegado el caso de presentarse la oferta requerida y ser ella definitivamente aceptada dentro del marco del procedimiento de licitación restringida abierta para el efecto, habría de sujetarse a la Ley 37 de 1993 y al derecho privado. A su turno, en la solicitud directa de cotización acompañada con dicha invitación, se precisó con mayor exactitud, para información de las compañías convocadas, el objeto de la iniciativa de contratación así comunicada, en los siguientes términos: "… La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en desarrollo de su objeto, se encuentra interesada en obtener ofertas para celebrar un contrato de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, con el fin de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido, el proyecto para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y Soacha, que incluye entre otros los equipos de conmutación, transmisión, interconexión, electromecánica, equipos complementarios, redes, obras civiles, la infraestructura requerida para el efecto, además de la transferencia de tecnología para la operación y conocimiento de estos equipos y el soporte para el mantenimiento y capacitación del personal requerido …", reiterando igualmente que el procedimiento en ciernes, así como los contratos producto del mismo que se celebren, "… estarán sometidos a las leyes colombianas, en especial a la Ley 37 de 1993 y a la jurisdicción de los tribunales colombianos …".

De otra parte, un segundo elemento a considerar en tanto contribuye a fijar la naturaleza y la finalidad del convenio C-0060-95 origen de las diferencias sometidas a arbitraje en el caso presente, atadas ambas, como adelante se verá, a una compleja modalidad de cooperación técnica de carácter asociativo necesaria para ampliar la producción de bienes de Telecomunicaciones en la capital de la República y el sector de Soacha, viene dado por los estatutos de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, vigentes para la época y aprobados por los decretos 666 y 2586 de 1993, toda vez que en el primero de dichos cuerpos normativos, después de definirse la entidad pública en mención como una empresa industrial y comercial del Estado, autorizada para identificarse en sus actividades propias con la sigla Telecom, se expresa:

(i) Que su objeto es la prestación y explotación de servicios públicos de telecomunicaciones dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior;

(ii) Que la empresa atenderá y explotará los servicios que preste en desarrollo de su objeto, de conformidad con los principios propios de las actividades industriales y comerciales, buscando su perfeccionamiento, ampliación y

modernización; y,

(iii) Que para el cumplimiento de dichos propósitos, Telecom cuenta, entre una amplia gama de posibilidades operativas de cuyo estudio no resulta conducente ocuparse ahora, con la facultad de celebrar "… contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, (…) sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas …" (art. 3º, num. 4º, de los estatutos), haciendo inequívoca alusión al género de relaciones asociativas empresariales de base contractual previstas, bajo la denominación de "contratos a riesgo compartido", en los artículos 9º, inciso final, 10, 13 y 14 de la Ley 37 de 1993.

Otro factor consonante con los anteriores, el de mayor trascendencia que por obvia razón tiene que ser tomado en cuenta, es el propio texto del convenio C-0060-95 junto con las pautas de apreciación que de él se siguen para permitirle al intérprete desempeñar a cabalidad su cometido. En efecto, al tenor de las tres primeras cláusulas de las que da razón el documento que instrumenta el referido convenio, visible a folios 265 y siguientes del cuaderno 1 de pruebas del expediente, sin dificultad se deduce que se trata de un verdadero "contrato de negocios" con el alcance que a esta singular expresión le asignan autorizados doctrinantes, en cuanto tal concertado entre entidades —Telecom y el consorcio asociado— colocadas en situación recíprocamente igualitaria, luego de haberse agotado un intenso proceso preparatorio de negociación que adelantaron representantes de las dos partes, con la intervención de expertos, en procura de imprimirle organización técnica y jurídica apropiada a la relación económica y financiera estable que entre dichas partes habría de crearse como consecuencia de la realización del proyecto de telecomunicaciones en cuestión. Partiendo de esta premisa, lo que dicen aquellas estipulaciones es, en apretada síntesis, lo siguiente:

(i) En primer lugar, que el designio tenido en mente por los contratantes al celebrar el convenio fue el de acordar las condiciones, derechos, obligaciones y responsabilidades bajo las cuales se llevaría a cabo, "… conjuntamente y a riesgo compartido …", el mencionado proyecto, consistente en construir o instalar una infraestructura de red para la prestación y explotación comercial, a través de dicha red y según un plan de negocios también convenido de antemano en sus parámetros fundamentales, del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada en el ámbito geográfico correspondiente a la zona E en el diseño general del denominado "proyecto capital", puesto en marcha este último por Telecom para Bogotá y Soacha. En consecuencia, propiamente puede afirmarse, respecto del aludido convenio, que se trata de un complejo sistema de disposiciones contractuales llamadas a regir una relación asociativa que, además de duradera en el tiempo, ha sido diseñada, con apoyo en ciertos pronósticos de posibles resultados, para alcanzar un beneficio económico que en común interesa a las dos partes, disposiciones aquellas de índole jurídica, financiera, operativa y técnica que aun cuando en no pocas ocasiones se entrecruzan, sin embargo han de ser aplicadas conforme a un orden de prelación estipulado que subordina a los términos del convenio en sí mismo considerado, cualquier entendimiento que hubiere lugar a darle al anexo financiero en el cual se materializó el modelo económico pactado, a los anexos sobre especificaciones técnicas del proyecto, a la solicitud de cotización cursada por Telecom a NEC Corporation, a los documentos originados en la fase de información previa a la celebración del convenio —en particular las circulares 1 y 2 y el acta de la audiencia efectuada el 22 de noviembre de 1995— y en fin, a la oferta presentada por el Consorcio asociado.

(ii) Que la cláusula segunda es lo suficientemente explícita en poner de manifiesto que el objetivo al cual apunta el modelo económico implantado, es el de hacer posible que, dentro de un marco de gestión compartida a cargo de las dos partes contratantes, la inversión requerida para la realización de la obra de infraestructura proyectada, se financie en su totalidad con el producido de su explotación comercial. No se sustrae, entonces, el convenio en estudio a lo que comúnmente les es característico, en actividades de servicio público altamente tecnificadas como son las telecomunicaciones, a todos los de su género; se busca atender una demanda potencial e insatisfecha, por definición expuesta al riesgo de decrecimiento que puede deberse, entre otras causas, al régimen de competencia abierta en que por imperativo legal haya de prestarse el servicio, y por ello se hace necesario emprender eficientemente el diseño, la fabricación y suministro de los soportes físicos y tecnológicos, la puesta en funcionamiento, la explotación y el mantenimiento de la red, en un área geográfica determinada y por un período que, en condiciones de normalidad previsibles, permitan obtener un flujo de ingresos suficientes para asegurar el retorno de la inversión mas un margen razonable de beneficio para los partícipes en el proyecto.

En este orden de ideas, el modelo económico al que se refiere la cláusula segunda, cuyos detalles contiene el anexo

financiero y con base en el cual se realizó el convenio, señala los factores que determinan el flujo de ingresos previsto y así mismo incorpora los retornos financieros estimados por los contratantes, ello de acuerdo con proyecciones y cálculos a futuro efectuados para valorar la factibilidad del proyecto, centrada esta en su capacidad de servir eficazmente al objetivo común que condujo a aquellos a asociarse, consistente en aprovechar una apreciable oportunidad de mercado, cuya existencia se verificó por consultores expertos contratados por Telecom, para la prestación rentable del servicio de telefonía básica conmutada en Bogotá, D.C. y Soacha. Importa, pues, no perder de vista que por el solo hecho de haberse manifestado que el propósito de la asociación así conformada es que los retornos financieros esperados tengan lugar efectivamente, cambie la sustancia del modelo en cuestión y se transforme este en un ejercicio a la postre estéril por obra una extraña modalidad de garantía recíproca de rendimientos, toda vez que operaría inclusive con independencia del comportamiento que durante el plazo de vigencia del convenio, asumiendo por demás el fiel cumplimiento de los compromisos contractuales de las partes, llegaren a presentar las variables de diversa índole consideradas en dicho modelo como influyentes en el pronóstico de ingresos fijos o fluctuantes en él contenido, variables que en principio vienen dadas por la demanda de servicio, el tráfico, el régimen de tarifas y la gestión de cobranza al usuario, ello aparte de que si semejante alcance se le diera a aquella declaración, en buena medida perdería su razón de ser el mecanismo de adaptación del modelo, contemplado en el parágrafo de la cláusula segunda en estudio, en el sentido de establecer revisiones anuales con la finalidad de "… incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico, hacer el seguimiento a los compromisos de las partes y ajustar el plan de negocios al nivel de riesgo acordado …".

(iii) Que al igual que la cláusula segunda respecto de la primera y en plena armonía con ambas, la cláusula tercera del convenio traza, con suficiente claridad, el perfil general de las prestaciones en que se concretó con la intención atrás descrita, el acuerdo de cooperación concertado, entre Telecom y el consorcio asociado. Este último —dice la citada cláusula tercera— pondrá a disposición de la primera y mantendrá en condiciones satisfactorias de funcionamiento, con el fin de hacer posible la gestión de los servicios públicos domiciliarios de Telecomunicaciones de que trata el convenio, todas las facilidades físicas y tecnológicas ofrecidas, incluyendo su instalación que se hará "… donde fuere necesario …" en inmuebles de propiedad de Telecom o de terceros, eventualidad esta última en que "… se dará cumplimiento a las normas legales relativas a la utilización de espacios públicos y a las (…) que declaran el establecimiento de redes de telecomunicaciones, motivo de utilidad pública e interés social …". A su vez Telecom, en la condición de entidad pública habilitada por el ministerio de la ley (D.L. 2123/92, arts. 2º y 3º en concordancia con el D.L. 1900/90, art. 2º) para operar servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, proporciona su infraestructura de telefonía de larga distancia para "…facilitar la puesta en funcionamiento y la adecuada interconexión de los equipos motivo del convenio…".

(iv) Que la cláusula décima quinta, motivo por cierto de intenso debate entre las partes en este proceso y que en aparte posterior de estas consideraciones será objeto de detenido examen, registra en sus rasgos más sobresalientes al menos, los términos del acuerdo en mérito del cual Telecom y el Consorcio aceptaron vincular sus esfuerzos y expectativas a la suerte final del negocio ínsito en el proyecto de emprendimiento conjunto cuya ejecución concertaron, declarando ser sabedores los dos contratantes que la rentabilidad de dicho proyecto habría de darse en función de la utilización comercial de los servicios de telefonía básica conmutada a ser ofrecidos, ingresos por definición variables y cuya generación depende, tanto de la capacidad instalada, funcionalidad y tiempo de operación de los equipos como de la demanda del servicio por los potenciales usuarios, razón por la cual, igualmente, aquellos manifestaron de modo inequívoco su voluntad de asumir los riesgos a tales circunstancias asociados, asintiendo por ende en recibir sus participaciones durante los sucesivos períodos de facturación hasta la terminación del convenio, liquidadas "…sobre los productos obtenidos…" y en las proporciones estipuladas. Y haciendo énfasis en este aspecto, sin lugar a dudas de crucial importancia para la correcta delimitación del alcance del nexo por virtud de dicho convenio creado, la propia cláusula décima quinta en mención hace constar que la demanda de servicio, tomada en cuenta para efectos de construir el modelo económico previsto en la cláusula segunda, es un factor de hecho variable, apenas estimado para permitir la preparación del convenio y su posterior celebración, cuya medición y las eventuales fluctuaciones que pueda experimentar, se exime de garantizar Telecom, declaración esta de la cual quisieron las partes se sigan dos consecuencias, también de inocultable realce, a saber: la primera es que la construcción de la infraestructura conveniente a la instalación de líneas requeridas, habría de ir acompasada con la demanda real de servicio que se llegare a presentar durante el desarrollo del proyecto, al paso que la segunda, lógico corolario de la anterior, es que una vez realizado el nuevo estudio de

demanda por parte del Consorcio, cometido de cargo de este último y consagrado con el evidente propósito de formular en concreto el proyecto e instrumentarlo técnicamente para así definir los parámetros de la red, el plan de negocios y el modelo económico que constituye su base, admitían ser ajustados únicamente en lo que atañe "… al número de líneas (…) y la duración del convenio, permaneciendo inmodificables su precio, la tasa de descuento ofrecida y las demás variables económicas…", puntualizando además que en términos de principio, dicho número no excedería de 110.000 líneas pero que, atendidas las condiciones de demanda del servicio durante la vigencia del convenio y con arreglo a las normas aplicables, de común acuerdo entre los contratantes podría ser ampliada esa cantidad.

Por último, la prueba pericial recaudada en el proceso ofrece, en el plano económico y financiero, una descripción clara y concisa del negocio objeto del convenio C-0060-95 y de la finalidad que condujo a Telecom y al Consorcio a asociarse del modo y con el alcance que las estipulaciones contenidas en dicho acuerdo reflejan. Dice sobre el particular el dictamen rendido por el perito Gustavo Moreno Montalvo obrante a folios 4 a 107 del cuaderno 27 de pruebas del expediente: "… El negocio que las partes acordaron según toda la documentación examinada (…) desde el punto de vista económico y financiero consiste en lo siguiente: — el Consorcio instalará para uso de Telecom hasta 110.000 líneas para su venta y operación, dentro de un cronograma, siempre y cuando las necesidades insatisfechas de servicio en la zona E, respaldada por un estudio de demanda que contrataría el Consorcio, así lo justificara. — Telecom remuneraría al Consorcio con una proporción del flujo de caja que resultaría de la suma de ingresos por los varios servicios a prestar a los clientes que compraran el servicio, garantizando al Consorcio un mínimo del 90% del flujo de caja estimado y no excediendo la participación del Consorcio el 110% del flujo de caja estimado, bajo la premisa de que la participación del Consorcio en el flujo correspondería a un rendimiento del 12% en dólares sobre una inversión definida contractualmente. — Para el logro del rendimiento acordado se podría ajustar el plazo del convenio y/o la participación porcentual en cada una de las fuentes de ingreso asociadas a los respectivos servicios. Los ajustes se podrían pactar en revisiones anuales. — En todo caso, el rendimiento se aseguraría mediante un pago al liquidarse el negocio, denominado valor de rescate …", por manera que el negocio así concebido, prosigue el perito, "… es un negocio de los denominados Non Recourse Project Finance. El fabricante del equipo lo vende a una compañía de leasing quien a su vez lo arrienda al Consorcio. El Consorcio lo aporta al acuerdo con Telecom, asignando un valor a la inversión. Telecom, sin ser el propietario del equipo, lo opera, lo mantiene y vende los servicios que el equipo permite prestar…" y así dispuestas las cosas, según los ingresos, "…el negocio genera un rendimiento asegurado al Consorcio (…) dentro de un rango relativamente estrecho. Los gastos que contempla el negocio —costos administrativos, nacionalización e IVA, intereses de leasing, intereses e impuestos— a cargo del Consorcio, fueron predefinidos para la evaluación del negocio y por ende para el cálculo del valor de rescate. El riesgo sobre los gastos de operación lo asume exclusivamente Telecom…".

Hace ver igualmente la experticia en referencia, al considerar las circunstancias en razón de las cuales fue ideado y puesto en marcha el proyecto de infraestructura de telecomunicaciones sobre el que versa el convenio C-0060-95, que tan pronto se verificó la existencia de una oportunidad de mercado resultante de la necesidad de los servicios públicos domiciliarios de telefonía básica conmutada a cuya prestación habría de atender dicho proyecto, situación esta causada, en opinión del perito, por problemas administrativos en la ETB que para la época era —y sigue siéndolo todavía, conforme lo apunta el dictamen— el agente productor en red de los mismos servicios dominante en Bogotá y demás localidades aledañas, Telecom decidió aprovechar tal oportunidad "… a través de esquemas contractuales con financiación de la inversión por fuera de su balance…" sobre los que, como es apenas natural suponerlo, gravitaban, entre otros, notables riesgos operativos inherentes a la generación efectiva del flujo de fondos, pues por sabido que en un proyecto de telecomunicaciones como el que viene analizándose, la fuente primordial de ingresos radica en los pagos, en cuantía fija o variable, que por diferentes conceptos realicen los usuarios captados para que se valgan de los servicios ofrecidos, y es imposible predecir hacia futuro, con absoluta certeza, el comportamiento que este factor, expresado en la demanda real del servicio que se presentará en un período dado, pueda tener.

Afrontar esta realidad en el respectivo esquema contractual y, por más veras si fueren negativas, regular sus eventuales secuelas en la forma que mejor convenga al buen fin de la empresa común, es por encima de todo tarea de ponderada valoración que es preciso llevar a cabo en orden a permitirle a los contratantes, sin desvirtuar desde luego el sentido general del negocio y obrando en consonancia con los principios económicos esenciales que lo

informan, insertar un sistema razonable de mecanismos, procedimientos y acuerdos de garantía elaborados *ad hoc* que, en la medida de lo factible, contengan, aminoren o neutralicen tales riesgos. Sobre el punto, examinando en particular el llamado "riesgo de venta" o de insuficiencia de demanda y su influjo en la operación objeto del convenio C-0060-95, dice el dictamen pericial en mención: "…Por supuesto, es imposible establecer con certeza absoluta la demanda real que se presentará en el futuro sobre determinado servicio. En consecuencia, la evaluación del riesgo previa a la inversión en el proyecto que permita la prestación de un servicio, involucra la revisión seria y permanente del pronóstico de demanda que lo soporta, en diversos escenarios de ingresos, precios y demás circunstancias relevantes para la determinación de la cantidad demandada. En el contexto de un proyecto de infraestructura de telecomunicaciones, como el que se estableció en el convenio C 060.95, había incertidumbre no solo en la demanda sino en la distribución probable del mercado entre los diferentes agentes en disposición de prestar el servicio. El mercado al cual estaba dirigido el proyecto, venía siendo atendido por la ETB, entidad que aparentemente no estaba en condiciones de prestar el servicio a todos los nuevos usuarios de ese mercado. En ese momento —segundo semestre de 1995, se agrega— se iniciaba una nueva era de prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia, mediante la aplicación de lo previsto en la Ley 142 de 1994 (…) que abría el espacio a la competencia entre diferentes agentes en aquellos servicios donde fuere admisible la competencia. Se infiere que la estrategia de Telecom al ofrecer acuerdos a riesgo compartido, como el convenio C 060.95, era aprovechar los nuevos espacios de negocios posibles derivados de la ley mencionada, para lo cual se requería recursos de capital sustanciales, de los que las firmas invitadas a proponer podían presuntamente disponer. (…) En todo caso —es terminante en su conclusión el perito— la demanda era un elemento de incertidumbre cuyo riesgo asociado se pretendía mitigar mediante la ejecución de un estudio…", estudio este último que al tenor de cuanto va visto, era de cargo del Consorcio realizar con prontitud puesto que, con fundamento en los resultados que arroje, contemplaba el convenio la posibilidad de modificar, obviamente si fuere necesario hacerlo y dentro del apremiante plazo de cuatro meses contados a partir de celebrado, el modelo económico sustento del plan de negocios concertado, fijando en consecuencia el número de líneas que, sin sobrepasar la cantidad de 110.000 y por existir respecto de ellas la posibilidad actual de ser vendidas enfrente a circunstancias relevantes de mercado verificadas en el referido estudio y debidamente evaluadas a su tiempo por expertos autorizados por ambas partes, habría lugar a instalar.

Dicho en otras palabras, es claro que en tratándose del riesgo de insuficiencia de demanda del servicio, entendido como una circunstancia de potencial ocurrencia en el período de construcción del proyecto e igualmente en su fase de explotación comercial, la "modularidad" —flexibilidad si para mejor decir se quiere— asignada a dicho proyecto en el convenio C-0060-95, en el amplio grado que queda visto respecto de la determinación de su dimensión representada en el número de líneas a ser instaladas, equivale a un importante mecanismo destinado a controlar aquel riesgo, llamado en tanto desempeña una evidente función de garantía, a hacer actuar, en esos dos tramos que marcan el desarrollo completo del proyecto y no solamente en el segundo, el efecto de referente restrictivo de actuación que le es propio.

Y la anterior es una apreciación que, hallándose cimentada en el parecer del perito expuesto con los recaudos que pide el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, corroboran por cierto otros elementos de convicción obrantes en los autos y que conducen a la firme convicción de que tal entendimiento del esquema de operación diseñado en consideración a la finalidad negocial que las motivó a asociarse a "riesgo compartido", a ninguna de las dos partes en el proceso puede resultarle extraña o sorpresiva. Todo lo contrario. Para darse cuenta de ello y descartar un reparo de tal estirpe, basta con remitirse a los textos de los documentos adicionales al convenio C-0060-95, cuatro en total, producidos durante el transcurso de la dilatada secuencia de estudios evaluativos a que dio origen la definición del número de líneas a instalarse (cfr, fls. 311 a 323 del cdno.1 de pbas. del expediente). En ellos, Telecom y el Consorcio asociado, por conducto de sus respectivos representantes y por espacio de varios meses —desde el 26 de abril de 1996 hasta el 27 de febrero de 1997— efectuaron en forma reiterada y sin reserva de ninguna clase, manifestaciones concluyentes del siguiente tenor: "…Las partes sustentan que están de acuerdo en que las consideraciones que dieron lugar a la suscripción del acuerdo adicional 2 continúan vigentes, las cuales se resumen así: se trata de un proyecto que se realizará en un ambiente de competencia con el operador existente. No se tienen resultados de la labor de comercialización y mercadeo. No se han concluido los trámites de permisos para la ejecución de las obras y no se tienen fechas confirmadas sobre la disponibilidad de interconexión con la empresa operadora local. Todos los anteriores factores tendrán una incidencia directa en la demanda real del

servicio, introduciendo un grado de incertidumbre sobre el número de líneas que se podrán vender y que se deben instalar. Se considera además que, a medida que avance el proyecto, estos factores pueden aclararse y permitir una mejor decisión sobre el tema tratado. Dada la naturaleza del convenio y del proyecto que se desarrolla, que indica para las partes un interés común en acertar en esa definición, se acuerda prorrogar (…) el plazo estipulado en la cláusula décima quinta del convenio principal…", prorrogas sucesivas que se extendieron hasta el 31 de julio de 1997; a su turno, del Consorcio asociado y sin que en relación con ellas se hiciera constar opinión discrepante por parte de Telecom, son las siguientes declaraciones efectuadas en la reunión del comité coordinador ocurrida el 27 de febrero de 1997 (acta 12) e incorporadas en el convenio adicional 4: "…el Consorcio expone que dada la situación del inicio de operaciones que se ha visto postergada hasta el mes de febrero, se requiere de la experiencia real en las ventas o colocación de líneas para tomar una decisión definitiva sobre el número de líneas a instalar para la totalidad del proyecto. La primera etapa esta definida y las 60.000 líneas estarán instaladas de acuerdo al cronograma establecido durante 1997. Para la segunda etapa el Consorcio plantea la necesidad de contar con una mayor experiencia en ventas, en la evaluación de resultados de los diferentes sistemas de financiación al público, estudiar el impacto sobre el plan de negocios, que trae la estratificación que es diferente a la presentada en los términos de referencia y al plan…", de donde se sigue que, armonizando estos elementos de juicio, el propósito latente en el negocio proyectado que instrumentó, junto con sus anexos financiero y técnicos, el convenio C-0060-95, propósito que le imprime sentido a dicho negocio y sobre el cual además podría tener incidencia, hasta el punto de impedir sin remedio su final exitoso, el riesgo de insuficiencia en la demanda del servicio que tantas y justificadas inquietudes ocasionó, no puede en sana lógica inferirse que fuera el de emplear la obra de infraestructura realizada para instalar líneas hasta una cantidad dada, sin antes haberse cerciorado, las dos partes contratantes y no una sola de ellas puesto que en detrimento de los intereses de ambas redundarían los efectos nocivos de una decisión errónea sobre el particular, de que respecto de las susodichas líneas se constató de antemano, objetivamente y con razonable exactitud, la existencia de una posibilidad efectiva de venta cuyo producido generaría el flujo de ingresos esperado.

3. Conocida la denominación con que el legislador identificó la estructura contractual a la que corresponde el convenio C-0060-95, denominación que de suyo acoge el propio texto de dicho convenio en concordancia con los estatutos de Telecom; puntualizados asimismo los términos de las principales estipulaciones que al mismo le sirven de basamento y precisadas como quedan las directrices económicas sustanciales en que se apoya, importa ahora ocuparse de examinar la naturaleza que con arreglo a derecho cabe atribuirle a la relación negocial que por virtud del ameritado pacto vincula a los compromitentes en este arbitraje, toda vez que para el tribunal ello constituye premisa indispensable en procura de abordar luego, en los capítulos siguientes de estas consideraciones, el estudio en concreto del litigio cuya decisión le ha sido confiada.

A. Visible a todas luces en el convenio, es que él da cuenta de la unión voluntaria de Telecom con un consorcio empresarial, integrado por las compañías japonesas y colombianas aquí convocantes, que de modo duradero y organizado acordaron poner en común sus capacidades y esfuerzos para conseguir un objetivo determinado, sin que ello de lugar a la creación de un ente distinto jurídicamente personificado. Confiriéndole a la noción su sentido funcional amplio, es de recibo afirmar, entonces, que tras el citado convenio subyace la intención de configurar una relación asociativa interna de carácter contractual que, encajando dentro de lo que genéricamente la práctica mercantil universal intitula "*joint venture*" —expresión esta de notoria ambigüedad, acuñada desde finales del siglo XIX por la jurisprudencia norteamericana para aludir a dispares modalidades de cooperación entre empresas interesadas en una "aventura comercial" común—, con mayor exactitud corresponde identificar aquella relación con la que es característica en los que suelen llamarse "contratos con finalidad común" acerca de cuyos rasgos distintivos dice un destacado doctrinante: "…La esencia del fenómeno asociativo que en época reciente se quiso determinar contraponiendo la asociación al contrato, se tiende a encontrar actualmente en el concepto del contrato; el fenómeno asociativo se identifica con una particular categoría contractual, llamada de los contratos con finalidad común, la cual presenta sus propios caracteres, frente a la categoría antitética llamada de los contratos de intercambio. En estos, las partes persiguen finalidades contrapuestas y la prestación de cada una de ellas se dirige directa y exclusivamente en provecho o ventaja de la otra parte; por el contrario, en los contratos asociativos la prestación de cada una de las partes se ordena a la consecución de un fin común a todas ellas. Cada parte —se ha precisado posteriormente— no proporciona a ninguna de las otras una ventaja, un disfrute, inmediatos, sino que, mediante una sucesiva utilización, termina proporcionando indirectamente un provecho a todas las partes, incluida

la parte que realiza la prestación. Esta utilización intermedia de las prestaciones –posterior a la ejecución por parte de los contratantes y anterior a la realización de la finalidad perseguida por estos —constituye una de las notas características de la categoría. La función del contrato no se agota con la ejecución de las obligaciones de las partes, la cual la constituye, por el contrario, la premisa de una actividad conjunta posterior, y la realización de esta constituye la finalidad del contrato…", por lo que de ello se resalta, apunta el mismo autor en cita, "…que a diferencia de cuanto sucede en los contratos de intercambio, el interés de cada una de las partes no se realiza sin mas por la ejecución de las prestaciones a que las otras partes están obligadas; tal interés solo se realiza mediante la ejecución de aquella actividad a la que las prestaciones de las partes están predispuestas…" (Francesco Galgano. El Negocio Jurídico. Cap. VII, Nº 46).

En todo caso, independientemente de que se quiera o no servirse de seductoras expresiones foráneas cuya pasmosa vaguedad aconseja hacerlo al menos con prudencia, lo cierto es que en lo que si no discuten teóricos y prácticos es que la configuración de esos contratos con finalidad común así descritos, depende en último análisis de los términos del acuerdo celebrado, de los actos de los contratantes, de la índole de la empresa común y de otras circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, factores estos que como quedó visto en el aparte anterior de este capítulo, con creces ponen de presente que en la especie de autos, la relación negocial de desenvolvimiento continuado creada entre Telecom y el Consorcio asociado en virtud de la celebración del convenio C-0060-95, guarda plena correspondencia con aquella descripción.

B. Un segundo aspecto en el que debe hacerse hincapié, es que en la modalidad de contratación asociativa en examen, y ello también acontece evidentemente con el convenio C-0060-95, siempre se encuentra de por medio un interés común a los contratantes en alcanzar, en un tiempo determinado o determinable, la finalidad lucrativa que los condujo a asociarse, situación que por esencia les impone secundarse entre sí, no a través de la ejecución correspectiva de prestaciones o de deberes colaterales de conducta como pasa en los contratos bilaterales de simple intercambio, sino de una persistente actividad específica de colaboración contractualmente regulada y, por lo general, dentro del marco de un complejo agregado de operaciones animadas de ese mismo propósito concurrente y en las cuales se materializa, por ejemplo, la asistencia técnica o comercial que con frecuencia constituye la razón de ser de esta clase de vinculaciones.

Así, pues, lo que en el fondo se advierte en el convenio origen de las diferencias materia del presente proceso arbitral, al igual que en todos los de su estirpe, es el establecimiento voluntario de un sistema de colaboración entre empresarios por cierto tiempo, sin mediar integración corporativa alguna entre ellos, para el desarrollo en beneficio común de un proyecto individualizado que reclama la actuación conjunta de dichos partícipes con diferentes obligaciones y cometidos, de suerte que en lo que se denomina acuerdo de principio (*joint venture agreement*), núcleo de las condiciones del negocio, lo ordinario es que no se contemplen solamente las relaciones principales entre los asociados, sino muchas otras situaciones a que puede dar origen la puesta en marcha de la operación de tal manera concertada.

C. Apuntado como quedan, tanto el marcado matiz asociativo típico del convenio C-0060-95 como el peculiar nexo de colaboración en que el mismo se asienta, otra característica que amerita ser subrayada es que a los empresarios en ese contexto asociados, les permite actuar conjuntamente para la consecución del resultado económico previsto, pero siempre en el ámbito restringido de una simple comunidad singularizada de intereses, toda vez que el lazo así creado esta destinado a proyectarse tan solo en el plano interno de las relaciones entre aquellos y, ante terceros, no se exterioriza en forma alguna la existencia de un patrimonio ni de una empresa comunes. Tomando pie en criterios adoptados por la jurisprudencia de casación italiana y valiéndose de la terminología de usanza en los estrados judiciales de los EE.UU que distingue entre las "*joint venture corporations*" y las "*contractual joint venture*", Andrea Astolfi explica en un conocido trabajo especializado, que no es adecuado pretender subsumir esta clase de convenios "…en un esquema societario, en cuanto no solo conduciría a una errónea consideración unitaria de los *contractual joint venture* y de las *joint venture corporations*, sino que no tendría en cuenta la circunstancia de que la convención del contrato de joint venture esta motivada, en la generalidad de los casos, en la propia voluntad de los contrayentes de convenir en una relación de colaboración que quiere excluir una relación social…" (El contrato internacional de *joint venture*. RDCO, págs. 645 y ss. 1981).

En este orden de ideas, es propio de estos contratos el hacer posible que sobre la base de un acuerdo de contenido

complejo, preparado al efecto y que refleje en sus precisos alcances la voluntad convergente en los estipulantes de emprender —estableciéndolas, organizándolas y desarrollándolas— las operaciones inherentes a un proyecto singular e individualizado en el que tienen interés común, integren ellos, transitoriamente, dinero, activos, conocimientos u otros bienes sin que este proceder redunde en menoscabo de su autonomía jurídica, vale decir sin dar lugar al surgimiento de una nueva entidad societaria dotada de personalidad moral diferenciada, toda vez que asumen únicamente la obligación de cumplir a cabalidad la prestación de las actividades a que se comprometieron en los términos de aquel acuerdo.

D. Es peculiaridad de estos contratos asociativos que involucran actividades de cooperación técnica y comercial a mediano o a largo plazo, ingrediente que por cierto también se observa con llaneza en el convenio C-0060-95, la existencia de considerables vacíos, tanto en la fase de negociación de aquellos como cuando son puestos en ejecución, insuficiencias las más de las veces inevitables porque se hacen manifiestas ante sucesos sobrevivientes, previsibles incluso, sobre cuyo potencial influjo solo se obtendrá información del todo confiable con su advenimiento a medida que se desenvuelva la empresa, si es que no se trata de circunstancias imprevisibles que alteren el curso proyectado por las partes para dicha ejecución.

En efecto, de nuevo es preciso insistir que en tal clase de contratos, los empresarios que los celebran, sin perjuicio de conservar su individualidad jurídica y en beneficio de sus propios intereses, se vinculan con la finalidad de perseguir un objetivo común que bien podría ser, en el plano general, una gestión a realizar, un resultado a obtener o utilidades a percibir para ser repartidas, con lo cual aquellos pretenden satisfacer dichos intereses. Es justamente debido a ello que en la generalidad de los casos, y el convenio C-0060-95 no es excepción, hay un plan de negocios por desarrollar y unos medios materiales o inmateriales que se aportan para emprenderlo y llevarlo hasta su culminación exitosa en forma continua, coherente y coordinada, a pesar de las posibles lagunas existentes en las estipulaciones contractuales. En consecuencia y como es lógico suponer que, por tratarse de verdaderos contratos de duración, en cualquier evento los asociados deben tener la oportunidad de manifestar su voluntad sobre cuestiones de interés común con repercusión relevante sobre el modo de conducir las actividades requeridas para adelantar el mencionado plan, esos vacíos de factible ocurrencia tienen que poderse colmar de fondo y a propósito, con la prontitud que impongan las circunstancias en aras del buen fin del emprendimiento común, motivo por fuerza del cual se ha sostenido con acierto que en los contratos asociativos de la estirpe del convenio C-0060-95 tantas veces aludido en estas consideraciones, pesa sobre los contratantes una obligación implícita de perseverante colaboración coordinada en cuya virtud se comprometen a cooperar estrechamente entre sí e igualmente a compartir el inevitable proceso de sucesivas decisiones, obligación correlativa al derecho de control mutuo en la gerencia de la empresa del que aquellos son titulares, que tiene por objeto una prestación de actividad continuada que habrá de cumplirse con arreglo a reglas contractuales expresas mediante las cuales, ordinariamente, es organizado para tal fin un instrumento de administración conjunta, compuesto por personeros autorizados de los asociados a quienes se les confiere el cometido de supervigilar y encaminar, en el marco de su giro normal, la ejecución del proyecto en cuestión, cuerpo este en cuyo funcionamiento esta llamado a regir por lógica el principio de unanimidad y, por ende, es frecuente que se excluya la aplicación del sistema de mayorías predominante en los directorios u órganos análogos de las sociedades mercantiles.

E. Finalmente, en la modalidad de acuerdo de colaboración entre empresas a la que se amolda el convenio C-0060-95, cuya finalidad, según queda dicho, consiste en emprender, mediante un contrato elaborado a propósito, una actuación conjunta con aportes económicos, de gestión o de tecnología por los asociados quienes, no obstante, mantienen su autonomía e independencia funcional, es requisito esencial que, junto con el establecimiento de un lazo de cooperación duradero con los alcances recién vistos, entrañe —como acostumbra a expresarlo la literatura técnica norteamericana— la “presencia en grado apreciable de aventura común”, conexa de suyo a la expectativa de lucro que le imprime su razón de ser al negocio concertado.

Importa, pues, tener presente que por exigencia obvia de la hipótesis, a estos contratos los circunda la aleatoriedad en la obtención de los beneficios esperados por las partes, por manera que se deben fijar en ellos las pautas de conformidad con las cuales se obligan a compartir, en consonancia con el esquema de división de trabajo por aquellas dispuesto para llevar a cabo el respectivo proyecto, los distintos riesgos asociados a cada una de sus etapas hasta su terminación. Recalca con insistencia la doctrina, acerca de este aspecto en particular, que “… 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…", haciendo ver asimismo que "…este riesgo existe aun cuando haya una limitación en las pérdidas, pues se lo corre en función 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…" (Cabanellas de las Cuevas – Kelly. contratos de Colaboración Empresaria. Pág. 140. Cita de Juan M. Farina. contratos Comerciales Modernos. Cap. XI. Nº 583).

En resumen, al formarse entre los contratantes, como consecuencia de la celebración de acuerdos asociativos del tipo en estudio, una comunidad de intereses bajo administración y fiscalización conjuntas, apenas, y no un ente con personalidad separada equiparable a una sociedad, la participación de aquellos en los beneficios obtenidos en la explotación del negocio, la adquieren directamente "…para su provecho privado…" —como acostumbraban a expresarlo los comentaristas del artículo 1832 del Código Napoleón— a título retributivo, no de una operación de financiación afectada al desarrollo de un proyecto sino de una genuina inversión de riesgo que realizan dichos contratantes, situaciones estas que por cierto el intérprete debe estar siempre presto a diferenciar apropiadamente. En efecto, aun cuando a primera vista quizá se apreciare alguna semejanza, si se avanza en el análisis tal impresión se desvanece del todo en tanto se advierte que siendo elementos constitutivos concomitantes, en los contratos de colaboración asociativa, el riesgo compartido y la expectativa de lucro en función de la cual dicho riesgo es asumido conjuntamente por los asociados, en los contratos de crédito a mediano o largo plazo y con afectación impuesta, desde luego el acreditante cuenta también con la facultad de controlar el desenvolvimiento de la actividad empresarial a la que el capital facilitado ha de aplicarse, pero en lo que dice relación a la exigibilidad de la restitución de este último en la oportunidad convenida y al pago de los intereses correspondientes, no sigue la suerte de dicha actividad y por contera, no quedan expuestos tales derechos a las vicisitudes desfavorables de un eventual fracaso.

4. Pasando al plano normativo, es pertinente ahora puntualizar que todas las características en las que se hizo énfasis en el aparte precedente (3), sin dificultad se las encuentra puestas de manifiesto en la regulación que la Ley 37 de 1993 trae de las diversas "formas asociativas" de carácter contractual con arreglo a las cuales esa misma ley autorizó a Telecom, en su condición de operadora del servicio de telecomunicaciones y al igual que a otras entidades públicas descentralizadas de los órdenes nacional, departamental y municipal, a asociarse con personas jurídicas nacionales o extranjeras con el fin de "…asegurar los objetivos señalados en la Constitución Nacional, la ley y sus estatutos…", disponiendo en el inciso final del artículo 9º que en virtud de los respectivos acuerdos de cooperación que se celebren en desarrollo de tal autorización legal, no es preciso que surjan nuevas personas jurídicas y por lo tanto los asociados mantienen su autonomía e independencia funcionales.

Así las cosas, el artículo 10 de la ley en referencia, después de señalar, a manera de norma general, que en los procedimientos de contratación que habrán de adelantarse para llevar a cabo los convenios asociativos en mención serán aplicadas "…las disposiciones del derecho privado…", estatuye en primer lugar que en dichos acuerdos de base contractual debe quedar asegurado a plenitud, mediante la estipulación de los mecanismos conducentes a tal propósito según sean la clase de proyecto a emprender y sus particularidades operativas, que la entidad pública contratante conservará la titularidad del servicio, precepto este cuyo alcance debe fijarse consultando por supuesto los criterios orientadores de la normatividad general vigente en el país en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios cuyo núcleo básico, por sabido se tiene, es la Ley 142 de 1994.

Sigue diciendo a continuación la misma disposición legal en cita, que una vez individualizados, tanto el objeto de la cooperación proyectada como los medios que se precisan para ponerla en práctica y llevarla adelante hasta su culminación, debe precisarse con el debido detalle "…la infraestructura de propiedad exclusiva del (…) contratista…", conformada por los bienes y servicios específicos que este último aporta "…para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales…", poniéndolos a disposición de aquel objeto. Bienes materiales e inmateriales estos catalogados por el legislador como transables que, llegado el caso, la entidad pública contratante esta legitimada para adquirir al terminar la asociación, en las condiciones que para tal efecto deberán pactarse expresamente en el convenio.

De otro lado, partiendo de la premisa de que es de la esencia de estos contratos el que en su contenido se haga explícita la voluntad de compartir riesgos por parte de los asociados, manda el artículo 10 de la Ley 37 en su literal c) que se defina, al celebrarse el convenio base de la asociación, "…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…".

Por último, el artículo 14 de la Ley 37 de 1993 marca el carácter temporal o transitorio del vínculo asociativo creado entre los contratantes, disponiendo que el término de duración de los aludidos contratos no podrá sobrepasar los diez años, ello sin perjuicio de que sea posible su prórroga hasta por otros diez años más, luego de efectuarse su revisión y siempre que el contratista no haya incurrido en sanciones durante la ejecución en ese primer lapso.

5. De las consideraciones que anteceden, vistas en una perspectiva de conjunto, se desprende, entonces, que el convenio C-0060-95 es un acabado ejemplo de aquellos contratos de configuración asociativa en que el móvil en función del cual los agentes partícipes se avienen a celebrarlos, consiste en establecer entre dichos agentes, relaciones duraderas de cooperación internacional bajo la modalidad del "*joint venture*" desprovisto de personalidad jurídica diferenciada y generado con el fin de llevar adelante proyectos específicos, relaciones en cuyo desenvolvimiento la práctica ha impuesto en la actualidad una compleja combinación de técnicas de programación, negociación y ejecución que, no obstante ofrecer un alto grado de perfección en la elaboración de previsiones y cálculos, resulta inevitable que dejen un importante espacio para la gestión conjunta posterior que habrán de cumplir los asociados dentro del marco señalado para el efecto en el respectivo contrato y, desde luego, conduciéndose en toda circunstancia con arreglo al principio, líneas atrás enunciado, de colaboración coordinada en la conducción de la empresa común, valga decir, no circunscribiendo su proceder a lo que mejor convenga a sus intereses económicos particulares, sino actuando del modo en que lo haría, puesto de cara ante la misma situación presente en cada evento, un aplicado y escrupuloso "socio" o "partner", expresión inglesa esta última cuyo edificante valor sobrentendido con seguridad bien conocen las dos partes en el presente proceso. Es que en sustancia, recuérdese, se trata de una forma de contratación asociativa con una finalidad común en la que, el nexo jurídico sinalagmático así creado entre las partes —dice Graziani (Derecho de la Sociedad. Pág. 33)—, "…une en los contratos con finalidad común no las prestaciones singulares de los contratantes, sino las prestaciones de cada uno de estos y la realización —mediante la asociación de las prestaciones singulares— de la finalidad común…".

Pues bien, en el convenio C-0060-95, lejos de sustraerse a estas reglas o establecer otras de alcance diverso que en su esencia las modifiquen, ampliamente reciben ellas confirmación a través de varias de las estipulaciones que integran su texto, de manera particular en lo que hace referencia a la creación de un comité de coordinación y la pormenorizada reglamentación, tanto de su organización como de las funciones que le adscribieron los contratantes.

En efecto, de conformidad con la cláusula décima del convenio, el aludido comité es configurado como un organismo permanente de administración y control únicamente, integrado por cuatro miembros —dos "representantes" de Telecom y dos "representantes" del consorcio asociado— al que se le encomendó, como cometidos de mayor relevancia a su cargo, "…desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimientos para dar soluciones efectivas en la prestación del servicio a los usuarios, de conformidad y en cumplimiento de este convenio…", agregando en seguida que "…En la solución de las distintas situaciones que se presenten se tendrán en cuenta la compatibilidad, tecnología, planificación, aprovechamiento de los recursos existentes, soporte y demás, dependiendo del asunto…". En consecuencia, siendo de esta índole las tareas de su competencia, obligatoriamente habría de reunirse una vez al mes, por lo menos; puesto que así lo imponía la naturaleza de la asociación contractual constituida, las decisiones se tomarían por el voto unánime de sus miembros y, en el supuesto de insalvables discrepancias, se debía acudir a una segunda instancia conformada por el presidente de Telecom y por el representante del Consorcio quienes, en atención al conflicto concreto planteado, se ocuparían de buscar para el mismo una solución "…aceptable para ambas partes…", siempre en el entendido, naturalmente, de que por estar involucrado el servicio esencial de telefonía básica conmutada en Bogotá, D.C. y Soacha, la existencia de tales diferencias y la necesidad de observar el señalado procedimiento interno en orden a sortearlas, no podría afectar la continuidad y eficiencia en la prestación de dicho servicio "…por ser Telecom el titular de este…", reservándose esta entidad, por lo tanto, la facultad de "…reemplazar, reparar o realizar cualquier actividad tendiendo a conjurar tal afectación…" a expensas de la parte que resultare responsable a quien los costos originados por tal concepto, expresa la cláusula en cita, le serían descontados en forma directa de "…la operación conjunta…".

Puestas en este punto las cosas, es el parecer de este tribunal que no hay lugar a equívoco alguno acerca del papel que al comité de coordinación le correspondía desempeñar en la ejecución del contrato de asociación a riesgo compartido de cuyos términos y condiciones da cuenta el convenio C-0060-95, en la medida en que el perfil que a ese organismo en este último documento se le confiere, guarda absoluta consonancia, según atrás se explicó a espacio, con dicha modalidad asociativa y, por supuesto, en manera alguna la mixtifica. Así lo demuestra el siguiente compendio de las funciones que al susodicho comité le fueron otorgadas, todas ellas ceñidas al postulado de colaboración coordinada entre los contratantes, soporte fundamental sobre el cual se estructuró el mencionado convenio.

A. Indica la cláusula décima que, además de aquellas que fueren acordes con los objetivos que le son propios, son funciones del comité de coordinación:

(i) Asumir el control inmediato de riesgos contractuales, políticos, de fuerza mayor, operativos y, en general, inherentes a otros factores variables "…relativos a resultados no previstos…" que alteren sustancialmente las condiciones iniciales previstas en el convenio, con el propósito de llegar a acuerdos sobre las medidas que deban ser adoptadas para conjurar eficazmente los efectos de tales hechos.

(ii) Establecer un sistema expedito de distribución entre los asociados de los ingresos a producirse una vez iniciada la explotación comercial de la infraestructura de telefonía básica conmutada construida y aportada por el Consorcio, así como también para realizar "… los pagos que se les deban hacer de los ingresos netos…".

(iii) Establecer "…conjuntamente…" los requerimientos adicionales de infraestructura y equipos, a cargo del Consorcio, que sean indispensables para la adecuada prestación del servicio a los usuarios en el área de interés, e igualmente autorizar —al tenor de lo que reza sobre el punto el literal d) de la cláusula quinta del convenio— las inversiones y gastos que dichos requerimientos demanden, con la advertencia expresa de que, "…los actos correspondientes…" se sujetarán a aprobación del presidente de Telecom o del funcionario que, en esta misma entidad, tenga bajo su responsabilidad la dirección y orientación de las actividades a que se refiere el convenio.

(iv) Presentar los estudios que se estimen necesarios, tomar las decisiones e impartir las instrucciones que sean pertinentes para fijar la cuantía de los costos y gastos definidos en el convenio como deducibles de los ingresos brutos obtenidos en la ejecución del proyecto.

(v) Reglamentar otras materias que en el convenio lo exijan como ocurre, v. gr, con la determinación de las directrices sobre frecuencia y demás factores relevantes que, con arreglo al literal d) de la cláusula cuarta del convenio, le compete hacer al comité coordinador para adelantar las labores de publicidad, promoción y mercadeo con el fin de procurar la efectiva captación de abonados que adquieran las líneas instaladas y hagan uso de los servicios de telefonía ofrecidos.

(vi) Con el objeto de alcanzar la finalidad común a la que apunta la asociación concertada, por último es función del comité, en general, "…el llevar un permanente seguimiento al desarrollo del convenio con el fin de conocer oportunamente las situaciones que merezcan corregirse o mejorarse…", enunciado este que lleva consigo un holgado reconocimiento del derecho que les asiste, tanto a Telecom como al Consorcio contratista, de intervenir en la gerencia y en la fiscalización del proyecto por los dos conjuntamente emprendido.

B. Por otra parte, de acuerdo con el anexo financiero integrante del convenio C-0060-95 y el cual incorpora los detalles del modelo económico concertado para la ejecución del mismo, de incumbencia del comité de coordinación eran otras atribuciones centradas principalmente en la revisión periódica de dicho modelo, cometido este de ejercicio preceptivo en tres situaciones fijadas taxativamente, y facultativo "…a criterio del comité, cuando lo estimare conveniente…", precisándose así mismo que tales revisiones tendrían por finalidad "…incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico para asegurar al Consorcio los retornos financieros proyectados dentro de los márgenes de riesgo determinados…".

Así, entonces, las revisiones de la primera clase tendrían lugar en los siguientes casos:

(i) Como resultado del estudio de demanda a cuya realización, cual quedó visto anteriormente, se obligó el Consorcio asociado. En este ámbito específico, neurálgico por cierto en la programación y ejecución del proyecto,

al comité coordinador se le confió la difícil tarea de supervisar el desarrollo del susodicho estudio y seguidamente, una vez concluido, "…evaluar sus resultados y determinar los medios apropiados para ejecutar el presupuesto asignado para las actividades de promoción y de comercialización de las líneas, progreso de la venta de líneas, a fin de determinar de manera concienzuda, para cada una de las fases del proyecto, el número efectivo de líneas a instalar según las expectativas de venta…", siendo también responsabilidad entregada a aquel organismo "…aprobar para cada una de las fases la reconfiguración de la red con base en el resultado del mismo estudio y determinar con base en los precios unitarios del contrato, el monto total de inversión revisado para cada una de las fases (...)".

(ii) Como resultado de la operación anual, a partir del año en que se celebró el convenio y con cortes sucesivos a 31 de diciembre, siguiendo la metodología acordada a propósito por los contratantes en el 2 del capítulo 5 del anexo financiero.

(iii) Finalmente, como resultado de la evaluación general del convenio al iniciarse la última anualidad, hipótesis que se ocupa de regular en lo conducente el 3 del mismo capítulo 5 del mismo anexo en mención.

En resumen, de la apretada reseña que antecede se infiere que el comité de coordinación, como por más veras lo sugiere la propia denominación que le imprime identidad funcional en el contexto general del convenio C-0060-95, no es cosa diferente a un instrumento operativo organizado dentro de un esquema técnico de limitada flexibilidad, y a la vez puesto en práctica por los contratantes, para emprender y adelantar hasta la normal terminación de la vinculación contractual que los une, la gestión conjunta en interés común a la que, sin perder cada cual su individualidad jurídica, se comprometieron. Por razón del establecimiento del señalado comité y la definición de las pautas de funcionamiento que recién quedan vistas, se aprecia con claridad suficiente que aquellos no tuvieron intención distinta a asegurar, en la medida en que lo consideraron necesario, la presencia de una administración conjunta que permitiera la ejecución continua, coherente y armónica del proyecto materia del convenio, circunstancia que por fuerza impide de raíz que, para cualquier efecto, pueda estimarse de recibo entender que, valiéndose de este medio, las partes pretendieron darle pábulo a un insólito dispositivo susceptible de ser usado para alterar a discreción las bases económicas, técnicas y comerciales en que se soporta el plan de negocios sobre el que giran, en su gran mayoría si no todas, las estipulaciones contenidas en dicho convenio y sus anexos.

2. Las estipulaciones objeto de la controversia

El debate entre las partes en el presente proceso gira fundamentalmente en torno a la interpretación que debe dársele a la cláusula décima quinta del convenio frente a lo que dispone el literal a) del numeral 5.4 del anexo financiero.

Como ya se dijo en el aparte anterior, la cláusula décima quinta del convenio dispone:

"Las partes conocen y aceptan que el producto de los servicios depende de la capacidad instalada, funcionalidad y tiempo en operación de los equipos y de la demanda del servicio. Por tal razón los productos no son fijos sino variables; en consecuencia, las partes asumen el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los productos obtenidos durante el correspondiente ciclo de facturación y así sucesivamente. Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio. PAR.—Con los resultados del estudio de demanda a realizar por el Consorcio, se podrá ajustar el plan de negocios y el modelo económico dentro de un plazo máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la suscripción del convenio, solamente respecto del número de líneas el cual no podrá exceder de 110.000 y la duración del convenio, permaneciendo inmodificable su precio, la tasa de descuento ofrecida y las demás variables económicas. No obstante, durante la ejecución del convenio podrá ampliarse de común acuerdo entre las partes el número de líneas, de conformidad con la demanda y las normas vigentes".

Por su parte, el anexo financiero contempla la revisión que se realiza anualmente (num. 5.2), tomando en cuenta el modelo económico ajustado; y la revisión para el último año (num. 5.3) que, según el texto literal del anexo, se hace cotejando el flujo de caja proyectado del modelo económico. Esta misma metodología ha de aplicarse para la liquidación del convenio y para el cálculo del valor de rescate (num. 5.4).

En efecto, dispone el numeral 5.2 del anexo financiero, denominado “Revisión anual como resultado de la operación”:

“2. A partir del año en que se firme el contrato y a más tardar el primero de febrero del año siguiente, se procederá a hacer una revisión anual a 31 de diciembre del modelo económico. Para ello se comparará el resultado efectivo (“flujo de caja real”) incorporando los datos reales de la operación a esa fecha, con el previsto en el modelo económico ajustado. El modelo económico ajustado se calculará considerando el número total de líneas vendidas a la fecha de finalización del período de revisión y calculando el ingreso y egreso por línea con base en los promedios por línea previstos en el modelo económico proyectado”.

Por su parte, el numeral 5.3 relativo a la “Revisión para el último año del convenio”, establece:

“Al iniciar el último año se hará una evaluación del “flujo de caja real” considerado desde la fecha de la firma del convenio y hasta la fecha de finalización del período de revisión previo al último año y del “flujo de caja proyectado del modelo económico”.

“(…) Si el valor presente, calculado con una tasa de descuento del 12% anual (o la tasa correspondiente para fracciones de año) en la fecha de firma del convenio, del “flujo de caja real” considerado desde la fecha de firma del convenio y hasta la fecha de finalización del período de revisión, demuestra una variación en exceso de más/menos diez por ciento (10%) en comparación con el valor presente, calculado con la misma tasa de descuento en la fecha de firma del convenio, del “flujo de caja proyectado del modelo económico”, considerado desde la fecha de firma del convenio y hasta la fecha de terminación inicial del convenio (mes 75), el modelo económico se revisará y se determinará la duración definitiva del convenio para asegurar que el Consorcio mantenga al finalizar el convenio los retornos financieros esperados y se restablezca el equilibrio económico previsto del modelo económico, a los rangos antes señalados”.

En el mismo orden de ideas, el literal a) del numeral 5.4, que se refiere a la “liquidación del convenio” y al consecuente cálculo del valor de rescate, preceptúa lo siguiente:

“Si al finalizar el convenio de asociación, el valor presente, calculado con una tasa de descuento del 12% anual (o la tasa correspondiente para fracciones de año) en la fecha de firma del convenio, del “flujo de caja real”, considerado desde la fecha de firma del convenio y hasta la fecha de terminación del convenio, es inferior al noventa por ciento (90%) del valor presente, calculado con una tasa de descuento del 12% anual (o la tasa correspondiente para fracciones de año) en la fecha de firma del convenio, del “flujo de caja proyectado del modelo económico” considerado desde la fecha de la firma del convenio y hasta la fecha de terminación inicial del convenio (mes 75), la diferencia se actualizará a valor futuro calculado en la fecha de terminación del convenio con una tasa de descuento del 12% anual (o la tasa correspondiente para fracciones de año) y será compensada por Telecom al Consorcio, dentro de los treinta (30) días contados a partir de la terminación del convenio de asociación, y en la forma de pago que el comité de coordinación determine. Este pago corresponderá al valor de rescate establecido en el numeral 1.17, del cual hará parte la suma de cincuenta mil dolares de los Estados Unidos (USD$50.000) (como valor de rescate mínimo)”.

Según los apartes transcritos, la diferencia entre las dos metodologías —esto es, la del numeral 5.2 por una parte, y, por la otra, la de los numerales 5.3 y 5.4, literal a)— consiste en que, en el primer caso, el “modelo económico ajustado” toma en cuenta las líneas vendidas, en tanto que, en el segundo, “El flujo de caja proyectado del modelo económico” toma en cuenta las líneas instaladas.

Es por ello que el aludido numeral 5.2 puntualiza que el “modelo económico ajustado” se calculará considerando el número total de líneas vendidas, que “son aquellas que han sido adjudicadas a un suscriptor, del cual se ha recibido el valor del derecho de conexión y el cargo de instalación o la primera cuota sobre el valor de los mismos, en el caso en que la venta de la línea se haya hecho de contado o a crédito, respectivamente”.

De otra parte, el numeral 4.5 del anexo financiero señala que “El flujo de caja proyectado del modelo económico está conformado por los ingresos proyectados objeto del convenio y los costos exceptuando el monto principal del leasing y se define como la suma algebraica del monto total de ingresos y el monto total de costos mencionados”.

Según el numeral 5º del anexo financiero, que contiene el mencionado flujo de caja proyectado, los ingresos y costos proyectados se refieren al total de las líneas que habrían de instalarse, vale decir, 110 mil líneas, de suerte que el aludido flujo de caja proyectado hace relación a las líneas instaladas.

La divergencia que separa a las partes en este proceso versa, esencialmente, sobre la forma de liquidar el convenio y de calcular el valor de rescate, toda vez que el Consorcio exige que para ese efecto se aplique la metodología contemplada en el numeral 5.4 del anexo financiero, comparando el "flujo de caja real" con el "flujo de caja proyectado del modelo económico", mientras que Telecom arguye que en ese ejercicio se debe cotejar el "flujo de caja real", con el "modelo económico ajustado".

Las dos partes han sostenido a lo largo del proceso tesis antagónicas acerca de cuál es el alcance de los textos contractuales reseñados.

Para la parte convocante, la metodología para la liquidación, contenida en el anexo financiero, la cual toma en consideración el flujo de caja proyectado, debe aplicarse tal y como está prevista en dicho anexo.

Para la parte convocada, la disposición transcrita del anexo financiero no puede aplicarse literalmente, pues ello implicaría desconocer que la cláusula décima quinta establece que Telecom no garantiza la demanda y que las instalaciones debían hacerse de acuerdo con la demanda real.

Adicionalmente, las partes han discutido sobre al alcance de la cláusula trigésima cuarta, la cual dispone:

"En caso de discrepancia entre el cuerpo del convenio y los anexos, primará el convenio".

Para Telecom dicha estipulación implica que prevalece la cláusula décima quinta sobre el texto del anexo financiero en lo relativo a la liquidación del convenio. Por el contrario, para el Consorcio el modelo financiero contenido en el anexo financiero es la base misma del convenio y por ello no puede desconocerse y a él además hacen referencia otras cláusulas del convenio.

1. Los argumentos de la parte convocante pueden sintetizarse de la siguiente forma:

Para fundamentar sus pretensiones, el Consorcio puntualiza que Telecom, a finales de 1995, llamó a reconocidas empresas multinacionales para explorar si tenían interés en invertir en el negocio de telecomunicaciones en la ciudad de Bogotá, a través de convenios de asociación a riesgo compartido, esquema este mediante el cual la empresa estatal quería entrar en el mercado de la prestación de servicios públicos domiciliarios, a través de la telefonía pública básica conmutada (TPBC), en franca competencia con la ETB y con EPM, que se aprestaba también a participar en el mercado de la capital.

Dado el interés preliminar mostrado por las firmas consultadas, Telecom con oficio 00100000-002300 del 31 de octubre de 1995, le remitió a NEC una invitación para contratar, cuyos aspectos más relevantes —en lo tocante con las materias debatidas— eran los siguientes:

• El invitado debía presentar una oferta básica y una alternativa, de acuerdo con el reparto de zonas realizado por Telecom, de manera que a NEC le correspondía hacer propuesta para las zonas E y A, respectivamente.

• Bajo el entendido de que el proyecto era instalar aproximadamente 550.000 líneas (a razón de 110.000 líneas por zona), cada participante debía, mediante una oferta de carácter irrevocable, entre otros:

• Proponer un plan de negocios que estableciera el equilibrio económico y financiero para ambas partes, en el que se determinara el porcentaje de participaciones esperado y el tiempo de duración del convenio durante el cual se debían recibir esas participaciones sobre los ingresos que generara el proyecto.

• Señalar las condiciones en que Telecom podía adquirir, durante el término del convenio o a su finalización, los bienes y servicios aportados.

• Indicar un valor de salvamento anualmente durante el término contractual al igual que a la finalización del convenio.

• Proponer a Telecom el nivel de riesgo que deseaba correr en el convenio, “expresado este en términos de porcentaje de desviación máximo, por exceso o por defecto, sobre el flujo neto de caja del oferente”.

• Incluir todas las inversiones, costos y gastos que demandara el proyecto, teniendo en cuenta un 3% de la inversión para cubrir gastos de publicidad y mercadeo.

• Tramitar y asumir los costos de los permisos (a nombre de Telecom) que se requirieran para ejecutar el convenio, para lo cual se contaría con el apoyo de Telecom.

• También en la invitación Telecom estableció un procedimiento para la concreción del negocio, según el cual, dicha empresa realizaría una preselección de ofertas, luego se entraría en un período de negociación entre las dos partes, concluido el cual se procedería a la adjudicación y suscripción del contrato.

• Se señala, igualmente, que a la invitación se adjuntó la minuta de contrato.

Subraya el Consorcio que, de acuerdo con los términos de la invitación, se le confió al proponente definir y ofertar los parámetros más importantes del negocio, a saber: la elaboración del plan de negocios; la duración de la relación contractual; la determinación del nivel de riesgo; y el monto de las participaciones sobre los ingresos.

La parte convocante puntualiza que el trámite precontractual se dividió en dos etapas, la primera consistente en una ronda de preguntas y respuestas, en la cual participaban todas las compañías invitadas y, la segunda, en la cual se llevaron a cabo negociaciones individuales con cada uno de los oferentes.

En desarrollo de la ronda de preguntas y respuestas se expidió la Circular 2 del 17 de noviembre de 1995 y se suscribió el acta del 22 de noviembre del mismo año. En cuanto a la etapa de tratativas individuales se subraya la comunicación 002997 del 16 de diciembre de 1995, dirigida por el presidente de Telecom al Consorcio y el acta del 19 de diciembre del citado año, suscrita por voceros de las dos partes.

Las convocantes afirman que Telecom después de presentadas las ofertas, modificó los términos inicialmente planteados en la invitación para enfrentar la etapa concreta de negociación bajo las siguientes dos premisas: (i) que el proyecto capital, a diferencia de los anteriores convenios de asociación a riesgo compartido, sería estructurado sobre la base de que cualquier reconocimiento al contratista de su inversión, incluida la liquidación, se haría sobre las líneas vendidas; y (ii) que las partes conocían que en caso de contradicción entre el contrato y cualquiera de sus anexos, prevalecería el primero. Agrega el Consorcio que para Telecom el tema de las líneas vendidas era crucial, a tal punto que —de acuerdo con la prueba recaudada— no solo se ventiló ante la junta directiva, tal como consta en el acta 1669 del 9 de junio de 1995, sino que al interior de Telecom se delegaron responsabilidades para que cada uno de los vicepresidentes y de los grupos negociadores siguieran esas directrices. Con todo, le reprocha a la empresa estatal que esta no hubiera tenido el cuidado de plasmar en la invitación y en la minuta del contrato, el tema de la línea vendida.

De otra parte, las convocantes traen a colación la comunicación 002997 del 16 de diciembre de 1995 que les fue dirigida por el presidente de Telecom, en la cual se les enfatiza que durante el período de negociaciones no podría ser modificada la minuta del contrato, toda vez que esta “…será la establecida por Telecom en la solicitud de cotización y no existirá negociación sobre la misma”. Con base en dicha comunicación y en otras pruebas documentales, como el acta de la audiencia del 22 de noviembre de 1995, el Consorcio sostiene que el contrato celebrado es un contrato de adhesión y que así lo ha reconocido expresamente Telecom.

No pudiéndose, entonces, alterar el texto de la minuta, las convocantes puntualizan que Telecom determinó que cualquier asunto materia de negociación se consignaría en los anexos técnicos y financieros, únicos documentos que, en su entender, podían ser objeto de acuerdo, de manera que Telecom habría diferido, a los acuerdos que posteriormente se realizaron, la definición de los aspectos técnicos y financieros, los cuales constituyen la motivación y la causa económica del negocio, en particular lo concerniente al plan de negocios, el nivel de riesgo, la forma de recuperar la inversión y la determinación del valor de rescate, materias todas estas sobre las que si hubo negociaciones y acuerdos, en las cuales, en opinión del Consorcio, no quedó recogido el principio de que únicamente entrarían al modelo las líneas efectivamente vendidas, dado “que los documentos precontractuales y las negociaciones entre las partes arrojaron un resultado bien diferente”, razón por la cual, “Telecom ha querido

entonces restar capacidad, autoridad y validez a quienes negociaron el anexo financiero…", a pesar de que "tanto el equipo negociador como el vicepresidente financiero (que lo suscribió), contaban con la autorización o la delegación suficiente para comprometer a la entidad".

El Consorcio explica que durante la fase de negociaciones surgió la diferencia entre las partes relativa a si las revisiones del avance y culminación del proyecto habrían de hacerse con base en líneas vendidas o en líneas instaladas. Ante este impase, las convocantes sostienen que "en diciembre de 1995 se llegó al acuerdo, a instancias de una propuesta elevada por uno de los representantes del Consorcio en la negociación (señor Gabriel Martínez), que consistió en que las revisiones durante la vigencia del convenio se harían sobre la base de líneas vendidas, mientras que la revisión final y liquidación del convenio se harían de conformidad con el modelo inicial proyectado; esto es, con base en las líneas instaladas". Esta propuesta que, según el Consorcio, fue expresamente aceptada por Telecom, constituía uno de los pilares fundamentales sobre los cuales las convocantes estructuraron su oferta, de manera que la solución a que se llegó les permitía llevar a cabo la inversión "dentro de un riesgo y condiciones determinados".

Con todo, el Consorcio manifiesta que los términos de esta negociación no quedaron vertidos en el acta de 19 de diciembre de 1995, en la cual "se consignaron los detalles generales de la negociación financiera", pero subrayan que en dicha acta las partes advirtieron que el texto definitivo del procedimiento de revisión del modelo económico quedaría incorporado en el anexo financiero. el convenio se suscribió el 27 de diciembre de 1995 y el anexo financiero se redactó por ambos contratantes en enero de 1996, habiendo sido "discutido con el señor Ciro Beltrán por parte de Telecom, avalado internamente en la empresa estatal respecto de los acuerdos a los que habían llegado las partes en diciembre de 1995, y finalmente, discutido y entregado al vicepresidente financiero, Jesús Arturo Valencia, quien lo firmó sin objeciones".

Para las convocantes, a finales del año 2000 e inicios de 2001, Telecom decidió desconocer lo acordado, arguyendo al efecto que existe una incompatibilidad o contradicción entre los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero y el texto del convenio (cláusula décima quinta), toda vez que Telecom siempre exigió que las revisiones del modelo económico y el cálculo del valor de rescate debían hacerse sobre líneas vendidas y no sobre líneas instaladas.

Este esquema, reconocen las convocantes, fue en efecto propuesto por Telecom, pero no fue aceptado por aquellas, de manera que procedieron a llevar a cabo negociaciones al respecto, habiendo llegado a determinados acuerdos que quedaron fielmente reflejados en el anexo financiero, cuyos términos son vinculantes para ambas partes. De esta manera, la revisión del último año y la liquidación del convenio deben efectuarse sobre líneas instaladas (cláusulas 5.2, 5.3 y 5.4 del anexo financiero).

Bajo el acápite de "el convenio", las convocantes analizan e interpretan el alcance y los efectos principales de las estipulaciones contenidas en él, y que han dado lugar a las divergencias sometidas al conocimiento del tribunal, en los siguientes términos:

• El interés de Telecom al suscribir el convenio era operar una infraestructura que se pagara con los ingresos provenientes de los servicios prestados. Telecom buscaba que, al finalizar el convenio, se pudiera quedar con el negocio representado en la infraestructura y la clientela.

• Para el Consorcio, el interés se centraba en entregar unos equipos y una infraestructura para ser operada y poder así obtener el retorno financiero proyectado de la inversión.

• En el texto del convenio y su anexo financiero se define el negocio dentro del margen fijado por los riesgos asumidos por cada una de las partes. El numeral 5.4 del anexo financiero determina la cuantificación del riesgo máximo asumido por el Consorcio.

• Telecom no otorgó una garantía de demanda de servicios del proyecto, ni de rentabilidad sobre la inversión, ni siquiera de total recuperación de la inversión. Lo que Telecom otorgó al Consorcio fue una garantía basada en sus propios recursos de que cubriría un porcentaje (el 90%) del valor presente de un flujo proyectado si las condiciones de ingresos no se desarrollaban de acuerdo con el plan de negocios revisado con un estudio de

demanda realizado después de firmado el convenio.

• El convenio debe ser interpretado sistemáticamente, integrando sus cláusulas y teniendo en cuenta, además, los motivos o fines económicos que tuvieron las partes al momento de contratar.

• Las interpretaciones parciales o aisladas de una de las cláusulas del convenio, como lo pretende Telecom, deben descartarse.

• De acuerdo con las cláusulas primera y segunda, el anexo financiero es parte integral del convenio. Por ello, de existir contradicción sería entre dos cláusulas del convenio, no siendo entonces posible acudir a la cláusula trigésima cuarta como lo pretende Telecom.

Precisa el Consorcio que el contrato perfeccionado es un negocio de asociación a riesgo compartido, que tiene consagración legislativa en la Ley 37 de 1993, al cual le son igualmente aplicables las disposiciones de la Ley 142 de 1994, lo que significa que a la relación negocial le son aplicables las normas del derecho privado. No obstante, agrega el Consorcio, la ley no se ha ocupado de regular el alcance de estos contratos, de manera que su fuente normativa primordial es la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El artículo 10 de la Ley 37, en su literal a), requiere que las partes estipulen "los mecanismos que permitan asegurar que la titularidad del servicio estará a cargo de la entidad pública contratante". De ahí que, en sentir del Consorcio, las prestaciones fundamentales del contrato tengan que ver con la construcción, montaje y puesta en operación de la infraestructura, la comercialización de las líneas, la distribución de los ingresos y la forma de equilibrar financieramente el negocio, a lo largo de su ejecución y al finalizar el plazo pactado.

Por su parte, el literal b) del artículo citado, exige que se detallen los bienes y servicios que el contratista pone a disposición del contrato y que constituyen la infraestructura de su propiedad, así como que se precisen las condiciones bajo las cuales la entidad contratante puede adquirirla al final de la relación contractual.

Finalmente, el literal c) previene que se debe especificar la proporción en que las partes participarán en las "utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta, así como la forma de liquidación de las mismas".

Para las convocantes, la interpretación sistemática de las cláusulas primera, tercera, cuarta y sexta, permite concluir que "el propósito perseguido por las partes es ejecutar y cumplir una serie de prestaciones tendientes a facilitar la prestación del servicio público de telefonía básica local conmutada por parte de Telecom".

El contrato perfeccionado, en opinión del Consorcio, es un contrato atípico —a pesar de haber sido mencionado por la Ley 37 de 1993— pues se trata de un negocio mixto o complejo, en el cual se combinan prestaciones de contratos nominados (suministro) y de relaciones atípicas.

Según las estipulaciones del negocio, Telecom buscaba operar una red de telecomunicaciones, adquiriendo la infraestructura correspondiente con el producto de los ingresos generados por la operación y si a la terminación del convenio el asociado no había recibido el retorno de la inversión, dentro de los márgenes pactados, Telecom tendría que pagar un valor de rescate por la transferencia de dominio de dicha infraestructura. Por su parte, para el Consorcio el interés estribaba en el retorno financiero proyectado.

La parte esencial del negocio, desde el punto de vista financiero, la explican y analizan las convocantes en la siguiente forma:

"El fundamento del convenio es el modelo económico a que hace mención la cláusula segunda, el cual se consigna y detalla en el anexo financiero. A través de dicho modelo se establecen los términos y condiciones del equilibrio económico financiero acordado a la celebración del convenio, las medidas para mantener dicho equilibrio, así como la distribución de riesgos, las participaciones en los ingresos, los gastos y costos que asume cada parte, y, naturalmente, los retornos financieros proyectados por las partes dentro del margen de riesgo acordado.

El parágrafo de esta cláusula segunda resulta de la máxima importancia. En él se plantean las revisiones anuales como un mecanismo para el seguimiento del convenio, habilitando la posibilidad de realizar correcciones para

garantizar que el equilibrio económico, bajo el que se realizó ese modelo específico, se mantuviera durante la ejecución y se reflejara a la liquidación del valor del rescate por la transferencia de la infraestructura. Igualmente hace referencia al estudio de demanda y definición de los parámetros de la red que sirven de base a la primera revisión a realizarse a los cuatro meses de celebrado el convenio.

Este parágrafo de la cláusula segunda está íntimamente relacionado con el parágrafo de la cláusula décima quinta, toda vez que se ocupa del riesgo de demanda durante la operación conjunta —que se iniciaba a partir de la entrada en servicio de toda o parte de la infraestructura aportada por el Consorcio, teniendo en cuenta el cronograma que forma parte de los anexos del convenio, como lo enseña la cláusula vigésima cuarta— por referirse a los ingresos y participaciones en los ciclos de facturación, es compartido por Telecom y el Consorcio conforme al margen convenido. Ambas partes asumen proporcionalmente a dicho margen un riesgo de flujo de ingresos operacionales debido a las incertidumbres de la demanda de servicios de la infraestructura instalada. La cláusula décima quinta no define cuál es el riesgo máximo que asume el contratista, ni qué es lo que garantiza el contratante.

El parágrafo de la cláusula décima quinta precisa que, con los resultados del estudio de demanda a realizar por el Consorcio, se podrá ajustar el plan de negocios y el modelo económico, dentro de un plazo máximo de cuatro (4) meses. Fuera de esa oportunidad solamente podría ampliarse de común acuerdo entre las partes el número de líneas, de conformidad con la demanda y normas vigentes. Además, señala la disposición contractual que con dicho estudio solo se ajustará el número de líneas sin exceder de 110.000 y la duración del convenio. En otras palabras, una vez definida la cantidad de líneas el Consorcio quedaba obligado a construir e instalar la infraestructura necesaria para ese número de líneas, no pudiendo por sí solo aumentar su número, pues contractualmente se requería contar con la anuencia de Telecom.

En línea con lo anterior, la cláusula 5.1 del anexo financiero definió cómo se podía modificar el valor de la inversión, el valor de costos y gastos allí proyectados, el valor presente del flujo de caja proyectado y, en fin, los retornos financieros proyectados por las partes para mantener el equilibrio económico explicitado en el modelo económico. Esta modificación se debía efectuar por el comité de coordinación con apoyo en el resultado del estudio definitivo de demanda que debía hacer el Consorcio dentro del plazo que determinaba el convenio. En ese momento quedaba definida la infraestructura y equipos a construir, instalar y comercializar y, solamente, podría sufrir alteraciones si ese mismo comité coordinador así lo determinaba".

"(…) una vez terminada la operación conjunta por vencimiento del plazo del convenio, Telecom se obligó (sin tener la mera opción) a adquirir toda la infraestructura y equipos puestos a su disposición de conformidad con las cláusulas citadas y los anexos, previo el pago del valor de rescate resultante de la fórmula de que trata la cláusula 5.4 del anexo financiero. Dicha fórmula determinó la forma de liquidar el valor de rescate para la transferencia de todos los equipos y la infraestructura, de tal manera que se cumpliera con el límite de riesgo pactado en el negocio que consistió en máximo un 10% del valor presente del flujo de caja proyectado.

Otro aspecto que regula el anexo financiero son las revisiones anuales del modelo económico de que trata la cláusula 5.2. Ellas buscaban controlar cómo se estaba desarrollando el convenio en el aspecto financiero y pretendían que el comité de coordinación definiera entre las tres soluciones acordadas, la medida más apropiada para corregir desviaciones en los resultados financieros reales que implicaran cambios sustanciales en las cifras proyectadas. Las tres soluciones a las que se hace mención, determinadas para mantener el equilibrio económico definido en el modelo económico, eran (i) cambiar las participaciones en los ingresos operacionales; (ii) modificar el plazo del convenio; y (iii) dejar el correctivo para que se asumiera con el pago del valor de rescate. Las partes podían aplicar una o una combinación de los tres de acuerdo con los parámetros establecidos en el anexo financiero. Es natural, y así se acordó, que esta revisión de control se hiciera con base en las líneas vendidas, pues ellas eran las que generaban los ingresos operacionales del negocio.

En la cláusula 5.3 del anexo financiero se estipuló la revisión del último año. Esta revisión se debía hacer sobre las líneas instaladas, pues en este caso se pretendía controlar el resultado del negocio casi a la terminación del convenio. Solo se debía examinar qué resultaba preferible para Telecom, en caso de una desviación negativa de los ingresos operacionales, la extensión del plazo o dejar la corrección para el pago del valor de rescate.

Como se puede observar, el clausulado del convenio y de su anexo financiero es no solamente coherente sino

necesario para poder dejar totalmente definido el negocio dentro de los riesgos pactados. Solamente en la cláusula 5.4 del anexo financiero se define en forma absolutamente precisa e incuestionable la cuantificación del riesgo máximo asumido por el Consorcio de acuerdo con su oferta, es decir, las utilidades o pérdidas totales del negocio para cada parte.

Telecom en el convenio no garantizó la demanda del servicio, ni garantizó una rentabilidad fija sobre la inversión efectuada por el Consorcio. Lo que sí garantizó fue que el Consorcio recuperaría el 90% del valor presente de un flujo proyectado si las condiciones de ingresos no se desarrollaban de acuerdo a los pronósticos corregidos con un estudio de demanda hecho después de firmado el convenio".

Con base en las anteriores puntualizaciones, el Consorcio señala que a él le correspondía afrontar los riesgos de "sobrecostos, defectos de financiación e iliquidez que se podían presentar por fallas en los ingresos proyectados", en tanto que Telecom asumió los riesgos de liquidez causados porque sus participaciones eventualmente no cubrieran los costos asociados con las prestaciones a su cargo, y garantizó al Consorcio que este obtendría el 90% del valor presente del flujo proyectado.

De otra parte, las convocantes se oponen al argumento de Telecom, en el sentido de que existiría una clara discrepancia entre la cláusula décima quinta del convenio y el texto de las cláusulas 5.3 y 5.4 del anexo financiero, lo que llevaría a la aplicación de la regla contenida en la cláusula trigésima cuarta, según la cual en este supuesto habría de prevalecer lo estipulado en el convenio.

Para el Consorcio, de lo previsto en las dos primeras cláusulas del convenio se infiere que su fundamento y razón de ser radica en el plan de negocios, el que se encuentra estructurado en el modelo económico, "sin el cual no hay contrato", de manera que este es parte integral del convenio. Dicho modelo está detallado en el anexo financiero, detalle que, al decir de las convocantes, fue acordado por las partes durante la etapa precontractual y, después de suscrito el convenio, lo plasmaron en el referido anexo.

En síntesis, considera el Consorcio que no existe contradicción ninguna entre los dos cuerpos de estipulaciones y, adicionalmente, "las partes quisieron que el anexo financiero fuera parte integral del convenio, pues en ese documento detallaron todo lo correspondiente al modelo económico que es el fundamento del negocio jurídico celebrado".

En otro apartado de su alegato de conclusión, las convocantes presentan lo que a su juicio debe ser la interpretación y efectos de lo plasmado en la cláusula décima quinta del convenio.

Al respecto precisan, de entrada, que la aludida cláusula se refiere a los ciclos de facturación de los servicios prestados con la infraestructura de propiedad del Consorcio y señalan que para su cabal entendimiento debe complementarse con lo previsto, en particular, en las cláusulas 5.3 y 5.4 del anexo financiero.

Se refiere luego el Consorcio a la mención que sobre "el estudio de demanda" contiene la indicada cláusula décima quinta.

Al respecto expresa que la "capacidad instalada" estaba íntimamente ligada al aludido estudio que el Consorcio debía realizar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la suscripción del contrato. Con respaldo en el estudio de demanda se debía definir el tamaño de la infraestructura que debía construirse e instalarse, lo que significa que este era un dato esencial para determinar el monto de la inversión que debía efectuar el asociado y para calcular el flujo de caja requerido para la recuperación de tal inversión.

Según el anexo técnico el señalado estudio debía permitir "identificar y/o verificar la demanda existente y el crecimiento del área proyectada", agregando que "el estudio de la demanda telefónica debe estar determinado por dos aspectos fundamentales, que son la necesidad y la capacidad del potencial suscriptor".

Explica el Consorcio, "que la instalación de la infraestructura tenía que cumplirse dentro de los cronogramas o plazo para la instalación", dado que "solo así habría la capacidad instalada para poder atender las solicitudes de servicio", dentro del breve plazo fijado.

Continuando con el análisis de los distintos aspectos de la cláusula décima quinta, las convocantes se refieren a la estipulación según la cual "los productos no son fijos sino variables; en consecuencia, las partes asumen el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los productos obtenidos durante el correspondiente ciclo de facturación y así sucesivamente".

Con respaldo en esta previsión contractual, el Consorcio afirma:

"(…) no hay garantía de un ingreso mínimo durante los ciclos de facturación y, por tanto, las participaciones solo se generan en proporción a los productos obtenidos en el respectivo lapso.

La expresión "ciclo de facturación" únicamente se aplicaba al período de ejecución y vigencia del convenio, de tal manera que al finalizar el mismo cesaba el derecho del Consorcio a recibir la participación (cláusula vigésima segunda del convenio). Desde el punto de vista exclusivamente temporal, este concepto no aplica a la etapa de liquidación porque esta última obviamente ocurre solo después de cumplido el plazo señalado para la vigencia del convenio".

En este orden de ideas, las convocantes señalan que las participaciones a que tenía derecho el Consorcio solo se causaban sobre los ingresos netos obtenidos por la prestación del servicio a los usuarios. El derecho a percibir tales participaciones cesaba a la expiración del término del convenio, de donde se deduce que la duración del mismo era de la esencia del negocio, pues de ella dependía que el asociado pudiera recuperar su inversión y los costos y gastos con una tasa de descuento del 12% en dólares.

A continuación se refieren las convocantes a otro aparte de la cláusula décima quinta, cuyos términos son del siguiente tenor:

"Telecom no garantiza la demanda de servicio, pues esta es estimada, por tanto la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio".

A este respecto se afirma que las proyecciones de ingresos del modelo económico constituyen la demanda de servicios estimada por las partes con base en el estudio de demanda que utilizó Telecom en la invitación, cuyos resultados se reflejan en la oferta del Consorcio y en el plan de negocios.

Las convocantes critican el concepto de "demanda real" que sostiene Telecom, el cual —en palabras de aquellas— "debe entenderse (como) el número efectivo de usuarios que realmente compren líneas, considerando los consumos que efectivamente realicen… así como el cronograma en que tales líneas fueron vendidas".

La interpretación de Telecom es objeto de reproche por parte del Consorcio, en los siguientes términos:

"Resulta realmente sorprendente que, según Telecom solo se puede adelantar la instalación cuando se conoce el consumo de servicios telefónicos por parte de quienes adquirieron las líneas. Si para instalar se requiere conocer el consumo o "demanda real" según Telecom ¿Cómo puede entonces un contratista de cualquier proyecto construir e instalar una infraestructura, así como estructurar un modelo financiero y económico, sin conocer de antemano la variable que define el tamaño del mismo? ¿Cómo puede establecerse el consumo de unos servicios de TPBC por parte de los usuarios y el producido de las tarifas sin haberse construido e instalado previamente los equipos e infraestructura y sin un modelo económico que establezca el equilibrio económico financiero entre las partes? Esto es un contrasentido y un atentado contra la lógica".

Sostienen las convocantes que después de varios aplazamientos del término inicialmente establecido para la primera revisión del modelo económico, de acuerdo con los resultados del estudio de demanda, las partes confirmaron que se instalarían 110 mil líneas, lo que permitió definir el dimensionamiento de la red y su localización.

Agregan que "si la instalación de líneas la hubiera tenido que hacer el Consorcio conforme al número de usuarios que adquirieran las líneas, hubiera sido imposible proyectar la construcción de la red". Y "no hubiera tenido sentido que Telecom, desde el principio, se hubiera referido a un número exacto de líneas a ser construidas, tal como quedó definido en los anexos técnico y financiero en los que se estableció una fecha determinada para

construir las primeras 60.000 líneas (nov. 26/96) y otra específica para las restantes 50.000 líneas (nov. 26/97), habiéndose previsto que, una vez construidas, las líneas se venderían en un plazo de doce meses para cada etapa.

Afirma el Consorcio que el llevó a cabo la instalación en concordancia con la "demanda real", toda vez que desarrolló dicha labor "conforme lo determinaron las partes con base en el estudio de demanda", subrayando que no fue el querer de las partes que la instalación de la red se hiciera con posterioridad a la venta efectiva de las líneas.

Sobre la secuencia de los estudios de mercado llevados a cabo, las convocantes puntualizan que "para efectos de adelantar el proyecto de telefonía local en Bogotá, Telecom contrató en el año 1995 un estudio de demanda con el Centro Nacional de Consultoría, con el fin de estimar la demanda de líneas telefónicas en Bogotá. Dicho estudio arrojó que existía una demanda cercana a las 950.000 solicitudes insatisfechas y represadas y que, dado que no se conocían planes de expansión por parte de la ETB, Telecom podría atender dicha demanda".

De otra parte, según el Consorcio, la cláusula décima quinta del convenio contempla un estudio de demanda que debía llevar a cabo el asociado para confirmar la evaluación preliminar. Dicho estudio se realizó, permitiéndole a las partes mantener el número de líneas inicialmente previsto, esto es, 110 mil líneas. Con los resultados de este último estudio se pudieron definir los criterios finales de diseño de la infraestructura, la localización de las centrales, el número inicial de líneas y su crecimiento, así como las características de los potenciales usuarios. Habiéndose determinado estos aspectos esenciales, se podía proceder a la construcción y montaje de los equipos, correspondiéndole a Telecom la comercialización de los servicios.

Es del caso señalar que el estudio de demanda realizado por el Consorcio mostró una demanda insatisfecha de 89.151 líneas y una demanda total, en un plazo de cinco años, de 111.964. Fue por ello que las partes confirmaron las 110 mil líneas, con lo cual no era necesaria la revisión del modelo económico, pues el plan de negocios no sufría alteraciones.

Sobre las anteriores premisas, el Consorcio concluye que —apoyado en la confianza creada por las manifestaciones y comportamientos de Telecom en la etapa precontractual y a lo largo de la ejecución del contrato— "siempre ha considerado que la "demanda real" a que hace alusión la cláusula décima quinta del convenio para instalar no era ni es otra que la resultante del estudio de demanda…".

En este orden de ideas, el Consorcio precisa la función y efectos de los dos estudios de demanda, así:

"(…) desde la etapa precontractual fue claro para las partes que la "demanda del servicio" para efectos de la oferta era la estimada por Telecom con anterioridad a la firma del convenio. Sobre ella fue que el Consorcio hizo sus proyecciones en el modelo económico, todo ello conforme a la invitación a cotizar. Esta demanda, por ser precisamente estimada, no fue garantizada por Telecom. Con base en dicha "demanda estimada", el Consorcio elaboró su oferta y calculó el plan de negocios presentado con la oferta, el cual podría modificarse según acordaran las partes con base en el estudio de demanda a elaborar durante la ejecución del convenio. Así mismo, desde la etapa precontractual, las partes siempre entendieron que el concepto de "demanda real" se refería al número de líneas que las partes instalarían bajo el convenio con base en el estudio de demanda a elaborar por el Consorcio".

También se refieren las convocantes a las estipulaciones de las partes respecto de la revisión prevista para el último año y de la liquidación del valor de rescate.

En cuanto a la primera manifiestan que la cláusula 5.3 del anexo financiero refleja la clara intención de los contratantes de que se vislumbrara, con doce meses de anticipación a la expiración del contrato, "la forma como el valor presente del flujo de caja descontado se pudiera recuperar dentro de las condiciones de riesgo pactadas, no considerando las líneas vendidas sino las instaladas…".

De esta manera se buscaba estimar el monto del valor de rescate que Telecom habría de pagar.

En relación con la liquidación de dicho valor de rescate, prevista en la cláusula 5.4 del anexo financiero, puntualizan las convocantes que este fue el mecanismo pactado para garantizarle al asociado la recuperación de la inversión dentro de los márgenes de riesgo acordados.

Sostiene el Consorcio que si bien las revisiones anuales debían hacerse con base en las líneas vendidas —toda vez que su propósito era permitir que se adoptaran correctivos para corregir las desviaciones del modelo económico (a través de la variación de la distribución de ingresos; el cambio en la duración del convenio o la modificación del valor de rescate)— no es menos cierto que la liquidación final ha de realizarse sobre las líneas instaladas, por cuanto su objetivo es el de asegurarle al asociado un determinado flujo, independientemente del número de líneas que se vendan y de las diferencias entre el cronograma de venta proyectado y el ejecutado, según lo manifestado por el perito financiero (respuesta a la pregunta 10, pág. 16).

Así las cosas, el Consorcio podría recuperar su inversión, costos y gastos, dentro del riesgo acordado, por dos fuentes diferentes: por medio de las participaciones sobre ingresos de la operación durante la vigencia del convenio (ciclos de facturación); y a través del valor de rescate liquidado a la terminación de la relación contractual, que es el valor que debe pagar Telecom por la transferencia de la propiedad de la infraestructura.

Para el cálculo del valor de rescate, la cláusula 5.4 del anexo financiero contiene la metodología correspondiente, mediante la cual se debe comparar el valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico con el valor presente del flujo de caja real. Teniendo en cuenta que el Consorcio asumió un riesgo sobre la inversión, costos y gastos de más o menos 10% sobre el flujo de caja descontado, Telecom habrá de reembolsarle la diferencia resultante. De esta manera, la aludida metodología no se basa en el concepto de línea vendida. Se reitera, entonces, que el valor de rescate así calculado le garantizaría al Consorcio la recuperación de la inversión, costos y gastos a una tasa del 12%, dentro del nivel de riesgo estipulado de más o menos 10%.

Sobre estas premisas, en el dictamen financiero se calculó el valor de rescate, cuyo monto asciende a USD$137.384.451,97 (si se toman los ingresos recibidos por el Consorcio hasta abril de 2002) o a USD$136.729.791,39 (con los ingresos totales recibidos hasta julio de 2002).

El Consorcio afirma que la metodología contemplada en la cláusula 5.4 del anexo financiero, “es la única forma contractual, real y no imaginaria de liquidar el convenio”, precisando que de otra manera Telecom quedaría propietario de unos bienes que jamás pagó o el Consorcio habría de retirar las líneas instaladas y no vendidas, “lo cual técnica, económica y operacionalmente resulta imposible”.

De ahí que concluya que “la intención de las partes era la que Telecom quedase propietario de la totalidad de las líneas instaladas y el Consorcio recibiese el pago de las que no hubieran sido vendidas”.

Las convocantes, de otra parte, plantean una alternativa distinta para la liquidación del convenio, aplicando la cláusula 5.4 del anexo financiero con la tesis de las líneas vendidas y no devueltas, en cuyo caso —con arreglo a los cálculos del dictamen financiero— el valor de rescate ascendería a USD$116.729.962,87.

Esta alternativa toma en cuenta el total de las líneas vendidas, esto es, 90.823 líneas, sin darle aplicación al cronograma real de ventas. Con todo, advierte el Consorcio que esta fórmula riñe con lo pactado por los contratantes y dejaría un interrogante sobre la propiedad de las líneas instaladas y no vendidas.

De esta forma, señala el Consorcio, con la metodología indicada, el valor de rescate le retribuye totalmente la inversión sobre las líneas vendidas, precisando que las líneas instaladas, y no vendidas, son de propiedad de las convocantes.

Por el contrario, el Consorcio rechaza la metodología propuesta por Telecom, la cual toma en cuenta el cronograma real de ventas, lo que reduce sustancialmente el valor de rescate e implica una modificación radical del modelo económico, de manera que se estructura un negocio completamente distinto al convenido por las partes.

2. Por su parte, Telecom ha planteado en el proceso diversos argumentos dirigidos a enervar las pretensiones del Consorcio. De tales argumentos cabe destacar los siguientes aspectos esenciales:

A los asociados en el proyecto capital les correspondía asumir el riesgo de demanda, de manera que estos tenían el derecho, pero también el deber, de llevar a cabo los estudios de demanda para las distintas zonas en que se dividió la ciudad, con el fin de establecer el número preliminar de líneas a instalar en el área correspondiente, con el propósito de evitar la instalación de una infraestructura que resultara ociosa.

Así las cosas, los asociados debían estudiar la demanda de la zona, asumir los riesgos de su propio estudio e instalar la infraestructura de acuerdo con la demanda real de líneas que se presentase, durante la ejecución del convenio, lo que significa que el Consorcio debía afrontar el riesgo de instalación, toda vez que nunca se estipuló que se debieran instalar de manera definitiva e inmodificable 110.000 líneas.

En esta línea de pensamiento, se sostiene que Telecom jamás tuvo la voluntad de garantizar la demanda, de lo cual informó oportuna y específicamente a las convocantes. Se trataba de una política adoptada por la empresa estatal, según se lee en el acta de su junta directiva 1669. Agrega la convocada que los asociados fueron conocedores de dicha política, plasmada en la cláusula 15 del contrato, cuyos alcances y efectos fueron analizados y discutidos en las reuniones y negociaciones que se llevaron a cabo antes de la adjudicación y suscripción del convenio.

Telecom manifiesta que, antes de la entrega de las ofertas, se efectúo con los potenciales asociados una audiencia que tuvo lugar el 22 de noviembre de 1995, en la que se absolvieron las dudas de aquellos; igualmente se expidió por Telecom la Circular 2, a través de la cual —y antes también de presentar las ofertas— los interesados pudieron conocer en detalle la posición de Telecom.

De acuerdo con la interpretación de Telecom, el Consorcio asumió el riesgo de que la demanda por líneas inicialmente prevista no se concretara durante la vida del convenio; igualmente asumió el riesgo de inversión y el de instalación.

Por tanto, las garantías ofrecidas por Telecom no incluían el riesgo de que la demanda estimada no se concretara en demanda real. Tales garantías se circunscriben a las líneas vendidas de acuerdo con el cronograma real de ventas y sin incluir las líneas devueltas. En otras palabras, las coberturas otorgadas por la convocada no se extienden a las líneas instaladas pero no vendidas durante la ejecución del convenio.

Para llegar a esta conclusión, Telecom se basa en el concepto de demanda real, entendido como "la cantidad de líneas efectivamente demandadas y colocadas entre los consumidores" y "no como la demanda potencial por líneas que pudiera identificarse en un estudio previo de demanda".

Sobre el valor de rescate pactado en el contrato, Telecom sostiene que es la suma que habrá de pagarle al Consorcio a la terminación del convenio, al ejercer su derecho contractual —que califica de opción— de exigir la transferencia de la infraestructura. Por ende, la convocante puntualiza, que tiene la potestad de negarse a ejercer la aludida opción, de manera definitiva. Para el caso de que la ejerza, afirma que para la determinación del valor de rescate deberá interpretarse la cláusula 15 del convenio de manera sistemática con el anexo financiero.

El perito financiero calculó el valor de rescate con base en las líneas vendidas y de acuerdo con el cronograma real de ventas, sin tomar en consideración las líneas devueltas, ejercicio que arrojó un monto de USD$54.872.862.

La convocada es enfática en afirmar que su posición de no garantizar la demanda potencial ha sido una posición invariable que planteó desde la etapa precontractual y ha mantenido a lo largo de la existencia del negocio, la cual ha quedado plasmada en múltiples documentos.

Dadas las hondas divergencias que han surgido entre las partes en torno a si Telecom garantizó o no la demanda, esta plantea la necesidad de analizar en profundidad lo acontecido en la etapa precontractual, para desentrañar la real voluntad de las contratantes.

Para este análisis, la convocante subraya algunos hechos, los cuales, a su juicio, se encuentran plenamente demostrados en el proceso, y revisten una señalada trascendencia para la solución de las diferencias.

Es así como trae a colación el acta 1669 de la reunión del 9 de julio de 1995 de la junta directiva de Telecom, en la cual quedó plasmada, desde un inicio, la política de que la empresa estatal no otorgaría garantía de demanda.

Así mismo, trae a colación el acta correspondiente a la audiencia del 22 de noviembre de 1995, a la cual asistieron los potenciales asociados, en la que se indica que "por tratarse de un contrato a riesgo compartido, Telecom no puede garantizar que el oferente seleccionado obtenga la completa amortización de la inversión…".

También se refiere a la Circular 2, en la cual se rechazó una propuesta de NEC para que se tuviera como demanda real la correspondiente al resultado del estudio de demanda. Esto demostraría que NEC, desde un principio, conocía la intención de Telecom de no garantizar la demanda.

En esta misma circular se puntualiza, igualmente, que "la transferencia de propiedad de los bienes no se sujeta a la recuperación del valor de la inversión", por ser un negocio a riesgo compartido.

En el mismo orden de ideas Telecom se refiere a los análisis que adelantó para evaluar, jurídica y financieramente, las ofertas presentadas por los asociados. Allí se observa que para determinar el valor de rescate se tendrían en cuenta las líneas vendidas y no las instaladas, con lo cual el riesgo de demanda lo corría el asociado.

Para oponerse a la declaración del señor Gabriel Martínez, de NEC —quien sostuvo que, con respaldo en una propuesta hecha por él, las partes llegaron a un acuerdo, al final de la etapa de negociaciones directas, con el cual se salvó el negocio, en el sentido de que las revisiones anuales del modelo económico se harían con base en líneas vendidas, en tanto que el valor de rescate se determinaría con respaldo en líneas estimadas— Telecom resalta el hecho de que el alegado acuerdo, no obstante su trascendencia, no quedó consignado en el acta de negociación que recogió lo sucedido entre las partes en la fase de tratativas directas, habiendo NEC suscrito el convenio, sin que en ese momento hubiese ninguna constancia escrita sobre el mencionado acuerdo. Por el contrario, afirma la convocada, que en la referida acta de negociación, aparece que "no se llegó a acuerdo alguno en relación con el procedimiento de revisión del modelo, y particularmente, que no había acuerdo en modificar las previsiones del convenio que prohibían garantizar la demanda estimada".

El anexo financiero se redactó durante enero de 1997 y se firmó casi un mes después de haberse suscrito el convenio, es decir, cuando ya estaba vigente la cláusula 34 del mismo, que establece la prelación del cuerpo del contrato sobre sus anexos.

En el anexo financiero aparece el procedimiento de revisión final del convenio, sin que ninguna prueba documental demuestre que las partes lo hubieren pactado durante la etapa de negociación directa previa a la suscripción del convenio.

Telecom manifiesta que las convocantes han intentado una "extraña búsqueda de riesgos inexistentes", para que pueda hablarse de "*joint venture*", pero sin aceptar que asumieron el riesgo de demanda, pues estarían obligadas solamente a elaborar el estudio de demanda para definir así el tamaño de la infraestructura y ajustar, según el caso, el monto de las inversiones a su cargo. Con este fácil expediente, las convocantes conjurarían el riesgo de demanda.

En palabras de la convocada, para que esos riesgos limitados coincidan con lo dispuesto en la cláusula quince del convenio, seria menester que, como lo sostiene el Consorcio, se asimile el concepto de demanda estimada (resultante de un estudio de demanda) al de demanda real, asimilación que no es procedente. De aceptarse el planteamiento de las convocantes, se les garantizaría a estas una rentabilidad mínima, sin importar las líneas vendidas.

De ahí que, en criterio de Telecom, la interpretación del Consorcio no consulta la lógica de los negocios, pues tendría que aceptarse que Telecom decidió comprar una infraestructura a plazos, donde el tamaño y características del objeto enajenado, así como el monto de las inversiones requeridas, serían todos factores decididos por el vendedor con base en su propio estudio de demanda.

Por ende, Telecom reitera que no garantizó la demanda, pues esta es una exigencia que corresponde a una política de Estado acogida por la junta directiva de esa empresa estatal, cuyo objetivo es evitar que los asociados, apoyados en garantías de demanda, construyan infraestructura innecesaria y ociosa.

Es así como en los *joint ventures* de capital —afirma la convocada— "se propusieron "apoyos" a los inversionistas una vez que se vendieran las líneas, pero no una garantía general de demanda".

En concordancia con la mencionada política, Telecom introdujo en el texto de los contratos la cláusula décima quinta, respecto de la cual las convocantes, "a pesar de conocer claramente esta intención de Telecom… intentaron

por diferentes medios, dejar constancias y reservas, tales como la definición del concepto de demanda real como igual a la demanda "resultante" del estudio de demanda", sugerencia esta presentada por NEC y que Telecom rechazó expresamente, dado que equivalía a establecer una garantía de la demanda proyectada.

En este sentido Telecom arguye que la demanda real no es la que arrojen los estudios de demanda. Para esto se apoya en las manifestaciones del doctor Francisco José Pereira fundador del Centro Nacional de Consultoría. Este experto explicó que "la demanda potencial incluye todas las personas que en algún momento podrían comprar un servicio, o sea que tienen una capacidad, un deseo de comprar un servicio, el cual se puede volver un hecho en un futuro…". Precisó, igualmente, que la demanda real son "aquellas personas que realmente si se convierten en un adquirente del servicio". Así las cosas, "la demanda potencial se convierte en real cuando ya se adquieren las líneas… serían las líneas que se convierten en líneas compradas por usuarios".

Así mismo, siguiendo los lineamientos del dictamen financiero, Telecom plantea los criterios que deben observarse para definir la demanda estimada y la demanda real, puntualizando, como lo hace el perito, que esas nociones deben entenderse "en el sentido de las interpretaciones comúnmente aceptadas en el ámbito de los negocios comerciales".

Dentro de este marco, el perito precisa que "el concepto de demanda real se refiere a la cantidad demandada efectivamente en determinado momento en el pasado o en el presente, o a un valor puntual", agregando que la "evaluación de la desviación de la demanda se haría, entonces, mediante la comparación de la demanda estimada bajo ciertas premisas y la cantidad demandada real".

Con apoyo en las anteriores explicaciones, Telecom se opone a la tesis del Consorcio, dado que "no puede válidamente sostenerse que la demanda real es la que aparece en un estudio de demanda, pues este siempre se referirá a una estimación. Por tanto, demanda estimada y demanda real no pueden asimilarse.

La convocada hace alusión a diversas pruebas documentales y a declaraciones de testigos para concluir que con este acervo quedó demostrado que las convocantes conocieron y aceptaron la posición de Telecom en el sentido de que no les garantizaría la recuperación de la inversión, ni la demanda del servicio, de manera que el riesgo de inversión, el de instalación y el de demanda eran contingencias asumidas por el Consorcio, el cual debía adelantar los estudios de demanda pertinentes para minimizar tales riesgos. Así las cosas, Telecom arguye que es claro que jamás tuvo la voluntad de garantizar la demanda, luego rechaza la tesis de los apoderados del Consorcio en el sentido de que se inventó tardíamente este argumento.

Para efectos de la solución de la controversia, Telecom le da, de otra parte, una particular relevancia a la cláusula 34 del convenio, la cual establece la prevalencia de este sobre los anexos, lo que significa que en el anexo financiero se debían respetar todas las previsiones del cuerpo principal del contrato, por ser este de mayor jerarquía. Dicha cláusula fue conocida, desde el comienzo de la fase precontractual, por los potenciales asociados, toda vez que hacia parte de la minuta que les fue enviada. Así, pues, el señalado anexo debía plegarse a lo establecido en la cláusula décima quinta, que impedía el otorgamiento de una garantía de demanda.

Explica la convocada que como varios grupos de sus funcionarios debían intervenir en la negociación y redacción de los distintos documentos, era menester —debido a experiencias pasadas— establecer la supremacía del convenio para evitar problemas posteriores. Se trata de un sistema válido de resolución de contradicciones.

De acuerdo con lo anterior, el anexo financiero debía limitarse a desarrollar lo previsto en el convenio, sin contrariar sus estipulaciones, lo cual solo lo podían hacer los representantes legales de los contratantes, mediante pacto escrito (cláusula 23 del contrato), pero esta atribución no la tenían quienes redactaron el aludido anexo.

La convocada puntualiza que en el convenio hay dos tipos de riesgos: aquellos sobre los cuales Telecom otorgó una cobertura del 90% y aquellos a los que no les dio cobertura ninguna. Los primeros son los riesgos de tráfico, tarifas, inflación y devaluación, todos ellos en relación con las líneas vendidas. Los segundos son las contingencias relativas a la inversión, a la instalación y a la demanda, esto es, que no se vendiesen todas las líneas instaladas.

Los riesgos asumidos por Telecom se generaban con posterioridad a la venta de las líneas, en tanto que los del Consorcio se ubicaban antes de la venta.

En concordancia con lo anterior, la convocada rechaza la interpretación del Consorcio, según la cual a él se le aseguró el 90% del flujo de caja de las líneas proyectadas, es decir, del modelo de referencia, con una tasa de descuento del 12%, toda vez que en palabras de Telecom esto sería una mera apariencia de riesgo, pues este se circunscribiría a "la posibilidad de obtener una mayor utilidad, sobre la utilidad base propuesta por el Consorcio mismo como aceptable, máxime si se considera que quien fijó, libremente, su "margen de riesgo" fue la misma NEC, quien propuso como utilidad aceptable el 12% de retorno sobre el 90% del flujo de caja neto del modelo de referencia". Ese riesgo, que sería de una menor utilidad, no es propiamente un riesgo, a juicio de Telecom.

Si en efecto el Consorcio tuviere garantizada la demanda, ello significaría que también tendría asegurada la recuperación de la inversión, con lo cual el contrato no sería de *joint venture* sino una compraventa financiada, con precios altísimos, donde el asociado prácticamente no correría ningún riesgo, pues tendría asegurada una rentabilidad, sin importar las líneas vendidas.

Comoquiera que Telecom no garantizó la demanda —según ella lo afirma— el Consorcio no puede exigir una cobertura del 90% sobre los ingresos proyectados, dado que con esto se violaría la cláusula 15 del convenio.

La aludida garantía del 90% ha de referirse, entonces, a los riesgos asumidos por Telecom, esto es, el de tráfico, tarifas, devaluación e inflación, en relación con las líneas vendidas. En otros términos, la convocada le aseguró al Consorcio los ingresos proyectados para las líneas vendidas (modelo de referencia ajustado). Si esas expectativas no se logran, Telecom habrá de compensar anualmente al asociado hasta el 90% del valor presente de ese valor esperado, utilizando los mecanismos previstos en el contrato.

Así, pues, la compensación final no debe incluir las líneas proyectadas sino solamente las vendidas, con lo cual se respeta el sentido de la llamada demanda real, expresión utilizada en la cláusula 15 del convenio, y que, en palabras del perito financiero, es el número de líneas vendidas.

Telecom hace hincapié en que NEC propuso asumir un riesgo del 10% conociendo ya la posición de la empresa estatal, y el texto de la cláusula 15 del contrato, de manera que ese nivel de riesgo debe entenderse sin perjuicio del riesgo de demanda, según se desprende de lo establecido en la cláusula 15 del contrato. Por tanto, el nivel de riesgo del 90% a cargo de Telecom se aplica solamente a los riesgos que esta entidad asumió.

Con esto se plantea un choque frontal con la tesis del Consorcio, según la cual el riesgo de demanda solo estaba descubierto para las convocantes durante el lapso que iba desde la firma del convenio hasta la fecha en que se determinase si se ajustaba el plan de negocios con base en el estudio de demanda. Dicho lapso las partes lo fijaron en cuatro (4) meses. Paralelamente, se hace alusión a la incongruencia de las tesis de las convocantes, toda vez que estas también han sostenido que debían soportar el riesgo de demanda durante la ejecución del contrato (períodos de facturación), pero no para la liquidación del convenio, cuando se tendrían en cuenta las líneas instaladas.

El gran debate en este proceso versa sobre la determinación de si Telecom garantizó o no la demanda que aparece en el modelo económico proyectado. Para la convocante, solo pueden incluirse en ese modelo las líneas efectivamente vendidas, al momento de su venta, pero con la precisión de que las líneas devueltas deben descontarse del modelo para el cálculo de las compensaciones, pues, en su entender, para cada línea devuelta cesó la demanda, lo que impide que se garantice su tráfico, por cuanto la cláusula 15 prohíbe garantizar la demanda. Además porque esas líneas devueltas se volvían a asignar, lo que implicaría una doble entrada al modelo y una doble compensación.

La cláusula 15 —en opinión de la convocada— contiene dos ideas esenciales: que Telecom no garantizaba la demanda del servicio; y que la instalación debía hacerse de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio. Esta interpretación contrasta con la del Consorcio, pues este considera que la ausencia de garantía de demanda solo versaba sobre el riesgo de recibir las participaciones durante la ejecución del contrato, esto es, en los respectivos ciclos de facturación. Se trataría de un riesgo de ingresos, el cual sería diferente del riesgo sobre la inversión que si estaría cubierto al liquidar el correspondiente valor de rescate.

De esta manera, arguye Telecom, las convocantes afirman que ella no garantizaba la demanda contemplada en su estudio de demanda inicial, pero que la instalación debía hacerse de acuerdo con la demanda que se llegare a

estimar en el estudio de demanda que el Consorcio debía realizar, en el lapso de 4 meses desde la suscripción del convenio.

A su turno, Telecom sostiene que, a partir de lo establecido en la cláusula 15, las partes reconocieron que el riesgo de demanda podía afectar todos los ingresos del convenio, tanto por participaciones, como al final por compensaciones (valor de rescate). Por ende, no existía ninguna garantía de demanda estimada de manera que únicamente las líneas realmente vendidas podían disfrutar de los cubrimientos ofrecidos por Telecom y a partir de su venta, no antes.

Para obviar lo dispuesto en la cláusula 15, dice la convocada, el Consorcio entiende que en el anexo financiero se habría reconocido en su favor una garantía autónoma y especial que cubriría toda la demanda proyectada. Pero esto quebrantaría la aludida cláusula 15.

Tampoco es de recibo para Telecom la diferencia que hace el Consorcio entre riesgo de ingresos (participaciones percibidas durante los períodos de facturación) y el riesgo de inversión (que se cubriría con el valor de rescate), dado que los ingresos operacionales que recibió el Consorcio se imputan al valor de los cubrimientos a cargo de Telecom a la terminación del convenio, de suerte que con aquellos ingresos se reembolsa la inversión de las convocantes.

Para Telecom, la demanda resultante de cualquier estudio de demanda es siempre estimada, no real, y por tanto carente de garantía. Esto significa que el estudio realizado por el Consorcio servía para ajustar el número de líneas del modelo, pero la instalación debía irse haciendo en concordancia con la demanda real.

Para la convocada existen dos nociones de línea instalada; la primera se refiere a la conexión final al abonado; es la etapa final del proceso; la segunda hace alusión a la construcción de las líneas. Es esta última noción la que está implícita en el texto de la cláusula 15, pues al decir que la instalación debe hacerse de acuerdo con la demanda real, ha de inferirse que no se trata de una línea ya construida, a la que solo le falta la conexión final, sino de una línea respecto de la cual no se ha efectuado la inversión que supone su construcción. Por ende, “la cláusula 15 se refiere a la instalación de la infraestructura como decisión de ejecución de la inversión”.

Con todo, en el acta 14ª (que recoge lo tratado en reunión del comité de coordinación) se puntualiza que la revisión final del modelo se haría con las líneas “realmente instaladas”, lo que significa —en palabras de Telecom— “líneas que se conectaron a los abonados, lo que nos lleva obviamente a las líneas vendidas”.

Para la convocada, instalar de acuerdo con la demanda real no significa que debiera esperarse a que cada línea estuviese pagada para empezar a construirla, sino que las convocantes debían tener el cuidado de estar actualizando sus estudios de demanda para no construir una infraestructura ociosa.

La convocada manifiesta que honrará la garantía que ofreció, calculada sobre las líneas vendidas, lo que significa que el riesgo por el cronograma de instalación lo corre el asociado, de manera que si este incurre en un atraso en la venta de líneas, esto se reflejará en la compensación a que tiene derecho, la cual equivale al 90% del flujo de caja en función de las líneas vendidas, en el momento en que fueron vendidas, lo que de acuerdo con las evaluaciones del perito financiero asciende a la suma de USD$54.872.862.

Esto por cuanto el asociado, que asumió el riesgo de instalación, ha de soportar el impacto de la demora en las ventas, derivado de su retardo en la instalación. Para este propósito —señala Telecom— se debe calcular el valor de rescate sobre la base de las líneas vendidas, descontando las devueltas, y teniendo en cuenta el cronograma real de ventas de las líneas. Con este método —afirma la convocada— se castiga la demora en la instalación al reducirse el valor de rescate, toda vez que la garantía otorgada por Telecom no puede operar incondicionalmente frente al marcado retraso en que incurrió el Consorcio respecto del cronograma de instalación.

3. De la interpretación de los contratos.

Si como se dijo al iniciar estas consideraciones, la interpretación de los contratos es una labor que corresponde a la discreta autonomía del juez, conviene hacer énfasis ahora en que ella cobra relevancia en los siguientes casos: cuando el negocio jurídico objeto de la litis es complejo, por reunir prestaciones de diferentes tipos contractuales;

cuando el negocio jurídico es atípico, es decir, cuando sus prestaciones no se enmarcan dentro de ningún tipo contractual consagrado de manera expresa por el ordenamiento jurídico, y cuando el contrato o negocio jurídico contiene cláusulas o disposiciones contradictorias, oscuras o ambiguas, o bien, contiene cláusulas aparentemente claras, pero que no reflejan la real voluntad de las partes.

Para estos casos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la labor interpretativa de los contratos, debe dirigirse a "establecer su existencia, vigencia, estructura típica, general o específica, nominación legal, naturaleza jurídica así como el alcance y sentido de todo el contenido (claro u obscuro, especialmente el último) del contrato (...)" (Cas. Civ. 10 de diciembre de 1999. Expediente 5277). Es decir, que la tarea de interpretación corresponde entonces al deber del fallador de desentrañar el sentido, alcance, efectos o consecuencias jurídicas de las declaraciones de voluntad de las partes, o del comportamiento de las mismas a lo largo de la relación negocial e incluso con anterioridad a esta.

Dicha actividad puede recaer sobre la totalidad del contrato o sobre algunas de sus cláusulas, teniendo en cuenta, en este último evento, además de lo arriba expuesto, su propio sentido y alcance en relación con la totalidad del negocio jurídico.

Así las cosas, para cumplir dicha labor interpretativa, el juez debe acudir, en primer término, a las reglas convencionales de interpretación y, en ausencia de estas, a los criterios o directrices que le brinda el ordenamiento para efectos de orientar su tarea que consiste en desentrañar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de los contratantes, es decir, descubrir "la genuina voluntad que las animó a celebrar el contrato e identificar los fines perseguidos al ajustarlo, con el objetivo de imprimir eficacia a la voluntad negocial" (Cas. Civ. feb. 18/2003. Exp. 6806).

Estas pautas de interpretación, para los negocios civiles, están contenidas en el título XIII del libro cuarto del Código Civil (arts. 1618 a 1624). Para el caso de los negocios mercantiles, conforme a la remisión expresa que hace el artículo 822 del Código de Comercio también serán aplicables los anteriores artículos del Código Civil, junto con las reglas contenidas en el estatuto mercantil.

Las pautas concebidas en las citadas disposiciones no son simples consejos para ilustrar al juez en la interpretación, sino que por el contrario, son reglas que este está obligado a observar y que, encontrándose plasmadas en preceptos legales, no puede infringir sin incurrir en una violación legal (Jorge Mosset Iturraspe. contratos. Editores Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires. Pág. 345).

Refiriéndose específicamente a la naturaleza de las normas de interpretación, Francesco Messineo anota: "Tales normas son verdaderas y propias normas jurídicas, y no ya meras sugestiones hechas sobre la base de la experiencia común y que hasta pueden ser desatendidas sin que por ello se incurra en violación de la ley" (Francesco Messineo. Doctrina General del contrato. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1952. Pág. 94).

Por su parte, Mosset Iturraspe señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas en relación con este tema. Los autores alemanes e italianos consideran estas normas como de carácter positivo y obligatorio, mientras que la doctrina francesa y la Corte de Casación las estiman "más que verdaderas reglas de derecho como máximas de orden interno (procesal), consejos dados al juez" (Jorge Mosset Iturraspe. Op. Cit. Pág. 303).

3.1. Reglas de interpretación.

3.1.1. Prevalencia de la intención.

En la tarea interpretativa, el primer criterio que establece el legislador es el previsto en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

De esta norma se desprende el principio de la prevalencia de la voluntad real de los contratantes sobre su expresión, es decir, sobre las manifestaciones que estos hagan [(1)] .

Por voluntad real debe entenderse aquella que presidió la formación y celebración del contrato, esto es, la voluntad de carácter histórico y no la que las partes puedan llegar a tener en un momento posterior a la celebración del acto. Así mismo, la voluntad real debe ser entendida como la común de ambas partes y no la individual de cada una de ellas (Véase Luis Diez – Picaso. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 4a edición. 1985. Pág. 396; Jorge Mosset Iturraspe. Op. Cit. Pág. 310).

Ahora bien, para que el juez lleve a cabo la búsqueda de esa voluntad real, es necesario que haya ambigüedad, oscuridad o contradicción en los términos empleados [2)3)] , vale decir, que estos se presten para diversas interpretaciones, pues si tales términos son claros y precisos se presume que traducen fielmente la común intención de los contratantes, de manera que en este caso no es dable iniciar labor interpretativa alguna, pues esta sería inocua [.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de julio de 1983 (Gaceta Judicial. Tomo 172, página 117) precisó:

"(…) cuando el pensamiento y el querer de los contratantes quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torno inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales".

Sin embargo, si se llegase a demostrar que dichos términos, a pesar de su claridad, no corresponden a la voluntad real de las partes, el juez deberá desecharlos y así seguir con su labor interpretativa (Véase al respecto Henri y León Mazeaud – Jean Mazeaud. Op. Cit. Pág. 196.). En este caso, debe ser aportada al proceso la prueba mediante la cual se evidencie la contradicción existente entre la cláusula y la voluntad de las partes.

Igualmente, cuando dos o más cláusulas, todas claras, son irreconciliables, el juez deberá indagar la común intención de los contratantes con el fin de hacer prevalecer la cláusula o cláusulas cuya ejecución corresponda a lo esencial de la voluntad de las partes.

La contradicción entre cláusulas puede llevar a que las partes contratantes tengan posiciones o tesis diferentes, frente a lo cual el juez deberá indagar por la real voluntad de estas al momento de la celebración del contrato, en aras de desentrañar el fin efectivamente buscado, que en la mayoría de los casos llevará al juez a acoger la posición de una de las partes, desechando la de la otra, o, en ciertas ocasiones, a descubrir una tercera posición frente al mismo clausulado. En este punto, valga hacer mención a lo expuesto por Messineo: "En sustancia, ocurre que el sentido literal de las palabras parecería dar apoyo a la tesis interpretativa de una de las partes o, en raros casos, también a la opuesta de la otra parte. Se trata, por tanto, de remontar a la intención común, para establecer si esta última favorece una tesis o la opuesta. Puesto que es claro que, por regla general, la elección recae, alternativamente, solamente entre dos tesis en oposición entre sí: la parte A pretende que se entienda el contrato en cierto sentido, y la parte B pretende a su vez que se entiende el contrato en otro sentido, opuesto o, por lo menos, diferente del primero. Pero puede darse también que el contrato, según resulte de la intención común, haya de entenderse en un tercer sentido, que no es ni el pretendido por la parte A ni el entendido por la parte B" (Francesco Messineo. Op Cit. Pág. 101).

Para la búsqueda de la voluntad real es necesario tener en cuenta las circunstancias imperantes en el momento de la negociación, la base económica sobre la cual se funda el contrato, el juego de intereses que subyace en él, la regulación que mediante el contrato las partes han buscado para dichos intereses, así como las motivaciones y propósitos que las llevaron a negociar y los objetivos buscados por ellas a través de los acuerdos a los que llegaron. La doctrina señala a este respecto que "al negocio, en consecuencia, habrá que atribuirle el significado correspondiente a la intención común de aquellas (las partes) en el momento en que se concluye (...))" (Diez – Picazo, Luis. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. 4a edición. 1985. Págs. 148 y 149).

Para realizar esta tarea, resulta pertinente hacer hincapié en ello de nuevo, los actos preparatorios del contrato son una herramienta útil, pues en ellos se encuentra el mejor indicio de la voluntad de las partes, ya que en ese

momento no tienen prejuicio alguno para acceder a una determinada interpretación, como sí podría suceder con los actos posteriores a la celebración del contrato.

Igualmente, para descifrar esa voluntad interna, debe tenerse en cuenta la calidad de las partes, si se trata de personas naturales o jurídicas, su experiencia o profesionalismo en el campo o materia contratada y su objeto social si es del caso, pues este último puede, en específicas situaciones, llegar a ser determinante para descifrar los fines buscados por una empresa en la celebración de un contrato.

Observa López Santa María: "El juez debe tomar en consideración todas las circunstancias de la especie, todos los hechos susceptibles de esclarecer el sentido de la convención. Tales hechos, una vez probados en el proceso, servirán de base al tribunal para colegir la voluntad común real o virtual de las partes contratantes y permitirán que el litigio o controversia sobre el alcance del contrato sea solucionado" (Jorge López Santa María. Op. Cit. Pág. 314).

Para este autor, las circunstancias de la especie están compuestas por el ambiente general del contrato, es decir, todas las situaciones anteriores, posteriores o concomitantes a la conclusión de la convención (en igual sentido véase Christian Larroumet. Op. Cit. Pág. 113).

Al respecto Diez Picaso señala que los "antecedentes del contrato poseen una evidente importancia en sede interpretativa. Solo a través de ellos es posible explicar lo que el contrato representó para las partes como fenómeno vital, lo que a través de él buscaban conseguir y los propósitos que les guiaron. Los trabajos de elaboración poseen también indiscutible trascendencia. Habrán de conocerse los borradores, las minutas de contrato o incluso los contratos precedentes y sopesar los cambios experimentados en la redacción" (Luis Diez Picaso. Op. Cit. Pág. 401).

La búsqueda de la intención común de las partes debe estar orientada a determinar a qué resultados debía conducir el contrato respecto de cada una de ellas, en términos del sacrificio que debían asumir y las ventajes que el contrato habría de reportarles, lo que significa que debe esclarecer el fin económico perseguido (Jorge López Santa María. Op. Cit. Pág. 369).

Sobre este aspecto esencial ha tenerse como guía y norte, en la labor de interpretación, las pautas sentadas por la doctrina especializada (E. Danz, La interpretación de los Negocios Jurídicos. Traducción de la 3ª edición alemana y concordancia con el derecho español, por Roces. Madrid. 1926. Pág. 260), a saber: "el juez deberá siempre aspirar a que los convenios de las partes alcancen el resultado apetecido; siendo como es su posición la de un auxiliar de las partes en la interpretación del negocio jurídico y su misión como intérprete la de suplir los acuerdos incompletos de aquellas, habrá de esforzarse por todos los medios por mantener en pie el contrato".

"(...) importantísimo para la interpretación es saber los fines económicos que las partes perseguían al contratar; el derecho ampara la consecución de esos fines (...)".

"(...) es deber del juez ayudar a las partes a realizar el fin económico notorio que persiguen, aunque no hayan sabido expresarlo debidamente (...)".

"(...) como intérprete de los negocios jurídicos es el *nobile officium* del juez ayudar a las partes a realizar el fin económico a que aspiran, colmando por vía de interpretación los vacíos, remediando los defectos de sus declaraciones de voluntad y determinando lo que las partes no se hayan cuidado de determinar".

"(...) como intérprete de los negocios jurídicos debe tener siempre presente el juez que es misión suya suplir en el sentido de las partes lo que estas dejaron de acordar; que debe ayudarlas a llenar los vacíos que hayan dejado. El juez debe esforzarse, pues, como auxiliar de las partes por penetrar sus intenciones, aún cuando no aparezcan claras y las partes no se hayan expresado con la precisión jurídica que pone por ejemplo el juez en sus sentencias".

"(...) Lo que caracteriza al buen juez es su esfuerzo por poner siempre en claro, ante todo, el fin económico que persigue el negocio jurídico de que se trata y por ayudar a las partes a alcanzarlo, a menos que la ley lo prohíba. Y el mejor juez será el que sepa ponerse él mismo en el lugar de las partes; verá entonces, y muy pronto, si se coloca primero en el lugar del demandante y luego en el demandado, pero seriamente, como si se tratase de su propio

bolsillo, cuáles son los fines económicos que las partes persiguen. Entonces no se ceñirá a las palabras faltando abiertamente a sus deberes, no se entregará ciegamente a los conceptos jurídicos sin mirar para nada a los fines prácticos que las partes persiguen ni atender a los hechos, sino que los ponderará para ver si en efecto corresponden a lo querido por las partes. Cuando se trata del propio bolsillo, hasta el más impasible jurista esclavo de los conceptos se torna sentimental".

Dado que la labor básica y fundamental del juez consiste en descubrir la verdadera intención de las partes en un contrato, la jurisprudencia establece que "las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando resulta imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que estos se propusieron al ajustar la convención" (CSJ, Sent. de Cas. Civil, jul. 5/83).

En igual sentido, García Amigo señala que los demás criterios constituyen un conjunto o cuerpo subordinado o complementario entre sí, en el cual tiene rango preferente y prioritario la regla correspondiente a la búsqueda de la común intención de las partes, de tal manera que si de su aplicación se logra la claridad de los términos del contrato, no habrá lugar a la aplicación de las reglas restantes (Manuel García Amigo. Op. Cit. Pág. 349).

Con todo, comentaristas como Claro Solar (Luis Claro Solar. Op Cit. Pág. 19) y Diez – Picaso (Luis Diez – Picaso, Op Cit. Pág. 395) sostienen que el juez, para efectos de dilucidar la real voluntad de los contratantes, debe hacer uso de las demás reglas de interpretación que establece el ordenamiento de forma concurrente, lo que quiere decir que la regla de interpretación consagrada en el artículo 1618 del Código Civil colombiano, no debe ser aplicada de manera autónoma sino en forma armónica e integral con las demás. Por tanto, la subsidiaridad a la que hace mención la Corte no debe ser entendida, a juicio del tribunal, como una exclusión de la aplicación de las demás reglas, sino como apoyo lógico de la primera [4] .

Cabe igualmente destacar las pautas sugeridas por López Santa María, según las cuales la aplicación de las demás reglas de interpretación está subordinada a los siguientes aspectos: la forma como el caso litigioso se presenta, los puntos dudosos existentes, las posibilidades de descubrimiento de la voluntad interna, y, en general, las circunstancias propias de cada convención. De esta manera, no cabe atribuir más valor a una regla que a otra por su ubicación en el código (Jorge López Santa María. Op. Cit. Pág. 331).

Por consiguiente, es necesario determinar el sentido y alcance de las demás reglas subsidiarias que establece el ordenamiento jurídico:

3.1.2. Términos generales.

El artículo 1619 del Código Civil dispone: "Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

Según este artículo, el objeto o materia del contrato delimita el alcance de las estipulaciones que se han convenido, no pudiendo aplicar estas a diferentes relaciones o negocios que sostengan las mismas partes, es decir, que las cláusulas por más que tengan una aplicación amplia deben restringirse a la materia contratada.

3.1.3. Interpretación lógica.

El artículo 1620 del Código Civil contiene otra regla de interpretación, que da lugar a la llamada "interpretación lógica".

Según dicho artículo, "el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Según la doctrina, esta regla que busca darle eficacia a las estipulaciones de los contratantes parte de la base de que "se debe razonablemente suponer que las partes no han querido insertar en su convención una cláusula inútil; y que su intención ha sido darle el sentido que mejor corresponde al contrato que celebran" (Luis Claro Solar. Op. Cit. Pág. 22 y 23. En el mismo sentido Jorge López Santa María Op. Cit. Pág. 332).

Este artículo es desarrollo del principio de conservación del acto o contrato, según el cual, en la interpretación del

negocio, el intérprete debe propender por mantener los efectos tanto jurídicos como económicos de la convención.

El fundamento de este principio radica en que la celebración de una convención tiende siempre a generar un resultado, el cual debe ser garantizado por el juez, aunque por un error de carácter técnico o jurídico no se haya podido lograr dicho fin.

Su aplicación presupone, por lo tanto, una incorrecta manifestación de la voluntad por parte de los partícipes en la convención, de manera que en este caso el ordenamiento jurídico cumple una función protectora de dicha manifestación, intentando mantener los efectos buscados por las partes.

Observa Messineo que esta regla se aplica cuando se dan "las declaraciones denominadas plurívocas (o también con múltiples sentidos), es decir, las que se prestan a tener varios significados, cada uno de los cuales excluye, sin embargo, al otro o a los otros; y es también el caso de las expresiones inidóneas desde el punto de vista técnico-jurídico" (Francesco Messineo. Op. Cit. Pág. 115).

Tampoco tiene aplicación esta regla en aquellos casos en que el intérprete deba escoger entre un significado mínimo y uno máximo que puedan provenir de la misma cláusula, pues en este caso el juez deberá acudir a los demás principios y herramientas interpretativas que le brinda el ordenamiento. Es decir, que hay que diferenciar aquellas cláusulas que son susceptibles de dos interpretaciones, una por la cual no produce efecto alguno y otra por la cual lo produce, con aquellas cláusulas que igualmente son susceptibles de dos interpretaciones, pero una de las cuales produce un efecto mínimo y la otra uno máximo, por agravar, a manera de ejemplo, la prestación de una de las partes, caso en el cual el principio de conservación no tiene aplicación.

Se debe tener presente que no es solo dotar a la cláusula de algún tipo de efecto, sino que este debe concordar con la voluntad de las partes, para lo cual deberá hacerse uso de las demás reglas interpretativas. Esto por cuanto el juez, en aras del principio de conservación de los contratos, no puede llegar a dotar a este de efectos no queridos o buscados por los partícipes.

Por último, hay quienes consideran que en la duda no se debe seguir siempre la interpretación que dé el máximo efecto útil al acto, sino que se debe considerar aquel menor efecto que este pueda tener, pues se parte de la base que la obligación es una restricción a la libertad individual y que por lo tanto hay que interpretarla restrictivamente (Hace parte de esa corriente el jurista Ulpiano, citado Luis Diez Picaso. Op. Cit. Pág. 397).

3.1.4. Interpretación por la naturaleza del contrato.

Establece el artículo 1621 del Código Civil que "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

Según esta regla, de cuyo enunciado general ya se ocuparon en aparte precedente estas consideraciones, cuando en la convención se presenten palabras, expresiones o cláusulas que involucren varios sentidos o significados, y por lo tanto, no sea tarea fácil establecer con certeza, a cual de ellos las partes se han referido, el juez deberá escoger aquel significado que más convenga de acuerdo con la naturaleza y el objeto del contrato.

Por naturaleza del contrato debe entenderse, con arreglo a lo que allí se explicó, el tipo genérico a que el contrato en particular pertenece, que puede estar previsto de manera expresa en el ordenamiento, o bien encontrarse por fuera de este. Al referirse la norma en comento a la naturaleza del contrato, según Diez Picaso está haciendo alusión a la función económica y social que cumple (Luis Diez Picaso. Op. Cit. Pág. 405).

El segundo inciso del citado artículo establece que "Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen". Para Claro Solar, este inciso no ordena al juez buscar en una cláusula el sentido que más convenga con la naturaleza del contrato, sino que establece otra regla a seguir por el intérprete, según la cual las cláusulas de uso común se entienden incorporadas en el texto del contrato, así no se hayan pactado expresamente.

Su fundamento radica en la fuerza que el ordenamiento le imprime a las prácticas y usos generales y aceptados por

los partícipes de un determinado mercado, los cuales son fruto de la experiencia y de la actividad de estos a lo largo de los años.

Así mismo, el citado autor señala que esta regla es también desarrollo del principio según el cual todas las cosas que emanan de la naturaleza del contrato se entienden incorporadas en él (Luis Claro Solar. Op. Cit. Pág. 25) de acuerdo con el principio de buena fe consagrado en el artículo 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

3.1.5. Interpretación sistemática.

Por otro lado, el primer inciso del artículo 1622 del Código Civil establece la regla de la "interpretación sistemática", según la cual "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

Esta regla es impuesta por el más elemental sentido común, ya que las cláusulas de un contrato se encuentran subordinadas unas a otras y no pueden ser analizadas de manera aislada y autónoma, pues hacen parte de un conjunto dirigido hacia un propósito particular y específico que refleja la voluntad común de los contratantes.

Sobre este método de interpretación la doctrina puntualiza que "una convención constituye un todo indivisible, y hay que tomarla en su totalidad para conocer también por entero la intención de las partes. No pueden tomarse aisladamente sus cláusulas porque se ligan unas a otras y se encadenan entre sí limitando o ampliando el sentido que aisladamente pudiera corresponderles, explicándose recíprocamente. En consecuencia para penetrar el sentido de cada una de las cláusulas, es indispensable examinarlas todas" (Luis Claro Solar. Op. cit. Pág.26).

En la misma línea de pensamiento, la jurisprudencia nacional reiteradamente ha precisado que en virtud de esta regla el juez debe examinar las cláusulas en su conjunto, "analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y a la finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que estas acaso no sospecharon".

Para los hermanos Mazeaud este método debe ser utilizado por el juez cuando del análisis de las cláusulas claras del contrato es susceptible de deducirse el significado o sentido de una cláusula oscura (Hermanos Mazzeaud. Op Cit. Pág. 380).

Sin embargo, la aplicación de esta regla, en algunas ocasiones, puede llevar a que la labor del intérprete se complique, pues cláusulas que individualmente consideradas son claras, pueden llegar a ser ambiguas o contradictorias con otras cláusulas del contrato o con este visto en su conjunto.

El intérprete debe tener en cuenta la precisión hecha por la doctrina en relación con aquellas situaciones en que las partes, de manera consciente, otorgan autonomía a una o varias cláusulas, pues en estos casos el juez tiene el deber de analizarlas y considerarlas de manera independiente una de la otra y del resto del clausulado del contrato, sin, claro está, hacer depender de este último el significado de cada una de las cláusulas en cuestión (Francesco Messineo. Op. Cit. Pág. 108).

Por último, no debe olvidarse que por más que las cláusulas de un contrato sean interdependientes entre sí, la nulidad de una de ellas no acarrea de por sí la nulidad de las demás; pero también puede ocurrir que la validez de cada una de las cláusulas se halle subordinada a la validez de las demás o de una específica.

3.1.6. Interpretación auténtica.

Dispone el segundo inciso del artículo 1622 del Código Civil: "Podrán también interpretarse (las cláusulas) por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia".

Este inciso autoriza al juez a investigar la común intención de las partes por fuera del texto del contrato, acudiendo así a otros, pero con dos límites que la misma regla establece: que dichos contratos hayan sido celebrados entre las mismas partes y que versen sobre las mismas materias.

El hecho de que las partes hayan celebrado con anterioridad un contrato sobre la misma materia le brinda al intérprete más o menos claridad sobre la intención de las mismas en el contrato bajo análisis.

Un sector de la doctrina nacional denomina erradamente este método como "interpretación auténtica", siendo que dicho apelativo ha de reservarse para la regla descrita en el tercer inciso del citado artículo.

El tercer inciso del artículo 1622 dispone que el juez podrá interpretar las cláusulas de un contrato "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte". Este inciso establece la llamada "interpretación auténtica", toda vez que refleja la genuina voluntad de las partes, basada en la propia intención y comportamiento de ellas en la ejecución del contrato. En otras palabras, el comportamiento de las partes exterioriza su entendimiento acerca de su acuerdo o contrato, es decir, que a través de su conducta dan a conocer su "auténtica" interpretación del correspondiente acto jurídico.

La "interpretación auténtica" es naturalmente preferida sobre otros principios de interpretación, pues para la mayoría de los comentaristas es el criterio más adecuado para descubrir la verdadera o real voluntad de los contratantes, toda vez que se trata del comportamiento que estos han observado en la ejecución del acto.

Debe tenerse presente que en determinadas ocasiones la ejecución práctica que las partes hayan hecho del contrato puede ser el resultado de una concepción equivocada del mismo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la aplicación práctica del contrato por ambas partes en un mismo sentido, devela la común intención de estas, pero es del caso resaltar, que dicha aplicación debe haber sido realizada por ambos contratantes o por uno de ellos con la aprobación del otro.

En relación con este método Claro Solar señala: "la ejecución que se ha dado a la cláusula, cuyo sentido se controvierte, es su interpretación viva y animada; es la confesión misma de las partes; y a menos de probar que la ejecución que le han dado es el resultado de un error, es lógico y equitativo que no se les admita modificar su hecho propio; (...) generalmente no aparecerá esta interpretación auténtica por medio de palabras escritas sino con la observación de lo que las partes han hecho; pero la manera como han procedido a ejecutar prácticamente el convenio determinará la inteligencia que le han dado y que deberá seguirse dándole" (Luis Claro Solar. Op. Cit. Pág. 20).

"Quiere ello decir que la interpretación auténtica, por la aplicación práctica que las partes hayan hecho de su convención, es la mejor prueba de su real intención al celebrar el negocio, a menos que se demuestre plenamente que la ejecución que las mismas han realizado corresponde a un error. Sin embargo, aunque sea un error, si esta forma errónea de ejecutar el acto ha sido aceptada por ambas partes, el juez no debe desconocer y apartarse de aquella conducta que podría considerarse una nueva voluntad que los contratantes han manifestado al ejecutar dichos actos, pues si así lo han hecho, es porque sus intereses están dirigidos hacia ese nuevo fin buscado, dejando sin aplicación lo inserto en la cláusula ambigua que nunca aplicaron (Emilio Betti, citado por Diez Picaso Op. Cit. Pág. 402).

Para que se de la interpretación auténtica, se necesita que la aplicación de una o de las diversas cláusulas que se interpretan, sea producto de ambas partes o del consentimiento conjunto en tal aplicación, pues no tendría sentido darle un efecto jurídico a la aplicación que haya hecho una sola parte sin el consentimiento de la otra. Carecen entonces de relevancia los actos unilaterales de las partes en la ejecución del contrato, pues no se consideran reveladores de una voluntad común, pero en cambio si revelan una voluntad propia o individual, la cual no podrá ser desconocida posteriormente por quien la ejecutó.

3.1.7. Interpretación extensiva.

El artículo 1623 del Código Civil consagra la llamada "interpretación extensiva" en los siguientes términos: "Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda".

Quiere esta regla decir que si una cláusula menciona un caso particular para explicar los alcances de la misma, esta no debe restringirse a ese único caso, sino que por el contrario, sus efectos, deben extenderse a todos aquellas situaciones que razonablemente se encuentren dentro del ámbito de su aplicación.

El funcionamiento de esta regla dependerá única y exclusivamente de la forma como se presente el caso concreto y de las circunstancias que se hayan probado durante el proceso (Véase al respecto Jorge López Santa María. Op Cit, Pág. 338.).

3.1.8. Interpretación a favor del deudor.

Dispone el artículo 1624 del Código Civil "No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

Debe subrayarse que las reglas de interpretación propiamente dichas están contenidas en los artículos 1618 a 1623 del Código Civil, excluyéndose así las contenidas en el artículo 1624, pues estas no buscan descubrir la verdadera intención de los contratantes, sino finalmente resolver una disputa respecto del alcance, significado y efectos de una estipulación; reglas que solo tienen cabida cuando, después de recurrir a las verdaderas reglas de interpretación, las dudas e incertidumbres subsisten.

En cuanto al primer inciso, esta regla deviene del principio según el cual es el acreedor quien debe demostrar la obligación a su favor y también sus términos. Lo explica Claro Solar de la siguiente forma: "Mas si la ley se pronuncia en general a favor del deudor, es porque nadie es presumido a obligarse; la libertad es de derecho común; y para que haya obligación o para agravar la obligación, lo que constituye una restricción impuesta a la libertad natural del deudor, es preciso que este lo haya aceptado y se pruebe su aceptación; en la duda debe concluirse que la obligación o su agravación no existe: la duda debe interpretarse a favor del deudor (...)" (Luis Claro Solar. Op. Cit. Págs. 29 y 30).

Este aparte del artículo en mención, trae una consecuencia determinante para el resultado de un eventual proceso, en la medida en que por su aplicación, el deudor puede verse liberado de su obligación, consecuencia de vital importancia en la ejecución de cualquier negocio; por esta razón, debe tenerse presente que su aplicación, tal como lo ordena el mismo artículo, está restringida al evento en que no se haya podido descifrar la voluntad de las partes e interpretar el contrato por cualquiera de los otros medios consagrados por el ordenamiento, pues lo contrario, sería atentar contra los intereses jurídicos del acreedor, quien no tendría ninguna otra posibilidad de ver satisfecha su acreencia.

Ahora bien, el segundo inciso contiene una regla dirigida a resolver las diferencias que surjan entre los contratantes cuando se trate específicamente de un contrato de adhesión, es decir, en aquellos casos en que una de las partes tiene un poder de negociación preponderante, que le permite imponer a la otra las condiciones del negocio; o cuando se trate del evento en que una de las partes tuvo la oportunidad de expresar las condiciones en que se llevaría a cabo el acto, pero lo hizo en forma inadecuada o impropia.

Nótese que la regla tiene un carácter sancionatorio, pues castiga a la parte que incurre en las ambigüedades, razón por la cual la cláusula dudosa "se interpretara contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". De ahí que la doctrina señale que "el agente que redacta una cláusula debe proceder con el cuidado necesario para que esta no adolezca de ambigüedad, dando para el efecto las explicaciones indispensables para disiparla. Si así no lo hace, incurre en culpa que le acarrea responsabilidad que, para el efecto, se traduce en que dicha ambigüedad se interpreta en contra suya" (G. Ospina Fernández, E. Ospina Acosta. Teoría General del contrato y del Negocio Jurídico, Editorial Temis, 5ª Edición, Bogotá, 1998. Pág. 411).

Esta regla será aplicable solo a los contratos de adhesión, pues en los demás eventos, las partes tienen la oportunidad de sugerir correcciones y comentarios al texto del contrato.

En el mismo sentido se ha precisado: "A este respecto cabe señalar que la regla "*contra proferentem*" contenida en el inciso segundo del artículo 1624 del Código Civil es de naturaleza sancionatoria para quien habiendo redactado

las estipulaciones contractuales lo haya hecho de manera ambigua, incompleta o incoherente. Es claro que para que proceda esa sanción una sola de las partes ha debido redactar el texto deficiente, pues si este fuera el producto de la tarea conjunta de los distintos contratantes, no podría resultar penalizado uno solo de ellos. En efecto, si la otra parte también participó en la redacción, o se abstuvo de hacerlo, a pesar de tener la posibilidad efectiva de intervenir, el mal resultado de la elaboración de la cláusula en cuestión también será imputable a esta, bien por acción o por omisión negligente. Bien entendidas las cosas, entonces, la sanción a que nos referimos solo podrá aplicarse dentro del ámbito de los contratos de adhesión, pues solo en este escenario una sola de las partes tiene el poder para imponer el clausulado del contrato. En todos los demás supuestos la otra parte puede sugerir correcciones y complementaciones al texto contractual, lo que impide en esta hipótesis imponer la sanción interpretativa a uno solo de los contratantes" (Jorge Suescún Melo. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. 2ª edición. Legis S.A. y Universidad de Los Andes. Bogotá. 2003. Pág. 19).

Como es lógico, la mencionada responsabilidad y la consiguiente sanción contra el causante de la ambigüedad solo puede afectar a quien redacta e impone el texto de la cláusula, porque tiene el poder para hacerlo, lo que no ocurre cuando los dos contratantes han participado activamente en la negociación, y en la preparación y/o revisión del documento respectivo, pues pudiendo ambos intervenir para mejorar, precisar o aclarar los términos del acuerdo, no podría sancionarse a uno solo de ellos por las ambigüedades que resulten.

La aplicación de esta regla está sujeta a la presencia de dos condiciones a saber: que haya un incumplimiento del deber de información y que dicho deber sea imputable única y exclusivamente a quien redactó el contrato (Véase al respecto José Castan Tobeñas. Op. Cit. Pág. 696).

Sin embargo, este medio de protección para el contratante débil es insuficiente, pues si no existen cláusulas ambiguas en el contrato, el juez deberá aplicarlas por más desventajosas que sean para el adherente (Cas. Civ. sep. 9/77).

3.2. La aplicación de las reglas de hermenéutica al caso concreto.

Con arreglo a las reglas de hermenéutica explicadas, y de acuerdo con los antecedentes de las negociaciones adelantadas durante la etapa precontractual y de los acuerdos a que llegaron las partes, como resultado de las mismas se pueden extraer las siguientes conclusiones, en punto a fijar la real voluntad de los contratantes, respecto de las materias concretas acerca de las cuales discrepan los compromitentes en este proceso:

3.2.1. La búsqueda de la voluntad real de los contratantes.

3.2.1.1. Los antecedentes del convenio y el texto del mismo.

— En reunión del 9 de junio de 1995 (acta 1669, fls. 1 a 13 del cdno. pbas. 10), la junta directiva de Telecom determinó autorizar la iniciación de un proyecto de telefonía pública para la ciudad de Bogotá y la ciudad de Soacha.

Según el acta citada, bajo el punto 2.1 se debatió el tema del "Desarrollo de proyectos de telefonía local a través de *joint venture*", siendo relevante traer a colación los siguientes aspectos contenidos en el acta:

"Informó el doctor Molano, que se han introducido algunas modificaciones al esquema que aplicó Telecom para los contratos de asociación celebrados en años anteriores. Es así como la participación para el asociado se asignará sobre línea vendida y no sobre línea instalada. Esta modificación se incorporó recientemente al contrato de asociación que celebró Telecom hace dos (2) años con Alcatel de España. Además, en estos proyectos, Telecom estimara la demanda y el oferente deberá confirmarla".

Ahora bien, las razones de este cambio de esquema contractual fueron explicadas por el doctor julio Molano —quien era a la sazón presidente de Telecom— en los siguientes términos:

"En los análisis de los *joint venture* porque lamentablemente los *joint venture* han tenido dificultades desde su inicio, encontramos que los contratos tenían para un concepto comercial o desde el punto de vista comercial una falla muy grande y era que Telecom permitía o había acordado que las líneas instaladas se incorporaran al modelo

económico y no las líneas vendidas, es decir que Telecom garantizaba prácticamente el número de líneas, garantizaba el pago por los ingresos que debían generar las líneas estuvieran o no vendidas".

Y agregó:

"Se llevó a la junta directiva el proyecto que muchas de las cosas, de los *joint venture* de la primera generación se utilizaron, pero claramente había dos puntos que nosotros pensamos que se tenían que corregir de los primeros proyectos, lo primero era que Telecom no se podía hacer responsable de ninguna línea sino después de que fuera vendida, es decir que la demanda real era por la que Telecom respondía, no hubo una demanda potencial, estimada ni nada por el estilo".

Y en otros apartes de su declaración puntualizó:

"Dra. Monroy: cuando nos lee que dice que se modificó el esquema en el sentido de que la participación para el asociado se haría sobre línea vendida y no sobre línea instalada cuál es su interpretación o su concepto sobre la palabra la participación para el asociado, la expresión la participación para el asociado se hará sobre línea vendida, a qué se refiere eso de la participación para el asociado?

Sr. Molano: pues que los ingresos que es donde esta la participación se harán únicamente sobre línea vendida y no como en los originales, en los contratos de primera generación sobre línea instalada.

Dra. Monroy: eso suponía que la participación es obviamente aquella que produce la línea que está vendida y en tanto la línea instalada no produce nada?

Sr. Molano: correcto, es la instalada la que produce una inversión inútil para el asociado, pero para Telecom no produce nada.

Dra. Monroy: quisiera que precisara al tribunal si es correcto afirmar que el riesgo de inversión dentro de ese esquema que usted está manejando le correspondía al asociado, eso es correcto?

Sr. Molano: sí claramente, esa es la base del cambio es que anteriormente el asociado en la descripción que hacía hace un rato ponía el acelerador y Telecom ponía el freno, aquí en este contrato se cambia, el freno lo debería poner el asociado que aporta los equipos y Telecom pone el acelerador, Telecom lo que quiere es tener bastantes líneas timbrando para poder generar mayores ingresos, entonces…".

Así las cosas, lo que fue planteado a la junta directiva de Telecom y autorizado por esta fue, con la configuración que esta modalidad particular tiene según quedó visto a espacio anteriormente, un esquema contractual a riesgo compartido, en el cual las participaciones para el asociado se basarían en las líneas vendidas y no en las instaladas.

— De otra parte, en el anexo 2 al acta 1671 de la junta directiva de Telecom, (cdno. pbas. 21 fls. 415 a 430) se encuentra el documento denominado: "presentación a junta directiva proyecto prestación servicio telefonía local a riesgo compartido en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. programa 1995-2000", fechado en septiembre de 1995 y corresponde a la presentación que hizo la administración de Telecom en relación con el proyecto capital. En la página 7 de dicho documento, se lee:

"Proyección de líneas":

"Teniendo como base lo recomendado por el Plan Nacional de Telecomunicaciones con un estimado de 35 líneas por cada 100 habitantes, la ciudad presentará un déficit de 600.000 para los próximos 5 años, que se espera cubrir con el proyecto propuesto.

No obstante el contratista deberá adelantar su estudio de demanda y zonificación que permita establecer con exactitud la cantidad y distribución de las líneas".

Telecom dividió la ciudad en cinco zonas y contrató al Centro Nacional de Consultoría con el fin de establecer la demanda potencial por líneas telefónicas en Santafé de Bogotá (fls. 3388 a 3458 del cdno. 9).

El estudio arrojó una demanda potencial de 522.909 líneas residenciales para la ciudad.

— Mediante oficio 00100000-02300 del 31 de octubre de 1995, Telecom invitó a NEC a presentar propuesta para participar en el desarrollo conjunto y a riesgo compartido de un proyecto para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para Bogotá y Soacha (fls. 204 y ss. del c. pbas. 1).

En dicha invitación se expresó:

"El capítulo II corresponde al escenario financiero y económico sobre las cuales se desarrollará el proyecto y que servirá de base o parámetro para el cálculo de las proyecciones económicas que permitan a los oferentes el diseño y presentación de su plan de negocios para contratar a riesgo compartido la prestación del servicio del objeto de este proyecto, todo de conformidad con las leyes 37 de 1994 y 142 de 1994".

En la invitación se estableció que:

"Los oferentes deberán proponer un plan de negocios que establezca el equilibrio económico y financiero para ambas partes, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

"(...).

"8. Los oferentes deberán efectuar y señalar sus cálculos de ingresos de la asociación durante la vigencia del convenio y la proporción que esperan de los ingresos y la rentabilidad del proyecto.

"(…).

"12. Los oferentes deberán proponer a Telecom el nivel del riesgo que deseen correr en el convenio, expresado este en términos de porcentaje de desviación máxima, por exceso o por defecto, sobre el flujo neto de caja del oferente".

Así mismo, en el acápite sobre proyecciones de líneas se calculan 110.000 líneas para cada zona y se puntualiza:

"Estos valores se utilizarán para el cálculo de la oferta y en el desarrollo del convenio se ajustarán a las cantidades a instalarse por año según la evolución real de la demanda de común acuerdo con Telecom".

Telecom elaboró la minuta original del contrato que acompañó a la invitación mencionada.

En la cláusula segunda de dicha minuta se expresó:

"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, a partir de la fecha de iniciación del convenio, se hará una revisión del modelo económico. Esta tendrá como objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico y poder hacer el seguimiento a los compromisos de las partes (Los demás aspectos relacionados con este artículo dependerá del plan de negocios propuesto en la oferta y lo acordado en las negociaciones entre las partes)".

En la cláusula décima quinta se estableció:

"Las partes conocen y aceptan que el producto de los servicios depende de la capacidad instalada, funcionalidad y tiempo en operación de los equipos y de la demanda del servicio; por tal razón los productos no son fijos sino variables; en consecuencia, las partes asumen el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los productos obtenidos durante el correspondiente ciclo de facturación y así sucesivamente.

Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, de conformidad con el estudio de demanda elaborado antes de la firma del convenio. Por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio y ni Telecom ni _____, harán reconocimientos o reclamación alguna,

en caso de que la demanda real sea superior o inferior a la estimada en la elaboración de oferta y tenida en consideración en el plan de negocios".

— La etapa precontractual se desarrolló en dos fases distintas. La primera consistente en una ronda de preguntas y respuestas en la que participaron todas las firmas invitadas a intervenir en el proyecto capital. La segunda relativa a negociaciones directas e individuales entre Telecom y cada una de las compañías participantes.

Con ocasión de la primera fase señalada, Telecom expidió la Circular 2, la cual hace parte del convenio, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula primera del mismo. En dicha circular se expresa frente a la cláusula cuarta de la minuta lo siguiente:

"Literal e) Teniendo en cuenta que los equipos constituyen el aporte del asociado al convenio, cuya naturaleza es de asociación y no de compraventa o suministro de bienes, no se acepta limitación de responsabilidad respecto de la obligación del asociado de proceder sin costo adicional para Telecom o para el convenio, a la reparación o reemplazo de bienes que presenten defectos, cualquiera que sea la causa que los origine".

"(…).

"Literal l) La transferencia de propiedad de los bienes no se sujeta a la recuperación del valor de la inversión realizada y su costo financiero por parte del asociado, por cuanto esto restaría toda posibilidad de riesgo y el contrato es de riesgo compartido".

Igualmente frente a la cláusula sexta se expresó:

"Literal j) Teniendo en cuenta que se trata de un convenio de asociación a riesgo compartido, Telecom no puede ofrecer 'garantías mínimas'. Las condiciones establecidas en este literal son parte integral del plan de negocios presentado por cada oferente y de los acuerdos que se logren en la etapa de negociación entre las partes".

Así mismo, frente a la cláusula décima quinta se señaló:

"El párrafo segundo de esta cláusula quedará así: Telecom no garantiza la demanda del servicio pues esta es estimada. Por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio".

En relación con la cláusula vigésima segunda se precisó:

"La definición de los aspectos relativos a las prórrogas deberán ser puestas a consideración del comité de coordinación, a quien compete evaluarlas. Por consiguiente no es procedente pactar prórrogas automáticas".

Cabe resaltar que en la misma circular se hace referencia a la solicitud de NEC de Colombia para modificar la cláusula décima quinta para que la misma expresara:

"La instalación se hará de acuerdo con los resultados del estudio de demanda a realizar por el contratista después de la firma del contrato, ajustándose al modelo económico conforme a lo establecido en la cláusula segunda del presente convenio".

Sobre lo cual Telecom respondió:

"Con los resultados del estudio de demanda a realizar por el asociado, se podrá ajustar el plan de negocios y el modelo económico dentro de un plazo máximo de dos meses contados a partir de la suscripción del convenio solamente respecto del número de líneas y la duración del convenio, siempre que el nuevo número de líneas no esté por debajo del 80% del número de líneas inicialmente ofertadas, permaneciendo inmodificables su precio, la tasa de descuento y las demás variables económicas. La instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se encuentre durante la ejecución del convenio, como se establece en la cláusula décima quinta de la minuta".

— En la audiencia del "proyecto de asociación a riesgo compartido para la prestación del servicio público de telefonía básica conmutada en Santafé de Bogotá y Soacha" realizada el 22 de noviembre de 1995 se señaló que

cada proponente debía presentar su propio esquema financiero, incluyendo el nivel de riesgo. En el acta correspondiente, que también hace parte del convenio, según se señala en su cláusula primera se expresó igualmente:

“Por tratarse un contrato a riesgo compartido, Telecom no puede garantizar que el oferente seleccionado obtenga la completa amortización de la inversión o condicionar la transferencia de la propiedad a tal hecho. El riesgo del convenio para las partes, será el que se establezca en el convenio de asociación, todo de conformidad con lo que hayan acordado Telecom y el oferente”.

Así mismo se puntualizó:

“A) El modelo económico lo propone el oferente. La recuperación de la inversión, el nivel de riesgo y el término de la duración del convenio lo determina el modelo económico que ofrezca cada uno”.

“(…).

“E) aspectos tales como la tasa de retorno o de interés corresponde al proponente ofrecerla para su evaluación por Telecom”.

En dicha audiencia Telecom aceptó aclarar la cláusula cuarta de la minuta, por lo cual la misma se adicionó así:

“Por tratarse de un contrato a riesgo compartido, la inversión y gastos de financiación serán recuperados en la medida que se establezcan en el plan de negocios de cada uno de los oferentes. El nivel de riesgo será presentado por cada uno de ellos en su propuesta y deberá pactarse en el convenio”.

En la misma acta se dijo:

“Se considera que es un contrato de adhesión en la medida en que la minuta ha sido propuesta por Telecom en la solicitud de cotización y será la que servirá para establecer el convenio definitivo”.

A lo anterior se agregó:

“Por tratarse de un contrato a riesgo compartido, Telecom no puede garantizar que el oferente seleccionado obtenga la completa amortización de la inversión o condicionar la transferencia de propiedad a tal hecho. El riesgo del convenio para las partes, será el que se establezca en el convenio de asociación, todo de conformidad con lo que haya acordado Telecom y el oferente”.

Adicionalmente se eliminó el límite inferior de líneas telefónicas, así:

“Telecom al referirse al asunto 7 de la circular estableció un límite del 80% en relación con el replanteo del número de líneas inicialmente ofertadas, pero acepta su eliminación. En todo caso, se establecería un máximo de 110.000 líneas por cada oferente”.

También se amplió a cuatro meses el plazo para modificar el plan de negocios según los resultados del estudio de demanda y por ello se adicionó el parágrafo a la cláusula quince.

El 24 de noviembre de 1995 el Consorcio presentó a Telecom su propuesta (fls. 264 y ss., cdno. de pbas. 1) en la cual expresó:

— La propuesta de NEC fue objeto de evaluaciones financieras y jurídicas, las cuales se llevaron a cabo el 3 de diciembre de 1995 (fls. 2852-2972, cdno. de pbas. 8).

En la evaluación financiera, entre otros temas, se abordó el relacionado con la determinación del valor de rescate, habiéndose precisado lo siguiente:

“(…) Telecom cree que el valor de rescate deberá ser calculado por el modelo económico en cualquier momento del convenio, con las premisas del plan de negocios, pero teniendo en cuenta un reconocimiento de ingresos con base en las líneas vendidas”.

En esta evaluación financiera Telecom volvió a referirse a la propuesta de NEC que le había sido rechazada en la Circular 2, sobre lo que debía entenderse por demanda real. En efecto, en la aludida evaluación, Telecom reiteró:

"NEC está considerando como demanda real el resultado del estudio de demanda, lo que está en desacuerdo con lo planteado por Telecom, una cosa son los resultados del estudio de demanda, con los cuales se ajustará a los cuatro meses el modelo inicial, y otra es la demanda real en el momento de tramitar las solicitudes de servicio".

En cuanto a la evaluación jurídica de las ofertas presentadas por las firmas invitadas, ha de señalarse que dentro de ellas no se encuentran referencias específicas a planteamientos de NEC relativos a eventuales modificaciones de la minuta de contrato redactada por Telecom. Se encuentran sí propuestas de otras de las compañías participantes, las cuales se traen a colación pues sirven para determinar la real voluntad de Telecom durante la etapa precontractual, toda vez que, según la autorización de su junta directiva, habría de perfeccionar con las distintas asociadas negocios que obedecieron a una misma estructura contractual para la ejecución del proyecto capital, razón por la cual el mismo proyecto de minuta de contrato sirvió de base para la elaboración de las ofertas y para las subsecuentes negociaciones con todos los interesados.

Así las cosas, la reacción de Telecom, en las evaluaciones jurídicas de otras ofertas, se observa en los siguientes apartes (cdno. de pbas. 8, fls. 2973-3041).

En primer lugar, en cuanto a un planteamiento de Siemens, dijo:

"Así mismo se pide adicionar que la transferencia de propiedad y demás derechos se hará cuando el asociado haya recuperado su inversión, los costos financieros y haya obtenido la rentabilidad deseada por la suma de…

Este aspecto es de competencia del área financiera, por la incidencia económica que representa para el convenio.

Sin embargo es preciso aclarar que no es correcta la interpretación que se hace de lo consignado en el acta de la audiencia de noviembre 22, en cuanto a la transferencia de propiedad, ya que esta constituye una obligación del asociado de conformidad con la Ley 37 de 1993, y de acuerdo con los términos previstos en el plan de negocios y a su vez un derecho de Telecom.

Consideramos que la observación o sugerencia de esta cláusula, manifestada por el oferente, es claramente contraria a la Ley 37/093 y a la naturaleza del contrato a riesgo compartido y por ende, no puede aceptarse legalmente.

(…).

A la cláusula quinta:

Literal a):

Se solicita adicionar la cláusula en el sentido de establecer que la propiedad de los bienes se traslada cuando se haya recuperado la inversión, los costos financieros y haya obtenido la rentabilidad deseada.

Telecom reitera lo expresado en varias oportunidades, en el sentido de que la recuperación de la inversión, los costos financieros, y la rentabilidad deseada, lo determina el modelo económico pues se trata de un convenio de asociación a riesgo compartido y si se garantizara alguno de los aspectos anotados, se estaría desvirtuando la naturaleza jurídica del convenio a celebrarse" (Pág. 34-35).

De otra parte, en relación con algunas observaciones de Ericsson, Telecom puntualizó lo siguiente:

"Punto 41: en la cláusula décima quinta, debe quedar establecida la garantía mínima de ingresos para Ericsson por parte de Telecom, contenida en el plan de negocios.

Telecom ha sido reiterativo en afirmar que no puede garantizar unos ingresos mínimos a los asociados, pues es claro que se trata de un convenio de asociación a riesgo compartido y si se garantizaran unos ingresos, se estaría desvirtuando la esencia y naturaleza del convenio, pues no existiría riesgo para el asociado.

Dentro del acta suscrita en señal de aceptación por los representantes de Ericsson se precisó que Telecom no puede garantizar que el oferente seleccionado obtenga la completa amortización de la inversión o condicionar la transferencia de propiedad a tal hecho. En similares términos se expresó esta circunstancia en la circular 2" (pág. 53).

En cuanto a la segunda fase de la etapa precontractual, destinada a la negociación directa, se tiene:

— Mediante comunicación 002997 del 16 de diciembre de 1995, dirigida por el presidente de Telecom a NEC, se señalan que las partes dispondrán de un término de tres días para adelantar la negociación final, advirtiendo que, para este efecto, "la minuta será la establecida por Telecom en la solicitud de cotización y no existirá negociación sobre la misma".

— El 21 de diciembre de 1995, Telecom envió a las distintas firmas invitadas, incluida NEC, en lo relativo a la zona A, (no aparece en el expediente copia de este escrito para la zona E) una comunicación (cdno. de pbas. 1, fl. 234) en la cual aparecen algunas precisiones relevantes respecto de la revisión del convenio. No se conocen las razones por las cuales esta comunicación no fue enviada al Consorcio, para efectos de la zona E, pero el tribunal ha de reiterar que el análisis de este escrito es pertinente para desentrañar la real voluntad de Telecom al negociar los distintos convenios del proyecto capital, los cuales debía estructurar bajo un mismo esquema contractual.

Los apartes de interés para este debate son del siguiente tenor:

"(…)

3. Sobre la base de las rondas de conversaciones adelantadas para la zona C, Telecom plantea las siguientes condiciones como parte del plan de negocios que se defina finalmente para esta zona, las cuales considera representan condiciones favorables:

(…)

c) La aceptación del siguiente punto: revisión económica del convenio: la base de la comparación será el modelo económico ajustado que se calcula a partir del modelo económico, teniendo en cuenta el número de líneas vendidas, para el reconocimiento de ingresos, o de ingresos o costos variables, según el modelo económico sea de ingresos o de flujo de caja, respectivamente. Si en la comparación de los modelos reales con el modelo económico ajustado se determina que el valor presente de los ingresos reales o del flujo de caja neto, incorporados estos ingresos, registra un resultado que está por fuera del + o – 10% del valor presente de los ingresos proyectados o del flujo de caja neto proyectado del modelo económico ajustado, se utilizarán los siguientes mecanismos de compensación, en el siguiente orden y con aprobación del comité de coordinación:

i) Modificación de la duración del convenio.

ii) Modificación de las participaciones sobre ingresos.

iii) Modificación del valor de rescate".

— Existe una abierta confrontación entre las partes respecto de lo acontecido al final de la etapa de negociación directa entre ellas y, más concretamente, sobre los acuerdos a que habrían llegado en cuanto a las revisiones del convenio.

Dicha divergencia surge de la declaración rendida en el curso del proceso por el señor Gabriel Martínez, funcionario de NEC, quien participó en la aludida fase de negociación directa. El señor Martínez manifestó que las conversaciones estaban prácticamente estancadas hasta cuando él propuso una fórmula de solución, que fue luego acogida por Telecom, en el sentido de que las revisiones anuales se hicieran con base en las líneas vendidas, y que la liquidación final se hiciera con las líneas proyectadas.

Los apartes más relevantes del testimonio del señor Martínez se trascriben a continuación, así:

"Dra. Monroy: ¿qué pasó al final de esa reunión, suscribieron algún documento o qué pasó?

Sr. Martínez: había un acta muy sencilla, el esqueleto del acta estaba casi redactado, era simplemente llenar los números y les pusieron algunas precisiones, esa acta no la firmé yo porque no era de las personas que estaban autorizadas o representantes, la firmaron varias personas.

Dra. Monroy: usted recuerda qué decía básicamente el acta, qué contenía?

Sr. Martínez: hablaba de la duración del convenio, del monto de la inversión, del número de líneas, de los descuentos.

Dra. Monroy: y esta idea suya digamos que de alguna manera según su hipótesis o según su dicho, cambió en la dinámica la negociación y llegaron a un acuerdo y solucionó todo el problema sin el cual no se hubiera hecho el negocio, según usted nos ha dicho, esa idea que usted propuso (...) cambio de cassette (...).

Sr. Martínez: como le digo, el acta era como un papelito con las cosas básicas y eso ya estaba redactado.

Dra. Monroy: pero le hago la siguiente pregunta, si usted consideraba que era una causal casi para no seguir negociando, no tener esa revisión final como la estaba planteando usted, que usted mismo la inventó y la diseñó y la propuso y se la aceptaron, no resulta muy extraño que ese punto, que era crucial, no quedara consignado en el acta que recogía el resultado de la negociación?

Sr. Martínez: sí puede sonar extraño, lo cierto es que cuando negocian los contratos nadie piensa que va a estar a los 9 años en un tribunal de este estilo, además estaba clarísimo que íbamos a escribir el contrato y que allí iba a quedar todo definido en los anexos financieros. Entonces si usted me dice que si me parece extraño, puede parecer.

Dra. Monroy: y de parte de ustedes, usted que estaba allí presente, ninguno pidió que se consignara porque si estaba acordado y todo lo demás que se acordó estaba escrito, por qué lo que para ustedes era más importante no quedó allí recogido y ustedes no tuvieron ninguna reacción a ese hecho, es decir eso suena muy extraño.

Sr. Martínez: hasta donde yo recuerdo nadie opinó sobre ese punto para incluirlo en el acta.

Dr. Suescun: ¿cuánto tiempo después se firmó el contrato?

Sr. Martínez: tal vez una semana.

Dr. Suescun: y en el contrato quedó plasmada su fórmula?

Sr. Martínez: a la siguiente semana se firmó la minuta, se quería hacer los anexos financieros también al mismo tiempo pero Telecom decía que no tenía mucho tiempo porque tenía muchos contratos y porque ya era el fin del año, que nos encontráramos los primeros días de enero y escribíamos los anexos financieros.

Entonces el anexo financiero y el anexo técnico se firmaron o se escribieron con posterioridad a la firma de la minuta del contrato.

Dr. Suescun: ¿quiere decir que el contrato no recogió su fórmula?

Sr. Martínez: claro, el anexo es parte del contrato.

Dr. Suescun: no, en el contrato, el contrato que suscribieron una semana después.

Sr. Martínez: no.

Dr. Suescun: y qué hubo entonces en ese caso, una promesa verbal de los funcionarios de Telecom de que su fórmula sería plasmada en el anexo financiero?

Sr. Martínez: exactamente, es que la minuta no se podía modificar.

Dr. Suescun: ¿cuánto tiempo después se redactó y firmó el anexo financiero?

Sr. Martínez: eso fue en los primeros días de enero, no sé cuándo lo firmarían pero yo creo que hacia mediados de

enero ya estaba escrito, quedó en Telecom y Telecom después lo regresó firmado.

Dr. Suescun: ustedes no pidieron una constancia escrita a los funcionarios de Telecom, en el sentido de que se comprometían a incluir en el anexo financiero su fórmula?

Sr. Martínez: no señor".

"(…).

Dr. Suescun: quisiera un par de precisiones, en su declaración del día anterior usted señaló que durante las negociaciones de las partes en relación con el tema de la revisión, se había presentado una diferencia en el sentido de que Teleconsorcio S.A. no quería que las revisiones se hicieran con base en líneas vendidas sino en líneas proyectadas y la posición de Telecom era exactamente la contraria.

Nos explicó usted que para superar ese impase había usted sugerido o propuesto a las partes que la revisión anual se hiciera con base en líneas vendidas pero que la final se hiciera volviera a tomar en consideración las proyectadas, es correcta mi apreciación?

Sr. Martínez: es correcto.

Dr. Suescun: quisiera que nos señalara si estas conversaciones tuvieron lugar antes de la suscripción del contrato o si tuvieron lugar ya una vez suscrito el contrato pero cuando se estaba negociando el anexo financiero, que entiendo que son dos fases o dos etapas distintas.

Sr. Martínez: yo diría que la segunda etapa no fue una negociación sino una redacción del anexo financiero, las negociaciones tuvieron efecto durante 3 días, 17, 18, 19 de diciembre comenzando un domingo, de pronto las fechas no son exactas pero comenzando un domingo y si no se llegaba a un acuerdo, no se firmaba el contrato, por eso ni siquiera es antes de la firma sino bastante antes, porque era antes de la fecha límite para llegar a un acuerdo y precisamente por eso lo recuerdo muy bien porque ya iba a ser las 11 de la noche o eran las 11 de la noche, era el último día y no había acuerdo, entonces en ese momento fue que yo sugerí esa idea de poner las posiciones de ambos lados en un límite intermedio, por decirlo así. Entonces eso fue antes de la firma del contrato, el contrato se firmó el 26 o el 27, esto fue algo así como el 19 de diciembre.

Dr. Suescun: y su sugerencia fue la que quedó plasmada en el anexo financiero?

Sr. Martínez: correcto".

(…).

Dr. Suárez: volviendo un poco a lo que se estaba hablando sobre modelos de línea vendida y modelo de línea instalada para efectos este último o proyección como lo llama de las líneas proyectadas para efectos de liquidación, usted dijo que era un punto central de la negociación al tercer día que era muy tarde ya en la noche, era un punto central y que si bien entendí era un punto clave para los japoneses y el Consorcio el que la liquidación no se hiciera sobre línea vendida, eso lo que entendí es correcto o no?

Sr. Martínez: sí, es correcto era un punto importante.

Dr. Suárez: ¿por qué era tan importante?

Sr. Martínez: básicamente la concepción de negocio, el cálculo, las aprobaciones que se lograron para poder presentar la propuesta que son aprobaciones que hay que sacar el interior de las diferentes empresas, los análisis que ellos pudieron haber hecho a la propuesta, las conversaciones que pudieron tener con los entes financiadores estaban todos basados en ese concepto de recuperación de la inversión descontado del concepto de PRT, era absolutamente imposible en una negociación de horas entrar a cambiar eso que existía para poder hacer el negocio, entonces simplemente no se podía, se podía de pronto tener algún campo de maniobra y eso fue lo que perseguí en el momento en que se me ocurrió esa idea, pero definitivamente el concepto claro era la recuperación de la inversión con una tasa del 12% dentro del riesgo del más menos 10% señalado.

“(…).

Quiero aclarar que esa fue la primera vez que el Consorcio escuchaba el término líneas vendidas, de una manera directa y clara, ellos decían que querían eso y en esa reunión que del lado del Consorcio participaron un grupo de japoneses que había con delegados de las casas matrices y personas también que trabajaban en las empresas subsidiarias aquí en Colombia y estaba también el ingeniero Germán Torres que era el vicepresidente comercial de Nec de Colombia y yo, en esa primera reunión digamos que el tema central de la discusión que trabajo Telecom era no hacer las revisiones con el anexo 5 que acabo de explicarles sino con un anexo 5 ajustado por líneas vendidas.

Explicamos a Telecom que esa era una dificultad muy grande que básicamente así no podríamos firmar el convenio, sin embargo Telecom insistió en que se estudiara el tema al interior del Consorcio y que tuviéramos una razón para el día siguiente, entonces al día siguiente que ya era el último día de la negociación en horas de la tarde, al final de la tarde se reanudó la discusión y por varias horas esa discusión se redujo a que Telecom explicaba por qué ellos encontraban conveniente hacer las revisiones basados en líneas vendidas y nosotros también explicábamos por qué no haríamos un contrato basado en las líneas vendidas sino en las líneas proyectadas.

Más o menos a las 11 de la noche no había un acuerdo todavía, en ese momento a mi se me ocurrió básicamente esta idea de hacer las revisiones anuales basados en las líneas vendidas pero de todas maneras hacer la liquidación ya regresando al modelo proyectado inicial.

En primer lugar la planteé simplemente como una idea, no era parte de la negociación pero sí era como el vehículo de la negociación de las partes, el ingeniero Germán Alfonso la entendió y él fue el primero que identificó precisamente ese riesgo de disponibilidad de flujo de caja y le parecía que era un buen compromiso del lado del Consorcio lo que en ese momento yo estaba de alguna manera planteando y que en una base de ese estilo se podía llegar a un acuerdo, en ese momento entonces me dirigí hacia el grupo de japoneses que estaba allí presente, expliqué la idea que tenía y el comentario que había hecho Telecom, la expliqué detalladamente en español, en inglés y luego los japoneses que hablaban bien español explicaron en japonés a los demás y de toda esa discusión lo único que surgió fue una idea adicional de hacer una revisión un año antes de que terminara el convenio para hacer como una previsión de lo que iría a suceder cuando se hiciera la liquidación basado en el modelo proyectado”.

(…).

En esos días, un par de días después no recuerdo bien, una semana después se firmó el contrato antes de que terminara el año 95 y dada la premura del tiempo, las festividades de fin de año, las vacaciones de muchas personas y que también Telecom estaba firmando 5 contratos al mismo tiempo se decidió la redacción y escritura de los anexos técnicos y financieros para hacerla en enero del año siguiente, o sea del 96.

Participé también en la redacción de los anexos financieros junto con el doctor Ciro Beltrán y finalmente con la revisión del doctor Arturo Valencia y el contrato quedó firmado con sus anexos”.

(…).

Gabriel Martínez: “Ya el año siguiente, en los primeros días de enero nos presentamos, para esa reunión estábamos el señor Susuki gerente comercial de Nec de Colombia, el señor Takea que trabajaba en… nos presentamos en Telecom para escribir junto con Telecom el anexo financiero, para ese entonces ya no nos recibió el señor Germán Alfonso sino el doctor Ciro Beltrán y en la primera reunión Ciro nos dijo que había tenido unas reuniones con Germán internas y que el entendimiento de él era que íbamos a hacer unas revisiones anuales, basados en líneas vendidas y una revisión final basado en línea instalada, en línea proyectada en una terminología de nosotros, con una revisión al comenzar el último año realmente ahí no hubo ninguna discrepancia eso básicamente seguía el pacto que se había hecho antes de la firma del convenio y la redacción del anexo financiero tomó varias sesiones más porque el estilo de Ciro era escribir las cosas bastante claras, así sonaran redundantes.

Recuerdo entonces que una vez terminamos de desarrollar el trabajo a Ciro Beltrán no le agradaba mucho la forma como se presentaban los intereses en el anexo 4 como parte del flujo de caja, él hubiera preferido de pronto un

flujo de caja libre, pero no armonizaba con la filosofía que habíamos trabajado desde la propuesta, fue así como él nos solicitó tener una reunión final con el doctor Jesús Arturo Valencia para explicarle principalmente ese tema de la presentación de los intereses, entonces fuimos a la oficina del doctor Valencia que era el vicepresidente financiero de Telecom y le explicamos el anexo financiero, le explicamos el cuadro cómo presentábamos los intereses, él no encontró problema a ese tema y básicamente el anexo financiero quedó redactado, escrito, después de un trámite para firma de él".

(…).

Dr. Suárez: después de suscrito el contrato de regresado de las vacaciones de fin de año en 1995 cuando se sientan a redactar el anexo financiero, hubo en algún momento algún cuestionamiento, alguna duda o alguna expresión por parte de la vicepresidencia financiera de Telecom respecto a los términos de este anexo financiero tal como quedó?

Sr. Martínez: no, precisamente eso comenté aún recibiéndonos una persona diferente a la persona con la que había yo negociado a nombre de los japoneses, el entendimiento era exacto, exactamente igual al entendimiento producto de la negociación financiera.

(…).

Dra. Monroy: vamos a profundizar un poco en el tema que se trató esta mañana señor presidente y señores árbitros que es el tema de las negociaciones en que el doctor Gabriel participó, según nos dice activamente.

Yo quisiera que usted nos precisara exactamente en qué consistieron esas negociaciones que usted dice se realizaron con el señor Germán Alfonso antes de la firma del contrato, y si es posible que usted nos detallara un poco de qué se habló y si puede precisarnos la fecha se lo agradecería mucho.

Sr. Martínez: como decía en el relato que les conté la vez pasada, Telecom envió una carta de invitación a negociar, es una carta donde informa que la propuesta es preseleccionar, llegamos allá un día domingo, creo que es 17 de diciembre tal vez, 16 ó 17, la reunión era un día domingo en la oficina de la presidencia, allá llegamos, allá nos estaban esperando unas personas de Telecom.

Ahí definieron que había que armar unos grupos de negociación y se definieron unos nombres que serían los líderes, los representantes de cada lado para la negociación, dentro de esos nombres estaba el señor Germán Alfonso para la negociación financiera, no sé si en el acta decía para qué pero en la reunión nos dijeron que la parte financiera era con él.

Nos dijeron que para poder comenzar a hablar, había que enviar una carta o una notificación por escrito que se aceptaba la minuta y básicamente eso fue la primera reunión.

Al otro día tuvimos la primera reunión con Germán Alfonso y allí él nos explicó que Telecom quería hacer el negocio pero que el modelo de comparación fuera un modelo ajustado por líneas vendidas, en principio se le dijo que eso no era posible y nos solicitó estudiarlo al interior de las empresas y reunirnos al siguiente día, el siguiente día ya era el último.

Dra. Monroy: ahí ya estamos en el 19, si el siguiente día fue el 18 y el último sería el 19.

Sr. Martínez: entonces en el siguiente día yo recuerdo muy bien una reunión que empezó al final de la tarde, esa reunión se suspendió en varios eventos porque simplemente no había acuerdo, Telecom explicaba por qué para ellos era conveniente hacerlos por líneas vendidas y del lado del Consorcio se explicaba que bajo esa base no llegaríamos a ningún acuerdo y eso duró mucho tiempo, inclusive hubo un momento en que prefirieron reunirse solamente dos personas, uno de cada lado para seguir discutiendo porque había mucha gente opinando, volvían y no llegaban a acuerdo, suspendíamos y en eso se pasó fácilmente 5 horas.

Yo recuerdo que por ejemplo Germán Torres que manejó gran parte de la conversación se tuvo que ir, y finalmente a mí se me ocurrió lanzar esa idea que les comenté acá.

Dra. Monroy: la pude(sic) volver a comentar por favor?

Sr. Martínez: básicamente la idea consistía en hacer las revisiones anuales utilizando un modelo ajustado por líneas vendidas como referencia, pero de todas maneras mantener la liquidación del convenio haciendo la comparación del modelo de líneas proyectadas con el flujo de caja real, o sea cuando digo el modelo en este caso me estoy refiriendo al flujo de caja proyectado en el modelo económico.

Dra. Monroy: ¿qué reacción hubo por parte del señor Alfonso?

Sr. Martínez: la reacción de él fue muy positiva, él pensaba que ese era un punto intermedio de negociación y que generaba un compromiso de hacer un estudio de demanda más juicioso.

Igual yo recuerdo muy bien que en ese momento era conveniente explicarle al grupo de japoneses de qué se trataba la idea y se explicó y ellos duraron discutiendo unos minutos y de todo eso surgió otra revisión que se hacía faltando un año.

"(…).

Dr. Suescun: así como usted participó en la negociación previa a la suscripción del contrato, le quisiera preguntar si también participó en la preparación del anexo financiero.

Sr. Martínez: sí, en la redacción del anexo financiero sí participé, el anexo financiero básicamente del lado del Consorcio nos presentamos en Telecom para hacer ese trabajo, el señor Suzuky de Nec, el señor Takea de Nissho Iwai y yo, y del lado de Telecom nos recibió el señor Ciro Alfonso Beltrán, en ese trabajo estuvimos algo así como una semana redactando lo que se había acordado en las reuniones de negociación y el documento base que se utilizó fue el de nuestra propuesta, la propuesta tenía unas condiciones generales y un plan de negocios, se tomó ese documento y se le empezaron a adicionar primero los cambios resultado de la discusión, y segundo las cosas que las personas que estábamos allí en la mesa de trabajo considerábamos interesante reforzar o recalcar, entonces ese fue más o menos el trabajo que se hizo.

Dr. Suescun: si le entiendo bien de parte de Telecom no era mismo interlocutor que ustedes tuvieron en la negociación previa a la firma del contrato.

Sr. Martínez: fue otra persona.

Dr. Suescun: y con motivo de la preparación del anexo financiero, surgieron de nuevo las divergencias de criterio en relación con la forma como se harían las revisiones?

Sr. Martínez: en absoluto, no surgió ningún tipo de discusión sobre eso, la única discusión que yo recuerdo era algo de presentación del tema de los intereses, eso esa lo único pero sobre el asunto de las revisiones anuales, la liquidación, la revisión para el último año, eso fluyó muy fácilmente.

Dr. Suescun: diría usted entonces que lo que se acordó antes de la firma del contrato fue respetado por Telecom al preparar el anexo financiero?

Sr. Martínez: así es".

También es del caso reseñar lo declarado por el señor Ciro Beltrán, quien, como lo explicó el testigo Gabriel Martínez, no participó en las negociaciones que culminaron al final de diciembre de 1995, pero sí intervino en la preparación del anexo financiero que fue redactado a mediados de enero de 1996.

Sobre el carácter con el cual intervino en las labores indicadas el señor Ciro Beltrán, el doctor Jesús Arturo Valencia, quien por entonces era el vicepresidente financiero de Telecom, precisó que el anexo financiero fue negociado por "Jaime Báez y Germán Alfonso tal como aparece, pero Ciro Beltrán era un coordinador de todo el concepto".

Posteriormente puntualizó el doctor Valencia que la representación y capacidad para negociación únicamente la tenían los señores Báez y Alfonso.

Con estas aclaraciones, se trascriben las manifestaciones del testigo señor Ciro Beltrán.

“Dr. Suárez: o sea que en la revisión final del contrato no se hacía sobre las líneas vendidas, eso es lo que está diciendo ahí?

Sr. Beltrán: así es.

Dr. Suárez: y eso es lo que está pactado en el contrato?

Sr. Beltrán: eso fue lo que se pactó, se acordó y reflejó en el anexo financiero”.

“(…)

Dra. Monroy: pidió instrucciones o referencias escritas a alguno de sus superiores jerárquicos en relación con el contenido concreto del anexo financiero y específicamente los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero en cuya redacción usted participó para el caso concreto del Teleconsorcio S.A., revisión último año y revisión final?

Sr. Beltrán: esa redacción tal y como se hizo prácticamente salió de la vicepresidencia financiera.

Dra. Monroy: recuerda si el doctor Jesús Arturo Valencia estaba presente en ese mes en Telecom?

Sr. Beltrán: no, en lo que recuerdo tuvo una incapacidad pero para lo que usted me pregunta estuve vigente y vuelvo e insisto esa redacción salio de la vicepresidencia”.

Dr. Cárdenas: en el curso de este proceso se ha señalado que en el anexo financiero existe una diferencia entre la revisión anual y la revisión final que radica fundamentalmente en que en un caso se toma en cuenta las líneas vendidas al paso que en el segundo se toman en cuenta las líneas instaladas, podría usted explicarnos por qué esa diferencia ya que usted participó en la redacción de ese anexo?

Sr. Beltrán: ahí hay que partir como dije de lo que se acordó, se lo que se conversó, de lo que se consignó en el acta final de negociación y los términos del acta de negociación tenían que verse reflejados en el anexo financiero.

“(…).

“… pero lo que sí puedo precisar es que los contratos quedaron firmados el 28 de diciembre, previo todo el proceso de presentación de ofertas, de evaluación, de negociación…”.

“(…).

“Dra. Monroy: le voy a poner de presente el acta que da cuenta del resultado de las negociaciones que se llevaron a cabo, quiero que la examine y diga si allí aparece mencionada algún texto que tenga que ver con revisión final en alguna parte.

Sr. Beltrán: No”.

“(…)

Dra. Monroy: la tuvo en cuenta [se refiere a la Circular 2] cuando redactó o participó en la redacción del anexo financiero?

Sr. Beltrán: Tan la tuve en cuenta que hasta el último momento a pesar de que yo no participé en la negociación como tal insistí en el tema de las líneas vendidas.

Dra. Monroy: pero no…

Sr. Beltrán: creo que el tema también se lo…

Dra. Monroy: como usted dice que insistió en el proceso, por qué al final no quedó?

Sr. Beltrán: claro, porque el acuerdo final fue otro.

Dra. Monroy: ¿dónde está el acuerdo final a que usted se refiere?

Sr.Beltrán: el acuerdo final si me está hablando de pruebas documentales consta en el anexo financiero que firmó el vicepresidente".

— A la terminación de la fase de negociación directa, el 19 de diciembre de 1995, las partes suscribieron un acta en la cual no aparece mención alguna respecto de un acuerdo sobre el procedimiento de revisión, limitándose a señalar, en relación con esta materia, que "el texto definitivo será incorporado en el anexo financiero que se adjuntará a esta acta el 20 de diciembre de 1995" (fls. 229 a 230 del cdno. pbas. 1).

— El contrato se suscribió el 28 de diciembre de 1995. No existe prueba de que, entre la fecha del acta arriba indicada y la firma del contrato, las partes hubieran adelantado conversaciones para definir el procedimiento de revisión. Por tanto, no se adjuntó documento alguno fechado el 20 de diciembre, como lo anunciaron las partes en el acta aludida.

— El 23 de enero de 1996 se suscribió el anexo financiero. También en esta fecha se firmó entre los representantes de las contratantes un acta, en la cual se manifiesta que "solamente hasta el 23 de enero de 1996, las partes estuvieron en todo de acuerdo con la redacción del anexo financiero…".

— No hay evidencia escrita ni testimonial que acredite que las partes adelantaron negociaciones complementarias en el período comprendido entre la firma del contrato y la suscripción del anexo financiero.

Por el contrario, ambas alegan que en ese lapso no tuvieron lugar negociaciones, habiéndose concentrado sus esfuerzos en redactar el anexo financiero en desarrollo de lo convenido durante la fase de conversaciones directas.

Es así como en la declaración del señor Gabriel Martínez este precisó, refiriéndose a lo acontecido en el señalado lapso:

"Yo diría que la segunda etapa no fue una negociación, sino una redacción del anexo financiero, las negociaciones tuvieron efecto durante tres días, 17, 18 y 19 de diciembre…".

En el mismo sentido, el citado testigo, explicando las labores de preparación del anexo financiero, realizadas en enero de 1996, anotó:

"… en ese trabajo estuvimos algo así como una semana redactando lo que se había acordado en las reuniones de negociación".

También es del caso reseñar la pregunta y la respuesta que a continuación se trascriben:

Dr. Suescún: diría usted entonces que lo que se acordó antes de la firma del contrato fue respetado por Telecom al preparar el anexo financiero?

Sr. Martínez: Así es".

Por su parte, la apoderada de Telecom es enfática en afirmar, en varios apartes de su alegato de conclusión, que después de la suscripción del contrato no podían adelantarse nuevas negociaciones. En efecto, arguye que en adelante "ya no cabía una negociación para modificar el convenio, pues este ya estaba firmado y el anexo tenía tan solo la función de desarrollar lo acordado, no de modificarlo".

— Para los análisis interpretativos que han de ser hechos sobre lo acontecido en la etapa precontractual, reviste una señalada significación el hecho de que Telecom, invariablemente, a lo largo de dicha etapa, siempre sostuvo que no garantizaría la demanda y que la revisión de los convenios habría de hacerse con base en las líneas vendidas y no en las instaladas.

A este respecto no sobra recordar que la administración de Telecom le presentó a su junta directiva el plan para el

"Desarrollo de proyectos de telefonía local a través de *joint venture*", explicándole que en adelante, y a diferencia de lo ocurrido en contratos anteriores, la participación de los asociados se asignaría "sobre línea vendida y no sobre línea instalada". Esto mismo lo reiteró el doctor Julio Molano, a la sazón presidente de Telecom, en el testimonio que rindió en el proceso.

En concordancia con este objetivo, en la minuta de convenio que preparó Telecom, puntualizó expresamente que no otorgaría garantía de demanda (cláusula décima quinta).

En la Circular 2, Telecom reiteró que no habría de otorgar garantías de demanda y puntualizó lo mismo en el acta de la audiencia del 22 de noviembre de 1995. Así mismo, en las evaluaciones financieras y jurídicas de las ofertas presentadas por las firmas invitadas, elaboradas el 3 de diciembre de 1995, Telecom volvió a reafirmar esos mismos aspectos.

En la comunicación enviada por Telecom el 21 de diciembre de 1995 a las empresas participantes en las negociaciones, se refirió a la revisión económica del convenio, teniendo en cuenta el número de líneas vendidas.

La prueba testimonial es coincidente con lo que refleja la evidencia escrita. Es así como el doctor Édgar González, vicepresidente jurídico de Telecom, señaló:

"Dra. Monroy: Eso que nos esta explicación significa que Telecom no otorgó cobertura alguna respecto del riesgo de demanda o sea no dio garantía alguna respecto del riesgo de demanda, no garantizó el riesgo de demanda?

Dr. González: ah no, es que el contrato dice claramente que la demanda es … y Telecom no la garantiza".

El testigo Ciro Beltrán reconoció que los contratos del Proyecto Capital, denominados como de "la segunda generación", se distinguen de los que los precedieron, en que se basan en líneas vendidas y los anteriores en líneas instaladas. Veamos:

Sr. Beltrán: claro, en una primera generación debió haber sido los contratos del año 93 en donde en la metodología de revisión económica y de liquidación se trabaja básicamente con un concepto de línea instalada y eso tuvo algunas variaciones, pero digamos que eso fue un primer estadio de esa metodología de revisión y de liquidación con algunas variaciones para el caso me imagino de los contratos de esa época cuando usted los llama de primera generación.

Esas primeras experiencias tenían que mostrarle a Telecom una evolución en la aplicación de esas metodologías de revisión y de liquidación y efectivamente el tema de si se cumplía o no la demanda telefónica era un tema que preocupaba a Telecom y que en la medida en que tuviera incidencias económicas y financieras pues en el caso específico del tema financiero había que buscar alguna forma, algún procedimiento en donde Telecom quedara protegido de las posibles incidencias que tuviera el comportamiento de la demanda telefónica.

Dr. Cárdenas: eso condujo a qué diferencia?

Sr. Beltrán: condujo a diferencias en que estaba la primera experiencia desde todo punto de vista Telecom empezó a trabajar con una idea de que no se podía seguir trabajando con líneas instaladas, eso aparece consignado en muchos documentos que no se si ustedes los conozcan, me imagino que sí dentro del proceso, documentos de junta directiva, documentos de audiencias que fueron realizadas con las compañías, con las empresas y la idea era buscar una metodología diferente a la línea instalada que en su momento ya de manera muy concreta la que se trabajó y se empezó a mencionar fue la de línea vendida, poder manejar una revisión económica sobre la base de línea vendida.

Especialmente significativas son, en relación con la materia bajo estudio, las manifestaciones de declarantes vinculados a las empresas convocantes, en especial, el señor Gabriel Martínez y el doctor Ernesto Guerra, representante legal del Consorcio.

El señor Martínez hizo en su testimonio precisiones como las siguientes:

"… si es cierto que en las reuniones financieras Telecom nos dijo que quería hacer el negocio por líneas vendidas…".

"… al otro día tuvimos la primera reunión con Germán Alfonso y allí él nos explicó que Telecom quería hacer el negocio, pero que el modelo de comparación fuera un modelo ajustado por líneas vendidas…".

"… tuve la oportunidad de participar en esas reuniones financieras, entonces en la primera reunión nos recibió el señor Germán Alfonso de Telecom…, el tema central que trajo el señor Germán Alfonso a la discusión es que Telecom quería que las revisiones se hicieran sobre un modelo ajustado por las líneas vendidas".

El doctor Ernesto Guerra admitió que a lo largo de la ejecución del convenio, Telecom mantuvo la tesis de las líneas vendidas. Sobre este particular manifestó en la declaración de parte que rindió en el proceso:

"… durante toda la ejecución del contrato, nunca Telecom hizo ninguna reclamación acerca de los atrasos (en la instalación de las líneas)… porque es que no cabía dentro del argumento de las líneas vendidas, no cabía el argumento de los atrasos…".

Durante la ejecución del convenio, y en desarrollo del mismo, el Consorcio contrató la elaboración del estudio de demanda previsto en la cláusula décima quinta del convenio (fls. 133 a 160 del cdno. de pbas. 19). Dicho estudio fue elaborado por la firma OPS Consultants Inc., con fecha 22 de marzo de 1996.

3.2.1.2. Efectos y alcances de la "No garantía de la demanda".

A. En relación con este tema, las partes interpretan de manera muy disímil la estipulación contenida en la cláusula décima quinta del convenio, según la cual "Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio".

No concuerdan las partes en cuanto al alcance y efectos de esta previsión contractual, pues difieren en lo tocante a cuál es la demanda que no es objeto de garantía, esto es, cual es la noción de demanda que en este caso se debe aplicar. También discrepan en lo relativo a la extensión en el tiempo de esa estipulación, pues para el Consorcio solo tendría efectos mientras se llevaba a cabo el estudio de demanda que dicho Consorcio debía adelantar en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo de la misma cláusula décima quinta, con cuyos resultados se podía ajustar el plan de negocios y el modelo económico, momento a partir del cual quedaba definido el tamaño del proyecto, vale decir, el número de líneas que debían ser instaladas, factor este que al incidir en el flujo de caja del modelo económico de referencia, sería a la postre garantizado en un 90% por Telecom.

Así las cosas, el Consorcio arguye que la demanda que no estaba respaldada era aquella resultante del estudio elaborado por Telecom y que le fue entregado a los oferentes para la preparación de sus cotizaciones, esto es, el realizado por el Centro Nacional de Consultoría en octubre de 1995. Por el contrario, la demanda que arrojara el nuevo estudio que debía elaborar el Consorcio, en observancia de lo previsto en el parágrafo de la cláusula décima quinta, sí sería respaldada mediante la garantía del 90% de los ingresos previstos en el modelo económico de referencia. De igual manera, el Consorcio ha sostenido la tesis de que "la no garantía de demanda" es una estipulación llamada a producir efectos durante la ejecución del contrato, esto es, durante "el período de facturación", pero no para efectos de la liquidación del convenio, toda vez que para este propósito se debe emplear la metodología prevista en el numeral 5.4 del anexo financiero.

Para ilustrar la posición adoptada por el Consorcio en punto a la demanda no garantizada por Telecom, es relevante reseñar lo declarado por los testigos que tienen vinculación con las firmas que conforman aquel.

En primer término, el señor Juan Camilo Merino, puntualizó lo siguiente en torno al alcance de las estipulaciones contenidas en la cláusula décima quinta.

"Sr. Merino: el entendimiento que tenemos nosotros es que es una cláusula que va durante la vigencia del convenio y no en la liquidación del convenio y va producto para efectos del riesgo que se tiene de recibir las participaciones o no durante la vigencia del convenio, llámese eso un riesgo de liquidez, no tenía nada que ver en nosotros, en nuestro pensamiento o como veíamos nosotros el contrato".

"(…)

Dr. Suescun: la explicación anterior que estaba dando, estaba señalando que durante los primeros cuatro meses en que se hizo el estudio de demanda, había un determinado riesgo que terminaba precisamente con la conclusión del estudio de demanda, cómo es eso?

Sr. Merino: yo la interpretación que hago de lo que nosotros o yo personalmente veo de la cláusula es lo siguiente y es que de todas maneras como había que cumplir y así fue lo que se acordó que se debía cumplir con los tiempos que estaban pactados, durante esos 4 meses había que empezar a hacer algún tipo de obra, así entendería yo ese riesgo, llega un riesgo y es que en el momento en el cual pasa un tiempo y se llega y se ratifica o no el número de líneas y si llegara el caso por ejemplo como ocurrió en otro proyecto que no es de nosotros y es que hicieron el estudio de demanda, sin embargo el estudio de demanda no dio la expectativa de las partes llámese Telecom y otro socio, pues decidieron no hacer más, hasta ese momento qué? Pues se había perdido la inversión o los gastos, los costos que tenían hasta ese momento hechos para la ejecución del proyecto, ese es el riesgo que yo diría que se tomaría en el momento en el cual se definiera o se ratificara mejor el número de líneas que se iban a construir con la infraestructura acorde con el convenio.

Dr. Suescun: eso sería un poco remoto o casi insignificante económicamente eso que usted llama riesgo porque inversiones no ha hecho y considerar el costo del estudio de demanda o algo así.

Sr. Merino: y posiblemente algunos predios que se pudieron haber comprado o comercialización que se haya hecho, pero hay ese riesgo, puede ser insignificante, pero es un riesgo que está.

En otro aparte —en el cual se refirió a la distribución de riesgos propuesta por el Consorcio, vale decir, de un 90% del flujo de caja proyectado del modelo económico a cargo de Telecom y del 10% a cargo del Consorcio— el señor Merino agregó:

“Sr. Merino: el riesgo de demanda, nosotros entendemos que de todas maneras aquí hay riesgo de demanda implícito.

Dr. Suescún: ¿qué asumiría quién?

Sr. Merino: la estamos asumiendo en las proporciones que adoptamos, yo he ido hasta el 10% y Telecom hasta el 90%, eso entendería yo del riesgo compartido, porque es que compartido no es 100, creo…”.

En la misma línea de pensamiento, el señor Gabriel Martínez —en relación con la manifestación, contenida en la cláusula 15, en el sentido de que Telecom no garantizaría la demanda—, explicó que tal estipulación producía efectos durante la ejecución del negocio, es decir, “durante el período de facturación”, pero no en el momento de la liquidación del convenio, de manera que el valor de rescate debería calcularse tal como lo dispone el numeral 5.4 del anexo financiero. Esto dijo:

Sr. Martínez: sí claro, la cláusula es una cláusula que se llama riesgo compartido, que se refiere principalmente al segundo tramo, al segundo período del contrato, o sea la operación, en donde ninguna de las partes garantiza a la otra que durante el período de facturación se vayan a dar los resultados o los productos previstos durante cada período de facturación.

La cláusula 5.4 del anexo financiero se refiere a la tercera parte del negocio, o sea la liquidación y la entrega de la propiedad, la transferencia de la propiedad, en donde el contrato dice que hay que transferir la propiedad por el valor que se especifica en el anexo financiero, entonces esa especificación aparece ahí en la cláusula 5.4 y es la forma de calcular el valor por el que se transfiere la propiedad, ya después de haber terminado el período de operación del convenio.

La cláusula 5.3 es simplemente una previsión que se hace un año antes a fin de las partes saber más o menos qué es lo que va a pasar en el momento de la liquidación, sea para hacer sus apropiaciones presupuestales o para buscar otros mecanismos, de pronto empezar a pensar en una duración adicional o algo de ese estilo. Eso es lo que yo entiendo de esas tres cláusulas”.

Telecom no admite los anteriores planteamientos, dado que afirma que la “no garantía de demanda” es una

estipulación absoluta y permanente, pues no habría de tener ninguna excepción material, ni limitación temporal.

B. Para efectos de definir la noción de demanda que en este evento debe observarse, y para distinguir la "Demanda Estimada", o "Potencial", de la "Demanda real", el perito financiero Gustavo Moreno, al igual que algunos testigos, se refirieron a esos conceptos, en cuyas manifestaciones se hacen precisiones, como las que a continuación se transcriben:

En efecto, la experticia financiera, al dar respuesta a una pregunta de Telecom, explicó la noción de demanda estimada y de demanda real, conceptos estos a los que la cláusula décima quinta se refiere, en los términos que a continuación se transcriben:

"De acuerdo con su experiencia, y en el contexto de la terminología empleada por las personas de negocios, ¿cuál es la diferencia, desde el punto de vista comercial y financiero, entre los conceptos de "demanda estimada" y "demanda real", a los que se refieren las expresiones que se utilizan en las líneas 7 y 8 de la cláusula 15 del convenio C-060-95?"

"En economía, el concepto de demanda por un bien o servicio se refiere a una función de un conjunto de variables: el ingreso de quienes enfrentan la decisión de entregar dinero por ese bien o servicio, de su precio, del precio de los bienes o servicios que normalmente se consumen como complemento del bien o servicio a cuya de demanda se hace referencia y del precio de sus sustitutos, y, en última instancia, de los valores y preferencias de quienes enfrentan la decisión de entregar dinero por ese bien o servicio.

La cantidad demandada en una circunstancia determinada depende, pues, de la conjunción de las variables mencionadas bajo esa circunstancia específica. Por ser la demanda un concepto referido a una relación funcional, a cada conjunción de valores posibles de sus variables independientes corresponde una y solo una cantidad demandada.

En el ámbito de quienes se dedican a la movilización de recursos financieros, así como en el ámbito de los negocios de infraestructura, el concepto de demanda estimada se refiere a la cantidad demandada estimada en el escenario más probable o conjunción más probable de circunstancias. Normalmente se refiere a una serie de tiempo hacia el futuro, o a un dato futuro. En los mismos ámbitos, el concepto de demanda real se refiere a la cantidad demandada efectivamente en determinado momento en el pasado o en el presente, o a un valor puntual. La evaluación de la desviación de la demanda se haría, entonces, mediante la comparación de la demanda estimada bajo ciertas premisas y la cantidad demandada real.

Así las cosas, los conceptos de "demanda estimada" y "demanda real" se deben entender para efectos de los negocios sobre los que versa este dictamen en el sentido de las interpretaciones comúnmente aceptadas en el ámbito de los negocios comerciales".

Posteriormente, en el escrito de aclaraciones y complementaciones, el perito financiero explicó la noción de demanda potencial, así:

"Sírvase informar al tribunal a qué se refiere la expresión "demanda potencial" que aparecen en la página 19 del estudio de demanda realizado por el Centro Nacional de Consultoría a petición de Telecom.

Esta expresión se refiere a la cantidad de líneas que se venderían si no hubiera limitaciones de carácter económico. En particular, se alude al costo de conexión y al horizonte para su amortización. Curiosamente, no se hace alusión expresa a la tasa de interés asociada a la financiación. Se infiere que, hecha la instalación, el cargo básico podría ser pagado por todos los demandantes potenciales y que el costo variable del servicio se racionalizaría mediante la adecuación del consumo a las posibilidades del usuario".

Son también particularmente ilustrativas las anotaciones hechas por el doctor Francisco José Pereira, fundador y representante legal del Centro Nacional de Consultoría, a quien Telecom le encargó el estudio de demanda inicial para el desarrollo del proyecto capital, el cual le fue entregado el 20 de octubre de 1995. Así se expresó el doctor Pereira:

“El estudio dio como una demanda potencial en la parte quinta del informe que creo que es parte del expediente, es decir resultados globales hay que concluir que para viviendas con teléfono la demanda potencial para líneas adicionales sumaba 522.909, dividido entre 166.253 para el año 96 y 110.528 para el 97 y 46.128 para el año 98”.

“Se hace la salvedad en el informe de que esta demanda potencial se podrá convertir en demanda real dependiendo de factores económicos de la oferta de Telecom como costos de conexión y plazos para el pago del mismo, se puede estimar que al menos un 50% de tal demanda potencial se convertirá en demanda real, siendo este porcentaje mayor en la zonas que tengan mayor representación de viviendas de estrato alto y medio y menor del 50% en las zonas en donde exista un fuerte predominio de estrato bajo”.

Este mismo testigo aclaró que la demanda real a la que alude el estudio era también una demanda meramente estimada o proyectada. Veamos:

(…).

“Dr. Suescun: quisiera rogarle una precisión, me pareció entenderle en una primera explicación, que el estudio arrojaba simplemente datos sobre demanda potencial que para poder llegar a establecer la demanda real sería menester ya digamos conocer también y señalarle a los encuestados unas determinadas condiciones económicas específicas ofrecidas por Telecom, eso es correcto?

Sr. Pereira: correcto”.

(…).

“Dr. Suescun: pero no quiere decir que sea efectivamente una demanda real, sino que podría llegar a convertirse en demanda real dados unos supuestos económicos determinados?

Sr. Pereira: sí”.

Dr. Suescun: o sea, el 50% sigue siendo una proyección de lo que podría llegar a ser demanda real?

Sr. Pereira: sí”.

(…).

“Dra. Monroy: le rogaría el favor entonces ahora que nos precise el significado de la expresión demanda potencial y de la expresión demanda real que se utilizan en ese estudio.

Sr. Pereira: si la demanda potencial incluye todas las personas que en algún momento podrían comprar un servicio, o sea que tienen una capacidad, un deseo de comprar un servicio, el cual se puede volver un hecho en un futuro dependiendo de… la demanda potencial es cuántas personas podrían en algún momento acceder el servicio, la demanda real es aquellas personas que realmente sí se convierten en un adquirente del servicio.

Dra. Monroy: sería correcto afirmar dentro de esa explicación que usted nos hace, cuándo se convierte en real la demanda potencial?

Sr. Pereira: la demanda potencial se convierte en real cuando ya se adquieren las líneas, en este caso de líneas telefónicas, serían las líneas que se convierten en líneas compradas por usuarios.

Dra. Monroy: en la cita que usted leyó también se utiliza la expresión se puede estimar, dice se puede estimar que al menos un 50% de demanda potencial se convertirá en demanda real.

Con base en esa expresión, se puede estimar, se podría decir que en el estudio que tiene en frente se planteó la posible demanda real como una estimación y no como una certeza?

Sr. Pereira: no, todo estudio en el mercado es una estimación, no hay estudios de mercado que hagan la… es estimación primero porque esta basado en una muestra y las muestras son metodologías científicas que sirven para estimar demanda potencial de votos, para estimar, nunca un estudio de mercado habla de demanda cierta, entonces

el estudio sirvió primero para estimar la demanda potencial que fue la cantidad de gente que podía comprar una línea y segundo para estimar en cuántas de esas se podían convertir en demanda real, pero los estudios de mercado nunca son proyecciones exactas de una demanda sino de una estimación de una demanda".

En este mismo sentido se pronunció el perito financiero, dado que en su entender "… en el momento de aprobación del estudio de demanda es imposible establecer con certeza absoluta la demanda real que se presentará en el futuro por determinado servicio".

En concordancia con los conceptos de demanda estimada y demanda real expuestos por el perito financiero y por el representante legal del Centro Nacional de Consultoría, se encuentran las precisiones hechas por el doctor Gustavo Ramírez, vicepresidente de Banca de Inversión de Corfivalle, quien señaló en su testimonio:

"… Con eso digamos se definía el número de líneas que iban a coger los ingresos y el flujo, esa es la demanda estimada, la demanda que se esperaba que iba a haber sobre las líneas del convenio.

Pero después, había que ver la realidad, es decir efectivamente de eso que se estimaba cuánto efectivamente se demandó en cada uno de los períodos del convenio, de ahí surge la importancia de definir qué es demanda estimada y qué es demanda real, como yo lo veo con este análisis demanda estimada es la que se usó o la que definió el modelo inicial, el modelo proyectado y demanda real fue la que efectivamente se dio durante la vida del convenio, es decir el número de usuarios que produjeron los ingresos que yo pongo en el modelo real.

De tal manera que la demanda estimada me daba los ingresos proyectados y la demanda real me daba los ingresos reales, mes a mes durante todo el convenio".

Se deduce de lo anterior, que existe una clara diferencia entre las nociones de "demanda estimada" y "demanda real", diferencia que estriba en la mayor o menor certidumbre de las distintas variables que intervienen en su determinación.

Es así como la demanda real ofrece certidumbre y precisión, no así la demanda estimada, dado que esta se refiere a una cantidad proyectada "en el escenario más probable o conjunción más probable de circunstancias", mientras que la demanda real "se refiere a la cantidad demandada efectivamente en determinado momento en el pasado o en el presente, a un valor puntual".

Así las cosas, entiende el tribunal, para los propósitos del presente litigio, que para que pueda hablarse de demanda real, el demandante del servicio debía haber tomado la decisión de adquirirlo conociendo específicamente las variables más relevantes, esto es, "los factores económicos de la oferta de Telecom como costos de conexión y plazos para el pago del mismo", así como la fecha o período aproximado en que dispondría de dicho servicio, pues es claro que si este se demoraba, el usuario podría optar por adquirirlo de otra compañía operadora, desapareciendo así la demanda correspondiente, que no podría entonces considerarse como "real".

En otras palabras, la distinción entre las dos nociones de demanda bajo análisis, gravita en torno a la certeza de las variables que intervienen en su determinación, pues al paso que la "estimada" se apoya en valores supuestos o subjetivos de dichas variables, la "real" requiere de concreción en esos valores, pues solo en la medida en que se definan y sean conocidos los distintos factores económicos y temporales de la oferta, se sabrá qué proporción de la demanda potencial se convertirá en demanda real.

Así, pues, para el recto entendimiento de los términos empleados en el convenio, es del caso darle aplicación al artículo 29 del Código Civil el cual establece: "las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que le den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso".

El tribunal considera que si bien esta regla de hermenéutica ha de emplearse para esclarecer las expresiones usadas por el legislador, es en principio también aplicable a las declaraciones de voluntad efectuadas por los contratantes con el propósito de producir efectos jurídicos.

Ahora bien, del dictamen financiero tantas veces aludido se deduce que existe una noción científica de demanda y

de demanda real, y otra noción “práctica” aplicada por los comerciantes y hombres de negocios. El perito, consciente de la diferencia entre la noción académica y la utilizada en el mundo mercantil, sugiere que, para los efectos que aquí interesan, se acoja esta última, señalando que las expresiones empleadas en el convenio —“demanda estimada” y “demanda real”— deben ser entendidas “en el sentido de las interpretaciones comúnmente aceptadas en el ámbito de los negocios comerciales”.

Considera el tribunal —de acuerdo con manifestaciones hechas por las partes en la etapa precontractual y el alcance de las estipulaciones vertidas en el convenio— que las expresiones a que nos referimos, contenidas en la cláusula décima quinta, tienen el sentido que les asignan los hombres de negocios, no los especialistas en teoría económica.

Dentro de este contexto, y de acuerdo con las precisiones formuladas por el perito financiero y por los testigos técnicos a que antes se ha hecho alusión, el tribunal entiende que la “demanda real” equivale a las ventas realizadas, o tiende a identificarse con ellas, de manera que la noción de “demanda real” no se refiere al futuro, sino que es un dato del pasado.

No de otra manera se pueden interpretar las siguientes manifestaciones del perito y de los testigos señalados:

“La demanda real es la **cantidad demandada efectivamente en un determinado momento en el pasado o en el presente a un valor puntual**”.

“La demanda real son aquellas **personas que realmente si se convierten en adquirentes del servicio**”.

“La demanda potencial se convierte en real **cuando ya se adquieren las líneas… serían las líneas que se convierten en líneas compradas por los usuarios**”.

“La demanda real es la que efectivamente se dio durante la vida del convenio, es decir, el número de usuarios que produjeron los ingresos”.

“La demanda real me daba los ingresos reales…” (Los resaltados no son del texto original).

Todas las expresiones utilizadas en las anteriores citas: —“cantidad demandada efectivamente en un determinado momento… a un valor puntual”; “personas que realmente se convierten en adquirentes del servicio”; “cuando ya se adquieren las líneas”; “líneas compradas por los usuarios”; “numero de usuarios que produjeron los ingresos”; “la demanda que me daba los ingresos reales”— denotan no solo un estado mental de un potencial usuario, en el sentido de querer adquirir una línea, toda vez que van más allá del mero deseo para dejar en claro que el interesado tomó la decisión correspondiente y la exteriorizó a quien le formuló la oferta, perfeccionando incluso la adquisición de la línea y haciendo pagos en favor del enajenante. Todo ello en criterio del tribunal significa que la “demanda real” por líneas telefónicas equivale a la venta de las mismas.

A la luz de estos criterios, adquiere perfiles más claros la estipulación de la cláusula décima quinta, a cuyo tenor “la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio”, significando ese texto que la demanda real no era aquella que resultara del estudio de mercado previsto en el parágrafo de la mencionada cláusula, toda vez que la instalación debería hacerse en concordancia con lo que fueran mostrando las ventas, pues eran las líneas vendidas las que producían efectos económicos a favor del Consorcio y no las meramente instaladas.

C. El Consorcio ha argüido que esta interpretación no consulta la realidad técnica, ni la comercial, pues no se puede diseñar, construir e instalar por partes la infraestructura y, además, porque para un mercadeo efectivo no es posible primero vender y luego instalar.

Al respecto el tribunal considera que de la mencionada estipulación se deduce claramente la intención de que el tamaño de la infraestructura no podía considerarse desde un principio como definitivo y absoluto, pues la pauta consignada en la cláusula que se analiza, esto es, que la instalación se haría “de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio”, muestra que se avanzaría al ritmo marcado por la reacción específica mostrada por los potenciales suscriptores ante la oferta puntual del servicio que les hiciera Telecom.

Luego el avance de la instalación de la infraestructura debía hacerse por etapas o en la secuencia que fuera indicando la respuesta de los suscriptores. el Consorcio, como profesional experto en Telecomunicaciones, aceptó ese ritmo en las instalaciones, de lo cual se infiere que podía manejar y superar los inconvenientes técnicos que ello pudiere generar.

Cabe señalar que el eventual cambio de tamaño de la infraestructura es sin duda una perspectiva técnica y comercialmente viable como se desprende, en primer lugar, de lo establecido en el cronograma de instalaciones, en el cual se previeron dos fases distintas de instalación, la inicial, para 60.000 líneas, para ser colocadas en el primer año de ejecución y la subsecuente, de 50.000 líneas, que serían instaladas en el segundo año. Por su parte, el cronograma de ventas anticipaba que las líneas instaladas de cada grupo serían vendidas dentro del año siguiente de instalación. En segundo lugar, la parte final del parágrafo de la cláusula décima quinta, dispone: "durante la ejecución del convenio podrá ampliarse de común acuerdo entre las partes el número de líneas, de conformidad con la demanda y las normas vigentes".

En lo relacionado con la comercialización, esto es, con el argumento según el cual no se podría primero vender y luego instalar, el tribunal estima que lo preceptuado por la cláusula décima quinta ha de interpretarse dentro de la lógica de lo razonable, de manera que no ha de entenderse en sentido literal, esto es, que primero era necesario instalar las líneas para luego iniciar el proceso de promoción y venta. A este respecto el tribunal acoge las explicaciones de testigos con una especial idoneidad y experiencia en el campo de las telecomunicaciones, en especial el doctor Carlos Enrique Moreno, miembro de la junta directiva de EPM, de cuyas puntualizaciones se infiere que, con arreglo a lo pactado en la cláusula décima quinta, se debía hacer el diseño correspondiente de manera flexible para ir desarrollándolo paulatinamente, de acuerdo con la evolución de la demanda. Por ende, era aconsejable, para minimizar los riesgos de demanda, instalar una cierta cantidad de líneas, para proceder a su venta y, según la reacción del mercado a esta oferta de servicio, se iría incrementando la infraestructura instalada.

Es así como al citado doctor Moreno se le preguntó cómo se podía combinar la seguridad, para no sobreinvertirse en la instalación de líneas, con una cierta agresividad comercial, dirigida a vender líneas antes que la competencia lo hiciera. Al respecto contestó el testigo:

"Sr. Moreno: le hago un estudio de mercado muy bien hecho de demanda estimada a la zona, ojo no un estudio de simplemente cuántas líneas hay en la zona por cada 100 habitantes y nada de eso, hay que mirar cuánta estructura de los estratos, cómo esta la penetración en cada uno de ellos, geográficamente dónde está realmente la zona que no está bien atendida, eso le da la demanda estimada, basado en eso usted lógicamente hace el contrato, compra las líneas y empieza la instalación, pero viene un proceso dinámico en el cual usted va monitoreando la demanda que eran estos recorridos que se hacían a pie casa a casa preguntando si había la demanda o no y eso le iba dando a usted hombre la próxima instalación hagámosla por este lado, sigamos por acá, frenemos acá o metámonos por este otro lado, es un tema que va muy de la mano, usted tiene que ir llevándolo, es la única forma de administrar un contrato de esos, la única forma que conozco, porque lo otro es simplemente donde usted diga a mi me ordenaron comprarlas, instalarlas allá, simplemente lo hice era porque el contrato no era un contrato de riesgo compartido sino de suministro.

Y en otros apartes precisó el testigo:

"(…)

Dra. Monroy: "…quisiera que precisara si es posible con qué frecuencia o con qué periodicidad se hacía ese refinamiento o ese monitoreo permanente de la demanda real, del comportamiento de la demanda real cuando estuvo en EPM, si lo recuerda.

Sr. Moreno: por eso decía que había como dos escenarios ahí, el uno era a nivel de instalación de las líneas y había que hacerlo casi en el mismo mes, porque lo que se hacían eran recorridos como lo explicaba y de acuerdo al recorrido se definía entonces dónde se iban a instalar las líneas telefónicas.

Dra. Monroy: pero la pregunta se la formulo en relación con digamos la relación que se presenta entre el curso o el cronograma que siguen las instalaciones y el comportamiento de la demanda real, la pregunta es básicamente en

ese sentido, cómo entendería usted que se afirme que la instalación debe ajustarse, planearse o verificarse de acuerdo con la demanda real que se vaya presentando en el curso de un proyecto, eso qué significa, qué tendría que hacer la persona que está instalando o la entidad?

Sr. Moreno: tiene que estar permanentemente actuando con la gerencia comercial e ir ajustando el plan de instalaciones, el cronograma de instalaciones permanentemente para cumplir primero con el plan de negocios en es etapa y segundo para ir instalándolas de acuerdo a como se vaya dando la demanda y que vaya haciendo la competencia, es que la competencia tampoco esta quieta, la competencia se esta moviendo.

(…).

"Dra. Monroy: de las respuestas que le dio usted a una de las preguntas del doctor Cárdenas, sírvase precisar si de acuerdo con su respuesta uno puede sostener que eso sirve hasta cierto punto como usted lo explicó reorientada o definir dónde se a tender la ductería de las redes con base en las observaciones que se vienen haciendo del comportamiento de la demanda real?

Sr. Moreno: no solo es posible, sino casi es una obligación. Le quiero mencionar si usted ya tiene prácticamente todas las redes instaladas hay una rigidez, ya no puede hacer nada, pero el principio del contrato lógicamente que es posible, es casi una obligación hacerlo.

Ahora en la medida en que usted las va instalando, únicamente se le va volviendo más rígido el sistema, pero usted va copando esos mercados, si usted lo hace diligentemente no debe haber ningún problema".

(…).

Dra. Monroy: dentro del business plan al que se esta refiriendo cómo analizaría para efectos de establecer en qué consiste ese riesgo de demanda en un business plan como el que ha descrito?

Sr. Moreno: el riesgo de demanda es el albur de que lo que inicialmente se estimó se materialice o no, riesgo que entiendo que en estos contratos como eran efectivamente su nombre de riesgo compartido lo asumían las partes y que exigía que cada una de las partes tuviera como su debida diligencia en todo el manejo de la instalación, de la parte comercial y absolutamente todo, porque de lo contrario era simplemente un contrato de suministro.

Dra. Monroy: en ese orden de ideas nos expresó en sus respuestas anteriores que la demanda tiene un comportamiento dinámico en el sector de las Telecomunicaciones. Desde su punto de vista qué sucede o qué puede llegar a suceder con la demanda que uno ha visualizado, con la demanda potencial cuando llegado el momento se presentan atrasos en la instalación de una determinada infraestructura teniendo por supuesto en cuenta que se trata de un mercado en ambiente de competencia qué puede suceder a esa demanda que se ha visualizado?

Sr. Moreno: gravísimo porque finalmente usted puede llegar en un momento determinado y ya no encontrar que haya demanda porque el otro la instaló (…) porque es que el que llegue primero en un momento determinado a atender una demanda y lo atienda con un estándar superior se queda con la gran parte del mercado, de manera que si usted tiene una demora en un tema d estos y especialmente en un tema tan dinámico como es telecomunicaciones, lo que pasa es que el cuento la cambia completamente".

De otra parte, el señor Ciro Beltrán también se refirió al acoplamiento que debía hacerse entre la evolución de la demanda real y la instalación de las líneas, reconociendo su viabilidad técnica y comercial, en los siguientes términos:

"Dr. Suárez: ¿qué significa en esa misma cláusula que la instalación de la línea será de acuerdo con la demanda real que se presente durante el convenio, qué significa eso?

Sr. Beltrán: puedo comentar que lo que se buscaba con esa frase era precisamente tener un control sobre la inversión y sobre el proceso de instalación de las líneas de tal manera que en una forma planeada y controlada se ejecutara esa inversión y se hiciera la instalación de las líneas, es decir no podía ponerse infraestructura, construirse infraestructura sin que existiera una demanda real.

Dr. Suárez: o sea que para poder construir e instalar la infraestructura se requería de demanda real, es lo que esta diciendo?

Sr. Beltrán: como lo entiendo es que era necesario estar a través de los mecanismos del mismo contrato de los subcomités, del mismo comité de coordinación, estar haciendo ese permanente seguimiento al comportamiento de la demanda y a su vez el seguimiento mismo sobre el programa de ejecución referido a ejecución de la inversión y de la misma instalación de las líneas para que no se llegara en un momento dado a tener un lucro cesante, es decir una capacidad instalada que en un momento dado no pudiera ponerse al servicio".

El tribunal debe reiterar que, a su juicio, la estipulación contenida en la cláusula décima quinta, según la cual "(...) la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio", establece una regla en la que se encuentra implícita la necesidad de que se elaborara un diseño flexible y un plan de instalaciones que se adaptara a las circunstancias específicas del mercado a lo largo de la ejecución contractual. Esa idea implícita marca un ritmo y una secuencia que impide considerar que el tamaño de la infraestructura que había de ser instalada fuera determinada desde un principio en forma definitiva y absoluta. Es bien posible que ese procedimiento no fuera el más apropiado para el asociado y que de él surgieran inconvenientes comerciales y problemas técnicos. Pero el Consorcio, en tanto que profesional experto en Telecomunicaciones, valga insistir, aceptó esa estipulación, de manera que hubo de considerar en su momento que estaba en capacidad de manejar y superar esos inconvenientes y problemas.

D. Ahora bien, la citada cláusula décima quinta, como ya fue señalado, expresamente dispone que "Telecom no garantiza la demanda del servicio" y señala cuál es la razón para no otorgar esa cobertura: porque dicha demanda "es estimada".

Como puede observarse, el texto de esta previsión contractual no ofrece duda en cuanto a su alcance, toda vez que no menciona excepción alguna que recorte su contenido material, ni establece ninguna limitación temporal.

Sin embargo, el Consorcio interpreta dicha estipulación de manera distinta, por cuanto considera que la demanda que no garantizaba Telecom era aquella estimada en el estudio encomendado para tal efecto por la convocada al Centro Nacional de Consultoría, el cual fue entregado el 20 de octubre de 1995 y denominado "Estudio para estimar la demanda potencial por líneas telefónicas en Santafé de Bogotá". En cambio, las convocantes afirman que el estudio que ellas debían llevar a cabo, según lo dispuesto por el parágrafo de la cláusula décima quinta, en el curso de los cuatro meses siguientes a la firma del convenio, habría de mostrar resultados ciertos, vale decir, una demanda real que en adelante garantizaría Telecom a través de la garantía del 90% del flujo de caja proyectado del modelo económico.

En otras palabras, en opinión de las convocantes, la "no garantía de la demanda", sería una cláusula con una vida breve, por cuanto su efectividad iría desde la firma del contrato, hasta la entrega del estudio de demanda que debía elaborar el asociado, lo que, según lo previsto en el aludido parágrafo, habría de ocurrir en cuatro meses, momento en el cual se decidiría si se ajustaba o no el número de líneas con base en los resultados que arrojase dicho estudio, modificando en consecuencia el plan de negocios y el modelo económico (decisión que en este caso tomó 19 meses a partir de la entrega del estudio, por prórrogas sucesivas que acordaron las partes).

Se ha tratado de fundamentar la anterior argumentación en el hecho de que Telecom, en la minuta del contrato con que acompañó la invitación a ofertar que cursó a los proponentes, indicó que no garantizaba la demanda, refiriéndose a la que mostraba el primer estudio de demanda, referencia que, posteriormente, suprimió mediante la Circular 2.

Para el tribunal, el antecedente indicado, lejos de recortar el alcance de la "no garantía de demanda", refuerza su permanencia a lo largo de la ejecución del contrato y realza su carácter absoluto, al no contemplar ninguna excepción.

En efecto, en la minuta original del contrato que Telecom proyectaba celebrar con los asociados, se decía lo siguiente:

"Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, de conformidad con el estudio de demanda

elaborado antes de la firma del convenio".

Como se dijo, esta referencia al señalado estudio se suprimió del proyecto de cláusula y se hizo de manera pública y ostensible, mediante la Circular 2, lo que ocurrió antes de que los participantes en el concurso presentaran sus ofertas, de manera que estos quedaron advertidos, con el nuevo texto de la cláusula, que la "no garantía de la demanda" tenía un alcance general, esto es, no referido exclusivamente a la demanda estimada en un estudio previo, así como vocación de permanencia a lo largo de la ejecución contractual, de suerte que tal estipulación no habría de quedar sin efecto por el hecho de que se elaborara el otro estudio de demanda previsto en el parágrafo de la cláusula décima quinta, y de que con él se ajustaran o no el plan de negocios y el modelo económico.

Así las cosas, ni el texto literal de la cláusula décima quinta, ni la prueba que obra en el proceso, respaldan la interpretación según la cual la demanda no garantizada era aquella que mostraba el primer estudio realizado por el Centro Nacional de Consultoría. Ni puede decirse que esa fuera la voluntad real de Telecom, pues esta empresa siempre insistió en que el contrato en cuestión era de riesgo compartido y que ella no garantizaría el riesgo de demanda.

Es más, en la citada Circular 2, Telecom expresa y puntualmente rechazó la propuesta de uno de los miembros del Consorcio, que buscaba un resultado equivalente al que se propugna con la interpretación indicada.

Al respecto, cabe recordar que en la Circular 2 (asunto 7) se dio respuesta al planteamiento de NEC, quien propuso: "la instalación se hará de acuerdo con los resultados del estudio de demanda a realizar por el contratista después de la firma del contrato, ajustándose el modelo económico conforme a lo establecido en la cláusula segunda del presente convenio". Esta sugerencia no fue acogida por Telecom, señalando que "la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio, como se establece en la cláusula décima quinta de la minuta".

Con esto quedaba en claro para las partes que la demanda real no era aquella que mostraran los resultados del estudio de demanda que debía elaborar el asociado, lo que contradice abiertamente la interpretación que defiende el Consorcio.

E. Pero, además, no podía tenerse como demanda real la que arrojara ese segundo estudio, ya que esta era, igualmente, estimada o potencial, pues se trataba de la verificación de los resultados del primero, y, sin que en el segundo se hubiera determinado la respuesta del mercado con base en variables específicamente definidas, valoradas y conocidas por los eventuales usuarios, siendo entendido que es esta la forma de poder establecer —como lo precisaron el perito financiero y los testigos expertos que declararon— la demanda real, lo que significa que, entre otros, debían haberse precisado la tarifa de conexión, la forma de pago, la fecha de iniciación del servicio, etc., para así evaluar la respuesta de los encuestados frente a estas variables puntualmente definidas.

No debe olvidarse que sin la previa y específica valoración de las aludidas variables determinantes, no es posible evaluar la demanda real. Este criterio lo corroboró el perito financiero al precisar que la demanda real es "la cantidad demandada efectivamente en un determinado momento (…) a un valor puntual".

Lo propio se deduce de las explicaciones del doctor Francisco José Pereira del Centro Nacional de Consultoría, para quien la demanda real se identifica con "las personas que realmente se convierten en adquirentes del servicio", de manera que dicha demanda se presenta "cuando ya se adquieren las líneas", toda vez que se trata de "líneas compradas por los usuarios". Es obvio que para que una persona decida adquirir una línea y proceda a comprarla, se requiere que haya conocido específicamente todas las variables relevantes, en particular el monto del cargo de conexión, su forma y facilidades de pago, la fecha a partir de la cual contará con el servicio, etc.

A juicio del tribunal, estas variables no fueron dadas a conocer a los potenciales usuarios cuando se les indagó acerca de su interés en contar con servicio telefónico o en incrementar el ya existente.

En efecto, cabe puntualizar que en el aludido estudio, fechado el 22 de marzo de 1996, se señala que su propósito, entre otros, es el de "plasmar en forma escrita (…) la demanda real en sí misma de la zona "E" (…)", así como determinar su ubicación para "facilitar un diseño económico y certero".

Dentro de los mecanismos empleados para la determinación de la demanda telefónica, en la parte introductoria del estudio se señala que se efectuará “una encuesta de al menos tres preguntas”. Sin embargo, no se indica el texto de tales preguntas; se dice, sí, que el cuestionario estándar preparado estaba dirigido a identificar dentro de la zona E “la necesidad del servicio telefónico y la capacidad de pago del mismo”, y que la encuesta fue aplicada puerta a puerta. Con todo, no aparece que, a través de tales preguntas, se le hubiera suministrado a los encuestados la información relativa a las variables específicas y esenciales para precisar la efectiva voluntad de los potenciales suscriptores de adquirir una línea telefónica, información que principalmente corresponde a los montos del costo de conexión, el cargo de instalación, las facilidades para su pago y la fecha a partir de la cual el usuario dispondría del servicio.

En todo caso, en los cuadros del estudio se habla de “demanda proyectada”, que no corresponde a la noción aquí expuesta de demanda real.

Adicionalmente, el estudio en cuestión vino a servir de base para definir el número total de líneas a instalar 15 meses después de elaborado, lo que significa que para cuando se tomó dicha decisión y se comenzó la instalación, los resultados de ese estudio ya no mostraban la misma demanda, en razón de la acción dinámica de las empresas competidoras, en especial la Empresa de Teléfonos de Bogotá (ETB), a la cual se refiere el mismo estudio.

Por lo demás, no cabe duda que tanto el primer estudio, como el segundo, mostraban una demanda potencial o estimada, no solo porque para cuando se realizaron no se habían definido puntualmente las variables que intervienen en la decisión de compra de los eventuales usuarios, sino porque, como lo explicó el doctor Pereira “todo estudio de mercado es una estimación”, pues utiliza metodologías “que sirven para estimar la demanda potencial (…) y para estimar en cuantas de esas se podrán convertir en demanda real (…)”. De ahí que concluyera “que los estudios de mercado nunca son proyecciones exactas de una demanda sino de una estimación de demanda”.

Así las cosas, mostrando el estudio previsto en el parágrafo de la cláusula décima quinta una mera demanda potencial o estimada, dicha demanda no era objeto de garantía por parte de Telecom, como expresamente lo dispone la mencionada cláusula.

De nuevo, aquí cobran significativa relevancia a este respecto, las manifestaciones a que ya antes se hizo alusión en estas consideraciones, hechas por los contratantes en los cuatro contratos adicionales que suscribieron para efecto de posponer la decisión en cuanto al tamaño de la infraestructura que habría de instalarse, como se verá a continuación.

Después de elaborado el estudio de demanda previsto en el parágrafo de la cláusula décima quinta, los contratantes aplazaron la adopción de la decisión sobre el número de líneas que en principio habrían de instalarse, mediante cuatro contratos adicionales.

El contrato adicional 1, se suscribió el 26 de abril de 1996. Las partes en el considerando C de dicho contrato señalaron que “en el comité de coordinación de la zona E… evaluaron el tema relacionado con el estudio de la demanda, la definición del número de líneas que se instalarán en el proyecto y el consiguiente impacto de esta decisión con respecto al plan de negocios y el modelo económico”; y en el considerando D agregaron: “que como resultado de esta evaluación las partes consideraron que no existe aún la información suficiente complementaria al estudio realizado que permita concluir cuál es el número de líneas que debe instalarse en la respectiva zona”. En este orden de ideas, en el literal f se precisó: “Que por lo anterior se considera conveniente contar con toda la información necesaria que permita calcular de manera acertada el número de líneas que deben instalarse”. Con base en estas premisas, los contratantes ampliaron en dos meses el plazo estipulado para definir el número de líneas que serían instaladas.

En el contrato adicional 2 del 27 de junio de 1996, las partes, en el considerando d manifestaron “que al hacer una nueva evaluación en el comité coordinador de la zona E... consideraron que aún no están dadas las condiciones para definir en forma acertada el número total de líneas a instalar en la respectiva zona”, dando para ello las siguientes razones: “se trata de un proyecto que se realizará en un ambiente de competencia con el operador existente. No se tienen resultados de la labor de comercialización y mercadeo. No se han concluido los trámites de

permisos para ejecución de las obras y no se tienen fechas confirmadas sobre la disponibilidad de la interconexión con la empresa operadora local. Todos los anteriores factores tendrán una incidencia directa en la demanda real del servicio, introduciendo un grado de incertidumbre sobre el número de líneas que se podrán vender y que se deben instalar. Se considera además que a medida que avance el proyecto, estos factores pueden aclararse y permitir una mejor decisión sobre el tema tratado". Con estos fundamentos se acordó una nueva prorroga de dos meses.

En el contrato adicional 3, suscrito el 27 de agosto de 1996, se indica que mediante comunicación del 31 de julio del mismo año, "el Consorcio solicitó prorrogar el plazo hasta el 28 de febrero de 1997", propuesta que acogió el comité coordinador de la zona E, manifestado que "las partes… están de acuerdo en que las consideraciones que dieron lugar a la suscripción del contrato adicional 2 continúan vigentes…", las que a continuación se repiten textualmente en los considerando del contrato adicional 3.

Finalmente, en el contrato adicional 4, perfeccionado el 27 de febrero de 1997, se puntualiza que en esta fecha se reunió el comité coordinador de la zona E, en el cual "el Consorcio presentó un documento denominado convenio 060 Reunión de Revisión B/P febrero 27 de 1997, en el que justifica las razones de la modificación del plazo estipulado en el parágrafo de la cláusula décima quinta del convenio principal. El Consorcio expone que dada la situación del inicio de operaciones que se ha visto postergada hasta el mes de febrero, se requiere de la experiencia real en las ventas o colocación de líneas para tomar una decisión definitiva sobre el número de líneas a instalar para la totalidad del proyecto. La primera etapa está definida y las 60.000 líneas estarán instaladas de acuerdo al cronograma establecido durante 1997. Para la segunda etapa el Consorcio plantea la necesidad de contar con una mayor experiencia en ventas, en la evaluación de los resultados de los diferentes sistemas de financiación al público, estudiar el impacto sobre el plan de negocios que trae la estratificación que es diferente a la presentada en los términos de referencia y el plan de negocios".

Con respaldo en estas explicaciones, se acordó ampliar el plazo previsto en el parágrafo de la cláusula décima quinta, hasta el 31 de julio de 1997.

Se infiere de las manifestaciones antes transcritas, el escepticismo y la incertidumbre que les suscitaban los resultados del segundo estudio, en particular por la reacción de la competencia de la ETB que podría capturar una parte del mercado. De ahí que el Consorcio solicitara, y se le concediera, un tiempo adicional para recaudar mayores elementos de juicio que le despejaran sus dudas.

Ante este estado de cosas, no podría razonablemente argüirse que de ese segundo estudio resultaba una "demanda real", que sirviera para determinar, en forma definitiva, el tamaño del proyecto, y que dicha demanda fuera en adelante garantizada por Telecom, a través de la garantía del 90% de los ingresos (flujo de caja proyectado del modelo económico).

Las mismas manifestaciones de los contratantes, con las que justificaron la suscripción de los cuatro contratos adicionales, dejan en claro que los datos que arrojaba el segundo estudio correspondían a una demanda potencial o estimada. Por ello señalaron que los factores que les impedían definir con certeza el tamaño del proyecto (carencia de información suficiente y necesaria; actividad desplegada por la competencia; desconocimiento de los resultados de la labor de comercialización; época de la disponibilidad de la interconexión, etc.) "tendrían una incidencia directa en la demanda real del servicio, introduciendo un grado de incertidumbre sobre el número de líneas que se podrán vender y que se deben instalar".

Se ve nítidamente, a juicio del tribunal, que para las partes el segundo estudio de demanda mostraba tan solo una demanda potencial y que faltaba aún mucha información cierta y precisa que permitiera determinar la demanda real, a la cual se llegaría posteriormente, pues "a medida que avance el proyecto estos factores pueden aclararse y permitir una mejor decisión", advirtiendo que para ello "se requiere de la experiencia real en las ventas o colocación de líneas", así como en la "evaluación de los resultados de los diferentes sistemas de financiación al público".

En síntesis, se deduce de los anteriores planteamientos que la definición de la demanda real se ubica en un estadio de mayor exactitud y certeza de las que no disponían los contratantes, pues el segundo estudio de demanda no les brindaba informaciones que tuvieran esas características.

Ha de reiterarse, entonces, que ese segundo estudio mostraba una demanda potencial o meramente estimada y esta conclusión se refuerza también a medida que transcurre el tiempo sin que dicho estudio fuera actualizado. Recuérdese que la demanda real se refiere a "un momento determinado", según lo puntualizó el perito financiero, de manera que lo que hoy es demanda real, deja de serlo en un cierto lapso, de menor o mayor duración, según la velocidad de la variación de las condiciones macroeconómicas y de las del mercado en cuestión.

En el presente caso está demostrado que desde la elaboración del segundo estudio, hasta la determinación de mantener el número de 110 mil líneas, absteniéndose las partes, en consecuencia, de modificar el plan de negocios y el modelo económico, transcurrieron 15 meses, sin que en ese lapso el mencionado estudio fuera objeto de verificación, ajuste, ni actualización, a pesar de las acciones emprendidas por la ETB para preservar su participación en el mercado, lo que desde un comienzo era motivo de especial preocupación para los contratantes. Por tanto, no sería lógico pensar que para cuando se tomó la decisión de mantener el tamaño del proyecto, las partes estuvieran pensando que la demanda que mostraba un estudio realizado hacía más de un año, era en efecto una "demanda real" y que la misma conservaba su vigencia.

Con arreglo a las anteriores puntualizaciones, el tribunal considera que la "no garantía de la demanda" es una estipulación que no se ve afectada en su contenido material por ninguna excepción y tampoco tiene limitación temporal, de manera que está llamada a ser aplicada a lo largo de toda la ejecución contractual y en su fase de liquidación.

F. Por ende, Telecom no garantizaba la demanda, y dicho riesgo le correspondía al Consorcio, lo mismo que el de la inversión, aspecto este último en el que las partes concuerdan, habiendo sido expresamente expuesto por Telecom y aceptado por las convocantes, como reiteradamente lo señalan en su alegato de conclusión.

En relación con esta materia, es ilustrativo mencionar el siguiente aparte de la Circular 2 (que hizo parte de la solicitud de cotización y es elemento integrante del convenio), que se encuentra en el asunto 2, cláusula cuarta, literal e) en el que se lee:

"teniendo en cuenta que los equipos constituyen el aporte del asociado al convenio, cuya naturaleza es de asociación y no de compraventa o suministro de bienes (...)".

Lo anterior se complementa con estas precisiones (en relación con el literal L):

"La transferencia de propiedad de los bienes no se sujeta a la recuperación del valor de la inversión realizada y su costo financiero por parte del asociado, por cuanto esto restaría toda posibilidad de riesgo y el contrato es a riesgo compartido".

Así las cosas, habiendo llegado a la conclusión de que el riesgo de demanda correspondía al Consorcio, el riesgo de inversión, también asumido por el Consorcio, tiene una íntima relación con el anterior, toda vez que para recuperar la inversión era necesario estimar juiciosamente la demanda de líneas telefónicas, pues de esta evaluación dependía el tamaño del proyecto y la magnitud de la inversión. De no hacerse así existía el peligro de que se hiciera una sobre-instalación que no consultara la verdadera situación del mercado, quedando una infraestructura parcialmente ociosa, que impediría la recuperación íntegra de lo invertido.

Siendo esto así, el Consorcio era el primer llamado a definir la demanda real, pues sería el principal afectado de no determinarse adecuadamente, en cada época de la ejecución contractual, la realidad de la demanda, pues sería él quien tendría que sufrir, en primer término, las consecuencias patrimoniales de un inapropiado o desactualizado cálculo de la demanda. Por tanto, el tribunal entiende que el contratista sí podía reducir, durante el avance del proyecto, el tamaño del mismo, disminuyendo el número de líneas, determinación a la cual no podía razonablemente oponerse Telecom, en la medida en que el riesgo involucrado no era suyo, sino de su asociado.

De ahí que no encuentre justificación plausible el hecho de que con un estudio que le generaba al Consorcio incertidumbres y escepticismo, el cual había sido realizado hacia 15 meses, se hubiera fundado la decisión de mantener el tamaño del proyecto y que este se hubiera puesto en marcha con base en ese cálculo que para entonces podía estar muy lejos de reflejar la demanda real, toda vez que los competidores, y en especial la ETB, habían reaccionado en forma dinámica para proteger su participación en el mercado, situación que conocían las partes del

convenio, como lo reiteraron en los considerandos de los contratos adicionales que suscribieron.

Por lo demás, si como lo reconoció el perito financiero y los testigos expertos que declararon, la demanda real es una noción eminentemente cambiante, era necesario —y la iniciativa de ello le correspondía primordialmente al Consorcio por haber asumido el riesgo de su desviación— que constantemente se fuera evaluando la evolución de esa demanda para mantenerla ajustada permanentemente a los requerimientos del mercado, dado que el ritmo de instalaciones debía acomodarse a la demanda real que se presentara durante la ejecución del negocio.

Pero ello no se hizo en el lapso comprendido entre la elaboración del segundo estudio de demanda y la fecha en que se optó por no modificar el plan de negocios ni el modelo económico, a pesar de haber transcurrido entre esos dos extremos un año y tres meses. Esto se ve agravado, como se dijo, por el hecho de que la ETB, como lo sabía el Consorcio y lo había señalado en las sesiones del comité de coordinación, venía reaccionando en forma eficiente para no perder participación en el mercado de Bogotá, y lo propio intentaba EPM.

A pesar de que el Consorcio solicitó varias prórrogas para la adopción de la decisión sobre el tamaño del proyecto, arguyendo que el estudio de demanda que había elaborado el Centro Nacional de Consultoría, le dejaba incertidumbres, sobre todo a causa de la competencia que se vislumbraba, por lo que a su juicio era menester contar con elementos de análisis adicionales para tomar dicha determinación, en el tiempo que duraron esas prórrogas -que alcanzaron quince meses- no adelantó ninguna labor de verificación ni de actualización, conducta esta que no concuerda con la actitud diligente y previsible que por corresponder al comportamiento de un profesional versado en este tipo de actividades, era la exigible dada la naturaleza del contrato de asociación celebrado.

3.2.2. Interpretación sistemática.

3.2.2.1. El alcance del “nivel de riesgo” establecido en el anexo financiero.

En cuanto a la distribución de riesgos prevista en el contrato, el Consorcio arguye que dicha distribución es aquella descrita en el anexo financiero, más concretamente en el numeral 5.4 que determina la metodología para la liquidación del convenio, según la cual Telecom garantiza el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico.

Sin embargo, no puede soslayarse que la cláusula décima quinta expresamente puntualiza:

“Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio”.

Si bien ha de acudirse al anexo financiero para efectos de precisar el alcance completo de la distribución de riesgos respecto de los ingresos (recibo de las participaciones en proporción a los productos obtenidos), no es menos cierto que los contratantes establecieron de entrada y de manera específica una limitación a lo que se describiera en el anexo financiero, toda vez que en materia de distribución de riesgos debía partirse de la base de que Telecom no garantizaba la demanda del servicio. De otra manera, esta estipulación no produciría ningún efecto, contrariando así la regla de interpretación de que trata el artículo 1.620 del Código Civil, a cuyo tenor “el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Esto es así por cuanto la interpretación del Consorcio llevaría a que, mediante la aplicación de la metodología para la liquidación del convenio, Telecom terminaría garantizándole a las convocantes el producido previsto de todas las líneas instaladas, lo que en otras palabras significa que les garantizaría la demanda.

Dado que el tribunal ha llegado a la conclusión, con apoyo en la prueba analizada, que “la no garantía de demanda”, es una estipulación absoluta, por no haberse pactado ninguna excepción a la misma, y de permanente observancia durante toda la ejecución y liquidación del contrato, es evidente que los redactores del anexo financiero debían atenerse a ella en su integridad para darle efectividad a través de la redacción que prepararan sobre el reparto de los riesgos en la forma convenida y, sobre todo, para que fuera acatada al señalar el procedimiento que debía seguirse para las revisiones de los resultados económicos del proyecto.

Así las cosas, ha de interpretarse la materia bajo análisis de manera a hacer coherentes y compatibles las previsiones del contrato y las del anexo financiero, en virtud de la regla de hermenéutica que consagra la interpretación armónica de las declaraciones de voluntad, plasmada en el inciso 1º del artículo 1.622 del Código Civil, según el cual, "las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su integridad".

Con apoyo en la señalada regla, deben compatibilizarse estas dos estipulaciones. La primera, contenida en la cláusula décima quinta, expresada así: "Telecom no garantiza la demanda del servicio"; Y la segunda, prevista en el numeral 5.4 "Liquidación del convenio", del anexo financiero, que señala:

"Si al finalizar el convenio de asociación, el valor presente, calculado con una tasa de descuento del 12% anual… en la fecha de firma del convenio, del "flujo de caja real", considerado desde la fecha de firma del convenio y hasta la fecha de terminación del convenio, es inferior al noventa por ciento (90%) del valor presente, calculado con una tasa de descuento del 12% anual… en la fecha de firma del convenio, del "flujo de caja proyectado del modelo económico" considerado desde la fecha de la firma del convenio y hasta la fecha de terminación inicial del convenio (mes 75), la diferencia … será compensada por Telecom al Consorcio…".

Como se precisó, si esta última previsión contractual tuviera plena aplicación, se privaría de efecto práctico lo establecido en la cláusula décima quinta del convenio, toda vez que si el Consorcio tuviera en todo evento derecho a exigir el 90% del flujo de caja proyectado del modelo económico, Telecom resultaría garantizando el 90% de los ingresos previstos, junto con la rentabilidad proporcional esperada por el Consorcio, sin importar el comportamiento de la demanda, con lo cual se desnaturalizaría por completo la no garantía de la misma.

Ha de entenderse, entonces, para una armónica interpretación de las dos estipulaciones en comento, que la distribución de riesgos prevista en el anexo financiero es aquella que concierne a los riesgos efectivamente asumidos por Telecom, entre los cuales no se encuentra el de la demanda, por haber sido excluido de manera explícita. Tales riesgos cubiertos por la convocada son los de inflación, devaluación, tarifa y tráfico, cuyas desviaciones, en términos de menores ingresos que los contemplados para esos rubros en el flujo de caja proyectado del modelo económico, dan derecho al Consorcio a exigir su cobertura hasta el 90% de lo proyectado.

3.2.2.2. La no garantía de demanda y el procedimiento para la revisión.

A. Ya se ha hecho mención a la incompatibilidad existente entre la cláusula décima quinta, y la metodología establecida en el anexo financiero para la revisión final de los resultados económicos del negocio, esto es, para la liquidación del convenio (5.4).

Existe en cambio plena coherencia entre la aludida estipulación de "no garantía de demanda" (cláusula 15) y la metodología para la revisión anual de los resultados económicos (anexo financiero, num. 5.2), dado que mediante dicha metodología se comparan el "flujo de caja del modelo económico ajustado" (el cual involucra "el número de líneas vendidas en vez del número de líneas instaladas") y el "flujo de caja real", para verificar si hay lugar o no a compensaciones a favor de alguna de las partes, dependiendo de si el resultado de la operación se mantiene dentro del rango del 90-10, acordado por los contratantes, de manera que si ese resultado fuese un exceso o un defecto, sobre la banda de +/- 10% respectivamente, la parte afectada debía ser compensada en el monto correspondiente a través de los mecanismos definidos (en el anexo financiero) y calculados sobre el "flujo de caja del modelo económico ajustado".

Se dice que hay coincidencia entre las dos estipulaciones anotadas, por cuanto mediante la metodología indicada se respeta "la no garantía de demanda" estipulada, pues el ejercicio toma en cuenta las líneas efectivamente vendidas y no las instaladas.

En contraste con lo anterior, existe una evidente incoherencia entre la previsión de la cláusula 15 y la metodología establecida para la liquidación final de los resultados económicos del contrato, ya que mediante el procedimiento establecido en el numeral 5.4 del anexo financiero se compara el "flujo de caja proyectado del modelo económico" (en el cual se incluyen 110 mil líneas proyectadas) con el "flujo de caja real", de donde resulta que al haber garantizado Telecom el 90% de los ingresos (o del flujo de caja proyectado) termina garantizando los ingresos

proyectados para esas 110 mil líneas, así no se hubiera vendido sino parte de esa cantidad, lo que significa que a la postre garantiza el 90% de la demanda, a pesar de la clara estipulación en contra que contiene la cláusula décima quinta.

A juicio del tribunal, la señalada incongruencia entre las dos normas bajo análisis, no puede ser superada mediante la regla de interpretación sistemática de las mismas, pues no hay forma de compatibilizar la "no garantía de demanda", con la obligación de pagar "el valor de rescate" que resulte, al final del contrato, de la comparación entre el "flujo de caja proyectado del modelo económico" y el "flujo de caja real", toda vez que el primero proyecta el flujo de caja para 110 mil líneas.

Por tanto, vista la redacción de las dos estipulaciones en cuestión, no pueden ellas ser armonizadas en orden a aplicarlas conjuntamente, pues sería menester, para la efectividad de la "no garantía de la demanda", abolir o modificar el procedimiento pactado para la liquidación del convenio, y en esta última hipótesis, cambiarlo por el procedimiento previsto para las revisiones anuales (5.2), en el cual habría de compararse el "flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado", con el "flujo de caja real".

B. La incongruencia anotada debe superarse, a juicio del tribunal, mediante la determinación de la real voluntad que las partes tuvieron al momento de negociar y concluir lo relativo a esta materia específica.

A este respecto, para el cabal entendimiento de esta discrepancia, ha de reiterarse que, mientras Telecom sostiene que no está obligada, bajo ninguna circunstancia, ni en ningún momento, a garantizar la demanda de servicio (lo que significa que los reconocimientos económicos para el asociado se harían sobre la base de líneas vendidas y no instaladas), el Consorcio arguye que tiene derecho a que se le garantice el 90% de los ingresos del flujo de caja proyectado del modelo económico. Enfatizan las convocantes que desde la invitación a ofertar que les cursó Telecom, esta les solicitó definir el nivel de riesgo que estaban dispuestas a correr y la rentabilidad esperada. A esa petición de la convocada respondió el Consorcio en su oferta señalando que el nivel de riesgo que estaría dispuesto a asumir sería del 10%, porcentaje que constituiría la desviación máxima en relación con el flujo de caja proyectado del modelo económico. Así mismo, en cuanto a la rentabilidad esperada, se señaló una tasa interna de retorno del 12%.

Puntualizan las convocantes que con esto Telecom, que aceptó los términos de la cotización, quedó obligada a garantizar el 90% de los ingresos contemplados en el flujo de caja proyectado del modelo económico.

A esta interpretación se opone la demandada, arguyendo, entre otras cosas, que con esta garantía se desnaturalizaría el contrato de *joint venture*, pues dejaría de tener "riesgos compartidos", toda vez que todos los terminaría afrontando Telecom, dado que su cocontratante solo tendría que asumir una contingencia menor, consistente en una utilidad inferior a la esperada, esto es, del 12% sobre el 90% de los ingresos (10.8%) en lugar del 12% sobre el 100% del flujo de cada neto proyectado.

Para el Consorcio esta interpretación no es correcta, por cuanto, en su entender, no obstante la garantía del 90% de los ingresos, el mismo seguía teniendo varios e importantes riesgos, de manera que no se desnaturalizaría el contrato celebrado, ni con ello se vulneraría lo ordenado por la Ley 37 de 1993. Precisa que los riesgos que le correspondía afrontar eran los de inversión en su integridad (cuyo monto final podría exceder lo proyectado y en ningún caso se le aseguraba su recuperación), los de costos y gastos del proyecto, los de las desviaciones temporales del flujo de caja neto —lo que lo obligaría a financiar los desajustes, con los consecuentes costos financieros— y el riesgo de una menor rentabilidad.

El Consorcio agrega que para la efectividad de la garantía sobre el 90% de los ingresos proyectados, es menester efectuar la liquidación final de acuerdo con el procedimiento establecido en el numeral 5.4 del anexo financiero. El desfase que pudiere presentarse, habrá de cubrirse en este caso con dinero correspondiente al valor de rescate, pues, para este evento, ya no proceden los mecanismos de compensación previstos para restablecer los desequilibrios en los resultados que arrojaran las revisiones anuales.

Con base en estas alegaciones, las convocantes manifiestan que la posición sostenida por Telecom en el proceso implica que esta desconoce los compromisos que asumió frente a sus asociados en materia de nivel de riesgos,

garantías y rentabilidad.

Frente al diferendo planteado dentro de los extremos descritos, el tribunal —para esclarecerlo— ha de desentrañar, con respaldo en la prueba recaudada, la voluntad real de las partes en la fase de la celebración del negocio, esto es, durante las conversaciones que desembocaron en la celebración del contrato. También deberá observar la conducta de los contratantes a lo largo de la ejecución del negocio, con el propósito de deducir —a partir del comportamiento de estos— la eventual existencia de una mutua y tácita interpretación de las estipulaciones controvertidas, toda vez que de esta forma se refleja el entendimiento espontáneo y genuino que las partes les dieron a sus manifestaciones de voluntad.

Para iniciar esta labor hermenéutica, ha de señalarse que del estudio de los medios demostrativos que obran en el proceso, resulta que Telecom mantuvo siempre una misma línea de acción y pensamiento respecto de los temas objeto de debate, de manera que su posición ha sido coherente con los planteamientos que hizo desde el inicio de los contactos con las firmas que potencialmente podrían convertirse en asociadas.

Es así como está probado que en el segundo semestre de 1995 la administración de Telecom sometió a consideración de su junta directiva el Proyecto Capital, el cual le fue autorizado, habiéndose subrayado que la nota característica de los contratos de "*joint venture*" que se celebrarían en desarrollo de dicho proyecto —a diferencia de los anteriores (contratos de la primera generación)— sería que, en aquellos, los reconocimientos en favor de los contratistas se basarían en líneas vendidas y no en líneas instaladas, de donde se infería que, en el nuevo esquema, el riesgo de demanda sería asumido por las asociadas y no por Telecom.

Este planteamiento lo reiteró Telecom, en diversas ocasiones, durante la etapa precontractual, como quedó consignado en la Circular 2 del 17 de noviembre de 1995 y en el acta de la audiencia llevada a cabo el 22 de noviembre del mismo año, en las cuales puntualizó sin ambages que no garantizaría la demanda, ni tampoco la recuperación de la inversión por parte del contratista, explicando que esta era la distribución de riesgos con la que habrían de estructurarse los negocios del "*joint venture*" que se proyectaban.

Lo propio fue incluido en el proyecto de minuta de contrato preparada por Telecom, en la que se previó una sola clase de revisiones de los resultados económicos del contrato (cláusula segunda) para "incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico" y se estableció textualmente que Telecom no garantizaría la demanda del servicio (cláusula décima quinta).

Luego, con ocasión de la evaluación financiera y jurídica de las ofertas presentadas por las firmas invitadas a participar en el proyecto, Telecom volvió a hacer énfasis en que no garantizaría la demanda, ni la recuperación de la inversión que hicieran los contratistas.

La misma posición la mantuvo la convocada a lo largo de la ejecución del contrato, tal como lo reconoció el representante legal del Consorcio en la declaración de parte que rindió, señalando que jamás Telecom le reclamó por el retraso en la instalación de las líneas, dado que ello no habría sido consistente con "la tesis de las líneas vendidas".

En síntesis, Telecom invariablemente ha arguido no haber tenido el propósito de garantizar la demanda de las líneas telefónicas que serían instaladas, ni de haber jamás ofrecido ni aceptado ese compromiso. A esto debe agregarse que no se encuentra ningún antecedente en la etapa precontractual que refleje la intención de los contratantes de emplear dos metodologías distintas para la revisión de los resultados económicos del proyecto, y menos aún para que a través de una de esas metodologías —la de la liquidación final— Telecom resultara garantizando aquello que expresamente dice la cláusula recién aludida (décima quinta) que no asume el compromiso de garantizar.

El Consorcio sostiene que en su oferta definió qué se entendía por "demanda real" y estableció el límite del riesgo que estaba dispuesto a correr, el cual correspondía al 10% del flujo de caja proyectado del modelo económico. Sin embargo, como quedó puntualmente plasmado en los documentos precontractuales, Telecom rechazó la propuesta de NEC de asimilar la demanda real con los resultados del estudio de demanda, agregando que la instalación de las líneas debía llevarse a cabo de acuerdo con la demanda real que se fuera presentando durante la ejecución del

negocio. Es evidente que, con esto, el Consorcio estaba advertido que la definición de demanda real que sugirió no era aceptable para la convocada.

De otra parte, el límite del riesgo planteado por el Consorcio (10% del flujo de caja proyectado), ha de entenderse dentro del marco de los riesgos asumidos por Telecom, quien siempre sostuvo que el contratista no contaría con garantía de la demanda.

No sobra precisar que si bien el Consorcio incluyó en su oferta los dos temas analizados, Telecom nunca manifestó que aceptara dicha oferta, sino que las partes emprendieron una etapa de negociaciones directas para definir los aspectos fundamentales del negocio. Concluida esa etapa, procedieron a suscribir el contrato. Esto significa que el acto jurídico no surgió de la aceptación pura y simple de Telecom a la oferta formulada por el Consorcio, sino del acuerdo a que llegaron a la culminación de sus tratativas directas.

Las convocantes, para respaldar sus pretensiones, le otorgan una particular relevancia a la declaración del señor Gabriel Martínez, quien intervino, por el Consorcio, en las señaladas negociaciones y en la posterior redacción del anexo financiero. Según este testigo —como quiera que las partes se encontraban, al final del período de contactos directos, en una situación de bloqueo, dado que Telecom insistía en que las revisiones se hicieran con base en las líneas vendidas, en tanto que el Consorcio aspiraba a que se calcularan con respaldo en las líneas instaladas— él sugirió una fórmula providencial y salvadora, con la que se superó el escollo, consistente en el empleo de dos metodologías distintas para realizar las indicadas revisiones, una para las anuales, en que se tendrían en cuenta las líneas vendidas, y otra para la liquidación final y determinación del valor de rescate, en que se tomarían en consideración las líneas instaladas.

Telecom niega que esa fórmula se hubiera planteado y debatido y menos aún que ella la hubiera aceptado.

Lo cierto es que no quedó ninguna huella escrita de ese acuerdo, como lo señaló el testigo en cuestión, quien puntualizó que el Consorcio no solicitó que quedara constancia documental del entendimiento a que habrían llegado con Telecom, ni lo hizo incluir en el acta suscrita el 19 de diciembre de 1995, si bien precisó que Telecom había honrado su palabra al plasmar en el anexo financiero los puntos convenidos.

La convocada llama la atención sobre el texto del acta firmada el 19 de diciembre de 1995, esto es, al finalizar la etapa de conversaciones directas. En ella, como se dijo, no se da cuenta del supuesto acuerdo y solamente se indica, en relación con el procedimiento de revisión, que “el texto definitivo será incorporado al anexo financiero que se adjuntará a esta acta el 20 de diciembre de 1995”. Esta última manifestación hace pensar que las contratantes ya debían estar de acuerdo en los aspectos esenciales del anexo financiero, toda vez que anuncian que al día siguiente su texto definitivo se adjuntaría al acta bajo análisis. También se deduce de lo anterior que la intención de las partes era suscribir contrato y anexo al mismo tiempo. Sin embargo, el anexo financiero no se allegó el 20 de diciembre, habiéndose firmado el contrato el 27 de dicho mes, y quedando aplazada la preparación del anexo para enero de 1996.

Para el tribunal no deja de ser extraño que, no obstante la marcada trascendencia del acuerdo que se habría concluido, el Consorcio no exigiera que se hiciera constar por escrito tan pronto fue concertado, cuando era consciente de que ello implicaba un cambio radical en la posición de Telecom, y una mejora sustancial para las convocantes en la distribución de riesgos que hasta ese momento había defendido tenazmente la entidad estatal conforme, valga recalcarlo una vez más, a orientaciones trazadas de manera clara y concluyente por su junta directiva. Se trataba de un verdadero triunfo del Consorcio, que, habiendo finalmente vencido la firme resistencia de Telecom, veía acrecentadas las perspectivas de éxito de su inversión al tener garantizada la demanda y con ella la recuperación de casi la totalidad de los dineros invertidos, con una cómoda rentabilidad.

Dada la magnitud económica de lo que estaba en juego, era absolutamente razonable y aún necesario que el Consorcio exigiera que el acuerdo quedara vertido en un escrito. Esta exigencia correspondía a una elemental regla de diligencia, tanto por la importancia de lo convenido, como por las explicables incertidumbres que debía suscitar el hecho de que quienes habrían aceptado la fórmula de solución, por parte de Telecom, no eran funcionarios del primer nivel administrativo, más aún cuando se estaban apartando de las directrices que les habían impartido el presidente de la compañía y su junta directiva, acerca de que Telecom no habría de garantizar la demanda,

prohibición de la que el Consorcio sabía perfectamente. No cabe duda que, en razón del dispendioso proceso de toma de decisiones en una empresa estatal, bien conocido por quienes contratan con ella, era apenas lógico que el Consorcio exigiera la prueba documental del acuerdo a que dice haber llegado.

Nótese que el presidente de Telecom por aquel entonces, declaró que, no obstante la relevancia de los cambios supuestamente acordados, jamás se le consultaron. Al respecto señaló:

"Sr. Molano: no, ellos no tenían que venir a consultar nada a menos que hubieran cambiando los conceptos del proyecto, ellos estaban delegados para que hicieran su negociación dentro del marco que establecía en el contrato original, me imagino que hubieran venido si hubieran pensando que estaban cambiando alguna cosa que tenían que ser verificados o cambiados lo contratos.

(…) En varias reuniones se tocó este tema, la gente sabía cuál era, la gente de primer nivel sabía cuál era la filosofía de este contrato, nosotros hacíamos reuniones semanales con el grupo directivo, pienso que tanto Fernando Pachón como… iban a esas reuniones, debe haber actas de esas reuniones en las que se mencionó el proyecto, estoy seguro que lo comenté en alguna de esas reuniones y tengo la absoluta seguridad que se habló también del tema de cambio de la línea vendida, es que ese fue un tema que era fundamental, por eso estoy seguro que casi la mayoría de las personas de Telecom sabían que era un cambio que se estaba haciendo y si eso era así presumo que los asociados también lo conocían".

Ante este estado de cosas, el tribunal habrá de darle aplicación a la regla contenida en el segundo inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, según la cual, cuando se trate de demostrar la existencia de estipulaciones u obligaciones de origen convencional "la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto", regla que ha de tener plena aplicación en este caso, por cuanto no se configuran ninguna de las dos excepciones que la citada norma prevé, vale decir, "que por las circunstancias en que tuvo lugar (el acuerdo de voluntades) haya sido imposible obtenerlo (el documento)", o que "su valor (el del acto) y la calidad de los partes justifiquen tal omisión (la falta de escrito)".

Por lo demás, el comportamiento de Telecom, con posterioridad al 19 de diciembre de 1995 —cuando supuestamente se logró el acuerdo— no coincide con la existencia del mismo, pues Telecom continuó exigiendo un solo tipo de revisiones, que debían basarse en las líneas vendidas. En efecto, en comunicación de diciembre 21 de 1995, enviada a las empresas que habían presentado ofertas para las demás zonas (incluida NEC, en lo relacionado con la zona A), Telecom les plantea que, como parte del plan de negocios, se establezca que la base de comparación de la revisión económica del convenio sea el modelo económico ajustado, "teniendo en cuenta el número de líneas vendidas (…)". Igualmente les propuso que, en caso de que el ejercicio comparativo indicado, arrojara diferencias estas se solucionarían con los siguientes mecanismos de compensación: modificación de la duración del convenio; modificación de las participaciones sobre ingresos y modificación del valor de rescate.

Es razonable pensar que Telecom tenía el propósito de establecer, para los distintos contratos del proyecto capital, un régimen básico uniforme, si bien con algunas particularidades derivadas de las negociaciones individuales adelantadas con cada una de las firmas oferentes. Es también lógico esperar que, en ese régimen básico uniforme, se recogerían los principios esenciales que, según lo autorizado por la junta directiva de Telecom, habrían de constituir las características específicas de estos contratos, en especial, "la no garantía de demanda" y el reconocimiento de pagos en favor de las asociadas en función de las "líneas vendidas".

Así las cosas, no tiene sentido que Telecom, después de haber llegado al acuerdo que alega el Consorcio, mediante el cual derogaba los dos principios esenciales señalados, persistiera en sus ideas originales frente a las demás compañías asociadas, tal como se observa en la comunicación del 21 de diciembre, a menos que su intención hubiera sido la de derogar el señalado esquema básico para favorecer únicamente al Consorcio, y no a los demás inversionistas, lo que tampoco parece tener mayor sindéresis.

Con base en los antecedentes reseñados, el tribunal concluye que, a la terminación de las conversaciones directas entre Telecom y el Consorcio, no se había definido el procedimiento de revisión de los resultados económicos del negocio, lo cual habría de hacerse en el anexo financiero. Quedó probado, de otra parte, que, después de la firma

del contrato, que tuvo lugar el 27 de diciembre de 1995, las partes no adelantaron más negociaciones, ni podían hacerlo, pues ya habían determinado los aspectos neurálgicos de las distintas facetas del negocio, es decir, los temas jurídicos, financieros y técnicos, no siendo procedente variarlos en el futuro, pues ello rompería la igualdad de tratamiento con los participantes en la licitación y equivaldría a renegociar el contrato ya perfeccionado, en el caso que nos ocupa, en un tema esencial, como sería el introducir un cambio sustancial en la distribución de riesgos entre los contratantes.

Es claro para el tribunal que, con la firma del contrato, quedaron definidos y consolidados dos aspectos de señalada importancia para el presente debate, a saber: el primero, "la no garantía de demanda", plasmada en la cláusula décima quinta, cuyo alcance es pleno y absoluto, pues no existe ninguna excepción que restrinja su ámbito de aplicación, ni tiene limitación temporal alguna; y, el segundo, la revisión de los resultados económicos del negocio, mediante un único método de revisión, según se desprende de la cláusula segunda. Esas estipulaciones han de considerarse definitivas e irreversibles, pues fueron base de la adjudicación del contrato al Consorcio.

Tales pautas, en consecuencia, debían respetarse cabalmente por los voceros de las dos partes contratantes encargados de redactar el anexo financiero, quienes no podían contravenir lo acordado, por los respectivos representantes legales, en un contrato ya perfeccionado. Así las cosas, los redactores del aludido anexo han debido observar rigurosamente "la no garantía de demanda", lo que les exigía establecer un único procedimiento de revisión, basado en líneas vendidas, y no en líneas instaladas.

Pero no lo hicieron así, toda vez que el anexo financiero se refiere a dos metodologías distintas de evaluación de los resultados económicos del negocio; en la primera, prevista para las revisiones anuales, respetan las estipulaciones del contrato, pues tiene en cuenta las líneas vendidas; en la segunda, aplicable a la liquidación final, se parte de las líneas instaladas, con lo cual Telecom termina garantizando la demanda, aspecto que contradice la estipulación contenida en la cláusula décima quinta.

Se sabe sí, de acuerdo con los testimonios que obran en el proceso, que el Consorcio redactó el proyecto de anexo financiero y lo sometió al personal de Telecom encargado de la preparación de ese documento. Luego fue entregado al doctor Jesús Arturo Valencia Arango, vicepresidente financiero de Telecom por la época, quien procedió a firmarlo sin hacer reparos, ni dejar reservas.

Ahora bien, el texto que se suscribió, en los apartes que contradicen al contrato, no fue producto de una negociación, pues ambas partes admiten que no hubo tratativas en esta etapa, ni, como lo anotó el tribunal, podía haberlas con semejante alcance después de perfeccionado el contrato. Luego es posible pensar que, por una inadvertencia, el personal de Telecom no cayó en cuenta de la variación sustancial que se introducía a través de la metodología especial para la liquidación final del convenio, a través de la cual se dejaba sin efecto real a la cláusula décima quinta del contrato, en lo tocante a la "no garantía de demanda".

No sobra aquí traer a colación las manifestaciones del doctor Valencia Arango, firmante del anexo financiero, en representación de Telecom, en cuanto a su entendimiento e intención al suscribir tal instrumento.

"Todas las revisiones generaban modelos de referencia ajustados, o sea todas las revisiones generaban ajustes en el modelo, si usted mira el anexo financiero en el punto 5 en su enunciado principal dice que se hará una revisión a los 4 meses, segundo que se hará una revisión anual, tercero que se hará una revisión al finalizar y cuarto que se hará una revisión en la medida en que el comité de coordinación lo estableciera y a renglón seguido dice cuál es el propósito de todas estas revisiones, es decir el propósito de todas estas revisiones es ajustar al comportamiento real los parámetros del modelo económico, o sea todas estas revisiones generaban modelos económicos ajustados.

Dr. Cárdenas: quiere decir que cuando en el anexo económico no habla del modelo económico ajustado debe entenderse que es un modelo económico ajustado?

Sr. Valencia: entiendo que en ese sentido y sobre todo que el enunciado principal de la revisión del modelo económico así lo exigía".

(…).

Dr. Suescun: pero el hecho de que en algunos casos el calificativo ajustado no acompañe las revisiones, de nuevo vuelvo a decir sobre el texto mismo, no sobre el espíritu, el hecho de que el adjetivo ajustado no acompañe a las revisiones, por ejemplo a la revisión final tiene alguna connotación o no de diferencia frente a la estipulación del contrato?

Sr. Valencia: pues considero que no, porque resulta que todos a partir del momento en que se tenía el primer modelo que se presentó en la negociación y de ahí en adelante todos los modelos económicos eran ajustados porque yo ajustaba el modelo cuando hacía la demanda, el estudio de demanda a los 4 meses, ajustaba el modelo en el momento en que hacía las revisiones anuales y ajustaba el modelo en el momento en que hacía la revisión final, pero se ajustaba el modelo no en cambiar su objeto sino se ajustaba el modelo bajo las condiciones de los parámetros a los parámetros reales, entiendo que aquí se ha planteado que el hecho de que se dijera que el modelo de referencia ajustado tiene una connotación diferente al modelo de referencia refirámonos únicamente al modelo de referencia sin ni siquiera analizar el ajustado y si vemos el modelo económico de referencia inicial en el capítulo que establece cómo son los ingresos es claro que ese capítulo esta generando es sobre líneas vendidas y no sobre líneas instaladas, entonces lo que se pretendía es que en las revisiones se generara cuáles eran las líneas vendidas en ese momento y no líneas instaladas porque es la definición cuando se dice ingresos, si tienen a bien mirar la definición en el anexo financiero cuando se dice los ingresos, se dice: ingresos por líneas comerciales, se considera la venta de las líneas y se espera que se recaude en 12 meses, derechos de conexión se considera el valor de la venta de la línea, entonces líneas residenciales y vuelve y determina a qué ingresos se esta relacionando".

(…).

"Adicionalmente si miramos lo que es el anexo financiero en los puntos 5.3 y 5.4 quiero siempre hacer claridad que del 5.3 no se puede analizar sin leer primero el 5 porque el 5 da los parámetros reales de cuál es la interpretación que debe tener el 5.3 y el 5.3 para poder dar un concepto del 5.3 tengo que analizar también así, entonces el 5 dice (a continuación lo leyó), como vemos en el 5 esta delimitado el 5.3 en el punto 3, a renglón seguido dice estas revisiones tendrán por objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico para asegurar al consorcio los retornos financieros proyectados dentro de los márgenes de riesgo determinada".

(…).

Sr. Valencia: el punto quinto establece esas cuatro revisiones y el 5.4 desarrollo es la liquidación del convenio, pero la liquidación del convenio vemos que remite al 5.3, entonces se habla en el 5.3 dice, lo que entiendo es que se haría una revisión del último año del flujo de caja real o sea lo efectivamente recaudado y define cuál debería ser el flujo de caja real, dice ingresos reales más costos administrativos, reales, se coloca a todo la palabra real a todo lo que es el modelo económico y dice los ingresos reales considerados desde la fecha de la firma del convenio y hasta la fecha de finalización del período de revisión previo al último año y el flujo de caja proyectado del modelo económico, aquí es donde me han preguntado que si ha y diferencia entre el flujo de caja proyectado del modelo económico y el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado.

Como vemos para poder analizar esa diferencia me remito al 5.2 que lo que dice es que el flujo de caja proyectado del modelo económico es promedio de líneas calculado en el modelo económico proyectado por número de líneas vendidas, o sea ya en un momento dado lo que establece es cuáles son las líneas vendidas a Nec, más costo de servicio, pero siempre hace referencia a las líneas vendidas.

Los ingresos desde el flujo de caja proyectado y la definición de flujo de caja proyectado del modelo económico esta en el modelo no en la revisión, sino en el modelo económico y dice que corresponde al total de ingresos proyectados y qué es el ingreso proyectado? Para poder saber cuál es el ingreso proyectado tendríamos que ceñirnos al modelo económico donde dice estos son los ingresos y entonces cuando dice estos son los ingresos nos vamos al punto 4.3 del modelo económico que dice cálculo de ingresos y dice: el cálculo de los ingresos fue basado en los parámetros para el cálculo de ingresos referidos anteriormente. 4.3.1 ingresos por líneas comerciales. Se destina que las líneas comerciales serán vendidas equitativamente durante 12 meses siguiente al mes de puesta en servicio y se estima que las conexiones y cargos de instalación serán pagadas en el mismo mes de su venta, como vemos los ingresos están generados en el modelo económico en líneas vendidas y si miramos el 4.3.2

ingresos por líneas residenciales volvemos a tener, se estima que las líneas residenciales serán vendidas efectivamente dentro de los 12 meses siguientes al mes de la puesta en servicio y se estima que la mitad de la conexiones y cargo de instalación residencial serán pagadas en el mismo mes de su venta y la otra mitad en cuotas mensuales consecutivas con intereses del 3% mensual.

Entonces el modelo de referencia, el flujo de caja proyectado del modelo económico hace referencia al total de ingresos proyectados sobre líneas vendidas.

Dr. Cárdenas: una aclaración, como el modelo habla de ingresos proyectados y habla de que se estima que se venderá, no podría interpretarse que son ventas proyectadas en ese caso y no ventas reales?

Sr. Valencia: el modelo establecía en un comienzo ventas proyectadas pero como vemos el punto 5 dice que hay que ajustar el modelo al comportamiento real, entonces ya no es ventas proyectadas sino ventas reales, entonces aquí es donde se hace el ajuste, ahora que se llame modelo de referencia ajustado o se llame modelo de referencia eso no desnaturaliza en ningún momento cuál era el origen de los fondos del flujo de caja.

Entonces dice al iniciar el último año se hará un evaluación del flujo de caja real considerado desde la fecha de la firma del convenio y hasta la fecha de… del período de revisión rendido al último año, qué quiere decir esto? Miramos qué ingresos han recibido sin considerar ningún parámetro porque esto ya es la realidad y se compara con el flujo de caja proyectado del modelo económico.

El flujo de caja proyectado del modelo económico en ese momento son las líneas vendidas con los parámetros que tiene el modelo económico para mirar cuánto es que deberían haber recibido, en ese momento esas líneas vendidas deberían haber recibido equis cantidad, se compara con lo recibido y ahí es donde generaba una variación.

(…).

“Dra. Monroy: de lo que usted nos ha contado y su explicación detallada que acaba de dar infiero y le ruego me corrija si no exacto lo que le voy a preguntar, que cuando usted firmó este contrato, cuando firmó este anexo lo hizo bajo el supuesto de que compensaría al final únicamente por concepto de las líneas vendidas, eso es correcto?

Sr. Valencia: es correcto, cuando se firmó el anexo financiero el entendido y no era el entendido del anexo financiero, era el entendido de toda la negociación y todo lo que se había planteado de que se iba a trabajar era sobre líneas vendidas y no sobre líneas instaladas”.

El análisis de los antecedentes relevantes del caso demuestran que jamás Telecom tuvo la voluntad de garantizar la demanda, o el número de líneas instaladas, o los ingresos de estas, resultado al cual se llega a través del procedimiento de la revisión final. Por el contrario, la prueba allegada a estos autos pone en evidencia que Telecom siempre manifestó su determinación de no otorgar esa garantía, lo cual hizo tanto en sus escritos internos, como en los reiterados planteamientos que sobre este tema les formuló a todos los oferentes.

Es del caso igualmente subrayar que no existe en el expediente ningún medio demostrativo que acredite que, durante la fase precontractual, las partes por haberlas aceptado de antemano como viables hubieran debatido o negociado la utilización de dos metodologías diferentes para la revisión de los resultados económicos del negocio. Siempre se habló de un solo procedimiento de revisión que coincide con el que se plasmó en el anexo financiero para las revisiones anuales. No se encuentra ninguna alusión a la metodología de la liquidación final, que en el proceso ha sido considerada por el Consorcio como indispensable para que tuviera efectividad la garantía relativa al 90% de los ingresos estimados en el flujo de caja proyectado del modelo económico. Como ya fue explicado a espacio, los redactores del anexo financiero se apartaron de lo previsto en el contrato, pues en lugar de adoptar un procedimiento único de revisión, fundado en la comparación entre el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado y el flujo de caja real, establecieron un procedimiento adicional y distinto para la liquidación final, en la cual se coteja el flujo de caja proyectado del modelo económico (suprimiéndole el adjetivo “ajustado”) con el flujo de caja real, cambio cuyas consecuencias económicas son manifiestas.

Con todo, en un hecho que cuando menos ha de atribuirse a inadvertencia del personal de Telecom que tuvo bajo su responsabilidad la revisión del anexo financiero preparado por el Consorcio —toda vez que a juicio del tribunal

ha quedado demostrado como queda visto que Telecom nunca tuvo la voluntad de pactarlo así— al establecer como punto de referencia del proceso comparativo al flujo de caja proyectado del modelo económico, se omitió el calificativo "ajustado", con lo cual, a la postre, Telecom termina garantizando la "Demanda del Servicio", en abierta contraposición con lo establecido en la cláusula décima quinta del contrato y sin que nada autorice a pensar que esa era la intención real y efectiva de las partes y en particular de Telecom, pues esta empresa no autorizó en tal sentido a quienes encargó de la redacción del anexo financiero, ni estos llevaron a cabo negociación alguna con las convocantes. Tampoco ese cambio abrupto e inopinado concuerda con lo que la administración de Telecom le había planteado desde un principio a su junta directiva como rasgos característicos del proyecto que intentaba emprender; ni se compadece con lo expresado repetidamente durante la etapa precontractual.

Para resaltar la intención de las partes al acoger en el contrato el procedimiento único de revisión, al que se ha hecho referencia, es del caso tener en mente lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula segunda del convenio, según el cual, "anualmente (...) se hará una revisión del modelo económico. Las revisiones tendrán como objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico, hacer el seguimiento a los compromisos de las partes y ajustar el plan de negocios al nivel de riesgo acordado entre aquellas".

Este propósito de la revisión guarda estrecha relación con el indicado en el último párrafo del numeral 5º del anexo financiero, el cual puntualiza: "Estas revisiones tendrán por objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico para asegurar al Consorcio los retornos financieros proyectados dentro de los márgenes de riesgo determinados".

Así mismo, el numeral 5.2 del mencionado anexo, señala que el fin de las revisiones anuales es el de revisar el modelo económico ajustado, "para asegurar que el Consorcio mantenga los retornos financieros supuestos y se restablezca el equilibrio económico previsto en el modelo económico ajustado…".

En estricto sentido esas tres expresiones: "ajustar el plan de negocios al nivel de riesgo acordado"; "asegurar los retornos financieros proyectados dentro de los márgenes de riesgo determinados"; y "restablecer el equilibrio económico del modelo económico ajustado" envuelven un mismo y único propósito consistente en restablecer la ecuación económica del contrato, cuando quiera que ella se haya roto o se haya visto alterada en las proporciones establecidas por los contratantes.

Esa ecuación económica se determina en el momento de la celebración del negocio jurídico y está conformada por los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte y también por los riesgos asumidos según la distribución pactada. Así lo ha reconocido explícitamente la jurisprudencia del Consejo de Estado y pronunciamientos de la justicia arbitral [5] .

Así, pues, la revisión anual, para efectos de restablecer el equilibrio económico, debe tener en cuenta para ello y con particular relevancia, la distribución de riesgos estipulada a fin de "ajustar el plan de negocios al nivel de riesgo acordado".

Ha de tenerse en cuenta que esa tarea de restablecimiento de la ecuación económica se lleva a cabo adaptando al efecto el "modelo económico ajustado", pues el objetivo de la revisión es el mantenimiento de su equilibrio.

No hay, sin embargo, dos clases distintas de equilibrio, ni dos distribuciones diferentes de riesgos. La ecuación, como se dijo, se estructura al perfeccionamiento del contrato y en ella intervienen, como elemento esencial, los riesgos asumidos por cada parte. La distribución de los mismos es una sola y permanente, a menos que las partes pacten ulteriormente su modificación.

Con esto se quiere significar que no existe en los antecedentes estudiados ningún fundamento para afirmar que se quisieron implantar dos regímenes de riesgos, es decir, uno para las revisiones anuales —en las cuales Telecom no garantizaría la demanda— y otro para la liquidación del convenio —en la que la convocada si asumiría esa contingencia— en cuyo caso el restablecimiento ya no se haría teniendo como patrón el modelo económico ajustado, sino el inicial, es decir, el modelo económico proyectado.

Es esta otra razón para concluir que la voluntad real de los contratantes estaba dirigida a establecer un procedimiento único de revisión para ser aplicado a todo lo largo de la vida contractual, el cual corresponde al de

las llamadas revisiones anuales.

En consecuencia, para el tribunal, en este caso la voluntad real de las partes ha de primar sobre lo literal de las palabras, según lo ordena el artículo 1618 del Código Civil, regla de hermenéutica que ha de observarse para superar la ambigüedad resultante de dos estipulaciones contradictorias entre sí. Con apoyo en la prueba de los antecedentes analizados, el tribunal ha llegado al convencimiento de que la intención verdadera de los contratantes consistía en establecer un único procedimiento de revisión de los resultados económicos del negocio, a través del cual se comparara el flujo de caja del modelo económico ajustado (teniendo en cuenta el número de líneas vendidas) con el flujo de caja real.

Con esta interpretación del tribunal, la distribución de los riesgos financieros medulares del convenio se estructura asumiendo el Consorcio, de una parte, el riesgo de inversión y el de instalación, esto es, el de la demanda de líneas telefónicas, en tanto que Telecom garantiza los ingresos producidos por las líneas ya vendidas, como son los riesgos de tráfico, tarifas, inflación y devaluación, esquema este de definición contractual de la incidencia, respecto de cada una de las partes, de tales eventos contingentes, esquema que por lo tanto apunta a establecer la proporción en que dichas partes participarán en las utilidades o pérdidas generadas por la gestión conjunta, empleando con este propósito criterios que guardan consonancia con la configuración normativa que de los contratos de asociación a riesgo compartido contiene el artículo 10 de la Ley 37 de 1993.

3.2.2.3. La cláusula de prelación.

La anterior conclusión se refuerza con el hecho de que quienes redactaran el anexo financiero tenían la imprescindible obligación de respetar los acuerdos celebrados por los representantes legales de los contratantes, entre ellos el relativo al establecimiento de un solo método de revisión de los resultados del proyecto, según se desprende de lo establecido en la cláusula segunda, así como la estipulación contenida en la cláusula décima quinta del convenio, vale decir, la "no garantía de la demanda" por parte de Telecom, previsiones a las cuales los redactores del anexo debían darles plena eficacia. Dichos redactores no tenían atribuciones para modificar lo acordado por los representantes legales, en la medida en que las partes previeron, por lo demás, darle preeminencia a las estipulaciones plasmadas en el cuerpo del contrato sobre los anexos y otros documentos que conforman la relación negocial. Esa preponderancia del contrato fue establecida en la cláusula 34 del mismo, que señala:

"Prelación. En caso de discrepancia entre el cuerpo del convenio y los anexos, primará el convenio".

Esto está también en la cláusula primera según la cual "(...) Hacen parte del presente convenio en orden de prelación: el convenio, el anexo financiero, los anexos técnicos que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2, la solicitud de cotización, incluidas las circulares 1 y 2 y el acta de la audiencia realizada el 22 de noviembre de 1995 y la oferta".

Estas cláusulas son claras, no violan disposición imperativa alguna, ni vulneran el orden público, de manera que debe reconocerse su poder vinculante como fruto que son de la autonomía de la voluntad privada. A través de estas estipulaciones, los contratantes dispusieron, libremente, hacer parcialmente la integración del contrato, entendida esta noción como "la construcción o composición de la total norma reguladora de la relación contractual" (Manuel García Amigo, Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y contratos. Mc Graw-Hill, Madrid, 1995. Pág. 354). En este sentido las partes dentro de la conformación de esa normatividad reguladora incluyeron lícitamente una regla objetiva para superar las discrepancias que pudieran presentarse entre los distintos instrumentos que recogen sus declaraciones de voluntad, regla que no busca, necesariamente, esclarecer la real voluntad de las partes, sino resolver en la práctica un conflicto causado por las ambigüedades y dudas surgidas de estipulaciones contradictorias, propósito que busca igualmente el legislador mediante la regla contenida en el inciso 2º del artículo 1624 del Código Civil, al interpretar la cláusula confusa contra quien la redacta.

Sobre el origen y la razón de ser de la cláusula 34, el doctor julio Molano, explicó que cuando se sometió a consideración de la junta directiva de la indicada empresa el proyecto capital, la administración de Telecom quería corregir dos cosas de los contratos precedentes (*joint venture* de la 1ª Generación), precisando, respecto de la segunda, lo siguiente:

"… y la segunda, tuvimos una dificultad con Nortel para la interpretación de un tema del anexo financiero y desgraciadamente nosotros tomamos la decisión de definir o de decidir cuál era la interpretación y básicamente utilizamos la idea recomendada por la vicepresidencia jurídica y era que en un contrato prima el contrato y que los anexos son derivados del contrato y como habíamos pasado por ese problema e inclusive hoy tengo una investigación en la fiscalía por haber hecho la interpretación de ese contrato, decidimos que la segunda parte que teníamos que hacer, que teníamos que incluir como uno de los puntos no negociables del contrato era establecer una jerarquía en los documentos que conforman el contrato, el contrato prima, si hay alguna contradicción prima sobre cualquiera de los anexos o cualquier tema del anexo".

(…) lo que estábamos tratando de establecer es que cualquier discrepancia que se presentara en la interpretación de alguno de los temas claramente hubiera una jerarquización de las interpretaciones y como el contrato y las bases generales del acuerdo se negociaban por el presidente de Telecom en ese momento directamente, esos temas los negociaba personal subordinado por el lado financiero, una jefe financiera, por el lado técnico una gente técnica, entonces de esa manera los asegurábamos nosotros, creíamos y nos asegurábamos de que no había posibilidad de una interpretación diferente a la que claramente se establecía dentro del contrato".

Por su parte, el doctor Édgar González —asesor jurídico de Telecom durante la fase precontractual del convenio— explicó sobre esta materia lo siguiente:

Dr. González: … tal y como explique esta mañana es que si existían contradicciones entre la minuta y los anexos que la minuta primara sobre los anexos.

Dra. Monroy: de su respuesta infiero entonces si no es correcto me lo indique, que los asociados conocían el sentido de la cláusula denominada prelación?

Dr. González: sí, porque estaba… obviamente la conocían.

Dra. Monroy: recuerda que algún interesado a futuro asociado le pidió en algún momento una explicación sobare el propósito de la cláusula denominada de prelación?

Dr. González: no, no me acuerdo que se haya… no creo que exista ninguna discusión sobre esa cláusula.

Dra. Monroy: consta en lo que recuerda en la minuta original esa cláusula…

Dr. González: me gustaría mirar los términos de referencia para poder tener seguridad. Dice: En caso de discrepancias el cuerpo del convenio, primará el convenio.

Dra. Monroy: ahora quisiera ponerle de presente la cláusula 1ª del contrato, le rogaría que le de lectura, qué documentos hacen parte del convenio en orden de prelación?

Dr. González: folio 275 (a continuación la leyó).

Dra. Monroy: recuerda por qué se incluyó esa cláusula en el convenio?

Dr. González: sí, nosotros en los convenios de los contratos y creo que esto es desarrollo de eso, siempre nos interesaba que quedara claro cuáles eran las condiciones que iban a regir los contratos, no solamente los de asociación, creo que eso también esta en los contratos de esa época donde queríamos que quedara qué hace parte del convenio y qué no, era muy común también por una cuestión de costumbre mía que se definiera el orden de prelación en los contratos por obvias razones para evitar después controversias sobre el contenido, por eso digamos se coloca y hace parte, me llama la atención también están incluidas las circulares y el acta de la audiencia que también hacen parte.

Dra. Monroy: recuerda qué propósito buscaba Telecom con eso?

Dr. González: creo que darle claridad al tema del contrato, qué hace parte del contrato es un tema fundamental, qué tiene prelación también creo que es un tema fundamental.

Dra. Monroy: recuerda si alguno de los asociados le pidió alguna vez explicación sobre esa cláusula o su propósito?

Dr. González: no, no me acuerdo que se hubiera, posiblemente, pero de lo que me acuerdo no creo que haya habido discusión sobre ese parágrafo, es más creo que en el acta de negociación de Nec no creo que hubiera habido ninguna discusión sobre los aspectos del contrato en general, no creo.

Dra. Monroy: recuerda por qué el equipo de trabajo liderado por usted en Telecom consideró necesario disponer en dos cláusulas diferentes el tema de la prelación o de alguna manera?

Dr. González: en la cláusula 34 sí era porque como ya lo comenté esta mañana, la cláusula 1ª creo que sí era porque en los contratos nosotros incluíamos eso en todos los contratos, o sea lo que pasa es que la 34 sí era específicamente por la razón que di esta mañana, en la prelación sí era porque nosotros teníamos como costumbre no se si esto sea de los términos de referencia, pero teníamos como costumbre aclarar qué hacía parte del convenio y qué no…".

El testigo Jesús Arturo Valencia, a la sazón vicepresidente Financiero de Telecom y quien suscribió el anexo financiero, justificó así la existencia de una cláusula de prelación:

"Adicionalmente como este contrato se generó bajo un esquema de que unos funcionarios prepararon el pliego, otros funcionarios fueron delegados para negociar los anexos y la parte jurídica estaba preparando la parte del texto del contrato, entonces para evitar que se generaran problemas posteriores a los que ya se habían tenido se estableció cuál sería la prevalencia desde el punto de vista actual con respecto a los anexos técnicos y los anexos financieros, esto se debió a experiencias anteriores de Telecom".

El doctor Hugo Rubio, abogado de NEC, quien también declaró en el proceso, explicó el alcance de la cláusula 34 del convenio, indicando que su aplicabilidad depende de la existencia de una controversia, que en su entender no se presenta en este caso, entre el cuerpo del contrato y el anexo financiero. Toda vez que este es un complemento de aquel. Estas son sus palabras:

Dr. Rubio: esa es la cláusula de prelación de documentos, es una cláusula que manejó Telecom durante todo el tiempo tanto antes y después de los joint venture, es una cláusula en que le digo yo sinceramente, una cláusula para nosotros que no era extraña, por qué? Porque en los contratos que manejábamos nosotros, la responsabilidad y las controversias que se suscitaban con Telecom respecto a la prelación de los documentos, es decir que lo entendimos nosotros con la prelación, se entendió y se manejó hasta ese momento y se ha manejado también con Telecom la prelación de los documentos cuando haya controversia, es decir qué es lo que va a primar? Si la minuta, el anexo financiero o el anexo técnico? Entonces si hay controversia, si hay contraposición entre una norma y la otra es lo que prima una cosa con la otra, es decir yo entiendo que los documentos del contrato, que hacen parte integrante de un contrato es un todo y se debe manejar contextualmente y no en forma individual, es el concepto que tenemos nosotros.

Si la norma era contradictoria sí se le daba prelación, pero cuando veíamos que la norma no era contradictoria y veíamos que si Telecom nos llevaba a precisar las condiciones económicas del negocio en el anexo financiero entendía esa cláusula como el anexo financiero, un complemento de la minuta y porque ese era el espíritu de las partes en ese momento, esa era la intención de las partes, toda la parte financiera la manejamos en el anexo financiero como complemento de la minuta…".

De acuerdo con la prueba analizada, quienes con plenas atribuciones acordaron los principios rectores del negocio, vertidos en las cláusulas del convenio, quisieron que esos principios fueran respetados por quienes debieran preparar los anexos, los cuales serían expertos en materias financieras y en ingeniería de Telecomunicaciones, con el propósito inequívoco de que esos principios rectores, comunes a los distintos contractos del proyecto Capital, fueran cabalmente preservados. Se trata de un mecanismo de control enderezado a garantizar que el régimen básico de los distintos negocios del proyecto fuera uniforme y concordante con las características generales definidas por la administración de Telecom y aprobadas por su junta directiva.

Por ello Telecom, a partir de experiencias pasadas similares, en las que el personal técnico se había apartado

inadvertidamente de estipulaciones contractuales, decidió incluir dicho mecanismo de control, aceptado por el Consorcio, con el fin de asegurar el respeto a las previsiones del convenio, a través de la cláusula 34 en la que se estableció la prelación de este sobre los anexos.

Con ello se reafirma la conclusión a la que antes se arribó —basada en la voluntad real de las partes, tal como el tribunal la constató a partir de los antecedentes analizados— consistente en darle plena vigencia y poder vinculante a la "no garantía de la demanda", en los términos de la cláusula décima quinta del convenio, lo que implica que la liquidación del negocio deberá efectuarse comparando el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado (involucrando el número de líneas vendidas) con el flujo de caja real.

3.2.3. La interpretación auténtica de las estipulaciones en conflicto.

Esta interpretación se basa en la regla de hermenéutica contenida en el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil, según el cual "las cláusulas de un contrato se interpretarán (...) por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte", interpretación que como quedó expresado en aparte anterior de estas consideraciones, se denomina auténtica porque se fundamenta en la conducta de las partes mostrada con ocasión y durante la ejecución de la relación negocial, de manera que a través del comportamiento de los contratantes, en lo tocante al cumplimiento de sus prestaciones y a la exigencia de sus derechos, se refleja el entendimiento común o la interpretación que le dan de consuno a las declaraciones de voluntad que luego son materia de controversia en cuanto a su recta inteligencia.

3.2.3.1. El tamaño del proyecto.

A lo largo del proceso el Consorcio ha sostenido que desde el mes de julio de 1997 las partes convinieron las dimensiones del proyecto, esto es, la capacidad instalada, acordando que se debía construir una infraestructura para 110 mil líneas, entendiendo que en adelante el asociado estaba obligado a instalar ese número de líneas, teniendo Telecom el derecho correlativo de exigirlas.

Para sustentar este planteamiento, el Consorcio se apoya en el texto literal de algunas cláusulas del convenio y en el comportamiento de las partes en la ejecución del negocio.

3.2.3.1. A. Cláusulas que según el Consorcio determinan el número de líneas.

El Consorcio, para respaldar sus argumentaciones en cuanto al acuerdo de las partes sobre el tamaño del proyecto, vale decir, sobre el número de líneas que serían instaladas, acude expresa o implícitamente a varias estipulaciones contenidas en el convenio, en el anexo técnico y en el anexo financiero.

Respecto de las primeras —que en su opinión demuestran que el Consorcio tenía, dentro de las obligaciones fundamentales a su cargo, la de construir la infraestructura necesaria para la instalación de 110 mil líneas— pueden citarse las cláusulas primera, tercera, cuarta y sexta del convenio.

La cláusula primera establece que el objeto consiste en desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto para la zona E, "de conformidad con el plan de negocios acordado", con lo cual remite a dicho plan que contempla la instalación de 110 mil líneas.

La cláusula tercera —sobre el "Alcance del convenio"— señala que el Consorcio pondrá a disposición de Telecom la infraestructura que será requerida para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones de que trata dicho convenio.

La cláusula cuarta, precisa las obligaciones a cargo del Consorcio, dentro de las cuales la convocante destaca las siguientes:

"a) Entregar, instalar y poner en funcionamiento las redes y equipos necesarios e idóneos con todos sus accesorios, incluyendo los repuestos necesarios para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones, todo de conformidad con lo establecido en el anexo técnico (...) c) Poner a disposición de Telecom todos los equipos e infraestructura requeridos para el suministro del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para

la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y Soacha, los mismos que fueron detallados en la oferta de asociación y en los anexos del presente convenio, en la que se halla implícito todo lo necesario para el cumplimiento del objeto del presente convenio".

También se refiere a la cláusula sexta, que establece las obligaciones a cargo de Telecom, en particular a la contenida en el literal a), consistente en poner en funcionamiento la estructura y equipos suministrados por el Consorcio, así como operarlos, explotarlos y mantenerlos.

En relación con el anexo financiero, el Consorcio hace alusión a los numerales 1.6 y 1.7. El primero de ellos, señala el mes de entrada en operación de las 110 mil líneas, divididas en dos grupos de 60 mil y 50 mil líneas, respectivamente. Por su parte, el numeral 1.7 establece los meses para vender las líneas instaladas.

Se deduce de las cláusulas reseñadas que las partes no definieron en forma precisa y puntual las dimensiones de la red que debería conformarse para los propósitos buscados con el proyecto. Otras estipulaciones establecen la forma y oportunidad para decidir el tamaño de la infraestructura. Tal es el caso del parágrafo de la cláusula décima quinta que prevé que, después de la elaboración del estudio de demanda que el asociado debía efectuar dentro de los cuatro meses siguientes a la firma del convenio, las partes determinarían las dimensiones de la red. De igual manera, al establecer la misma cláusula que las instalaciones se harían de acuerdo con la demanda real que se presentara durante la ejecución del contrato, se infiere que los contratantes podrían variar la envergadura del proyecto en concordancia con el comportamiento de esa demanda.

Por tanto, las cláusulas referidas no pueden ser interpretadas en el sentido de que establecen un número específico de líneas para ser obligatoriamente instaladas por el Consorcio. Esas estipulaciones cuando manifiestan que el Consorcio deberá poner a disposición de Telecom la infraestructura necesaria para el cumplimiento de los fines del convenio, han de entenderse de manera armónica con todas las previsiones convencionales que conforman el contrato, de manera que se refieren a la infraestructura necesaria para conformar la red cuyas dimensiones hayan sido ulteriormente determinadas por las partes, según lo previsto en el convenio.

Las aludidas cláusulas también remiten a otros escritos que hacen parte del negocio jurídico, como son el plan de negocios (contenido en el anexo financiero); la oferta y el anexo técnico. En todos estos instrumentos se hace mención a 110.000 líneas, pero, de nuevo, con arreglo a la interpretación armónica de todas las estipulaciones, ha de concluirse que esa no es una cifra definitiva y absoluta, sino una cantidad estimada o una meta tentativa calculada por las partes, según las proyecciones de la demanda en la zona E.

Todo lo anterior permite arribar a la conclusión de que de las mencionadas estipulaciones contenidas en los distintos documentos que configuran el contrato, no puede deducirse la existencia de una obligación del Consorcio consistente en la instalación de una infraestructura para 110 mil líneas telefónicas.

3.2.3.1.B. El comportamiento de los contratantes.

En lo relativo al comportamiento de las partes a lo largo de la ejecución contractual, el Consorcio arguye que la forma como fue ejecutado el negocio respalda sus planteamientos, en especial en lo concerniente al acuerdo sobre el tamaño del negocio, el cual fue definido en 110 mil líneas, cantidad que en adelante siempre exigieron los funcionarios de Telecom y que el Consorcio instaló a cabalidad.

Al efecto señala que el Consorcio fue cumpliendo sus obligaciones hasta instalar 110 mil líneas, sin objeción de Telecom. A pesar de que esta empresa sabía del avance del proyecto y de sus dimensiones, lo que también conocía a través de la interventoría y fue discutido en el seno del comité de coordinación.

Las convocantes, en su alegato de conclusión, se refieren a diversos documentos, muy particularmente a las actas del comité de coordinación, para resaltar el comportamiento de los voceros de Telecom, del cual, en opinión del Consorcio, puede deducirse su entendimiento sobre las estipulaciones del convenio objeto de controversia, concretamente en el sentido de que el Consorcio tenía la obligación ineludible de instalar 110 mil líneas, y que Telecom debía hacer la liquidación del convenio con base en las líneas instaladas, asumiendo, por ende, el riesgo de demanda.

Sobre estos aspectos, una vez revisadas las actas en cuestión, ha de decirse que en algunas se aprecia que se determinó, por ambos contratantes, con respaldo en el estudio de demanda, que el número de líneas que deberían instalarse ascendía a 110 mil, y en varias ocasiones posteriores reiteraron que debía mantenerse la construcción de esa cantidad de líneas, en dos etapas. A estas manifestaciones les otorga el Consorcio una señalada relevancia, toda vez que para él la "demanda real" era "el número de líneas que (los contratantes) acordarían instalar bajo el convenio con base en el estudio de demanda a elaborar por el Consorcio", puntualizando que en el comité de coordinación los voceros de Telecom tenían el mismo entendimiento, al identificar "demanda real" con los resultados del estudio correspondiente (acta del 16 de mayo de 1996).

Y, a partir de la definición del número total de líneas, las actas que reseñan las sesiones del comité reflejan manifestaciones de funcionarios de Telecom dirigidas a señalar que era menester la construcción de una infraestructura para la instalación de esa cantidad de líneas. En este mismo sentido se observan actas en que personal de Telecom hace cuentas del saldo pendiente de líneas para completar el número de 110 mil. En otros casos ambas partes hacían alusión a la instalación de esa infraestructura. También el Consorcio hablaba de la cantidad faltante para la culminación del convenio para las 110 mil líneas. En igual sentido se mencionan los desplazamientos de los plazos establecidos en el cronograma de instalación para las 110 mil líneas.

Así, pues, las convocantes son enfáticas en afirmar que Telecom siempre estimó que el Consorcio tenía que instalar 110 mil líneas, a tal punto que nunca se opuso a esas instalaciones y, por el contrario, exigió la corrección de las desviaciones técnicas y pendientes técnicos que reclama no solo en relación con las líneas vendidas, sino respecto de todas las instaladas. Igualmente demandó que se le transfiriera la totalidad de la infraestructura construida y no la correspondiente a las líneas vendidas (acta 44).

Se subraya, de otra parte, lo expresado por los delegados de Telecom en el comité de coordinación, en el sentido de que la revisión del modelo económico al finalizar el convenio se haría con base en el número de líneas realmente instaladas (acta 14).

De todo lo anterior, el Consorcio infiere que Telecom siempre tuvo el inequívoco entendimiento de que era indispensable construir la totalidad de la infraestructura requerida para la operación de 110 mil líneas.

Podría decirse, entonces, que fueron muchas las manifestaciones de Telecom, a través de diversos funcionarios suyos, en especial de los asistentes al comité de coordinación, durante todo el tiempo que tomó la ejecución contractual, que mostrarían una conducta enderezada a poner en evidencia que el convenio obligaba al Consorcio a construir una infraestructura para instalar 110.000 líneas, y así se lo habría exigido siempre Telecom.

El tribunal considera —a la luz del análisis de los antecedentes que llevaron al perfeccionamiento del contrato, y en especial de las negociaciones realizadas y de los acuerdos concluidos en la fase precontractual— que para diciembre 27 de 1995, fecha en la cual Telecom le adjudicó al Consorcio el contrato para la zona E, la intención verdadera de los contratantes era clara y precisa respecto de la naturaleza jurídica del negocio que querían celebrar, así como respecto de sus elementos esenciales y características principales, incluida la correspondiente a la distribución de riesgos. En ese momento, a juicio del tribunal, no había dudas ni ambigüedades en cuanto a esos factores determinantes de la voluntad de las dos partes. Por eso, precisamente, suscribieron el contrato.

Las cosas vienen luego a confundirse con la redacción del anexo financiero y con ciertos comportamientos de los contratantes en la ejecución del negocio jurídico.

En relación con el comportamiento de las partes, es muy ilustrativa la explicación del profesor Ghestin, quien precisa que, "en principio, la intención común de las partes debe apreciarse el día de la celebración del contrato, si bien para ello el juez puede tomar en consideración elementos posteriores a la formación del contrato". Al efecto señala que la Corte de Casación Francesa ha puntualizado que, para desentrañar esa intención común, los jueces pueden basarse en el comportamiento ulterior de los contratantes, con lo cual "la jurisprudencia admite que la ambigüedad de un acto puede resultar de circunstancias de su ejecución" (Jacques Ghestin. Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat. 2ª. Edition. L.G.D.J. Nº 34).

En el seno del comité, los voceros de las dos partes hicieron o intercambiaron manifestaciones reiteradas respecto

del tamaño del proyecto, esto es, de una infraestructura para 110 mil líneas.

Pero ha de determinarse qué significado tienen estos comportamientos, así como el alcance de sus efectos, precisando si de ellos puede inferirse en forma clara —y hasta dónde— una interpretación o entendimiento común de las estipulaciones contractuales. En otras palabras, ha de definirse si la conducta mostrada por los miembros del comité de coordinación tiene la virtualidad de reflejar con nitidez la intención genuina de las dos partes, respecto de las materias que hoy ofrecen dudas y ambigüedades.

Para el tribunal, del comportamiento descrito no se deduce una voluntad clara y unívoca de las partes en cuanto a su significado y menos aún en cuanto a sus efectos. Quizá denote concordancia en punto al número de líneas, vale decir, respecto del tamaño del proyecto, lo cual podría explicarse por el hecho de que desde un comienzo, en julio de 1997, se definió en 110 mil el número de líneas y para la instalación de esa cantidad se elaboró el cronograma de instalaciones, cantidad que permaneció invariable a lo largo de la ejecución contractual, de manera que los funcionarios de Telecom, miembros del comité de coordinación, así como los técnicos de esa empresa, encargados de verificar la colocación de la infraestructura, no tenían otro parámetro, ni otro patrón o punto de referencia que el del tamaño del proyecto previamente determinado para exigir del contratista el cumplimiento de sus prestaciones, pues si bien el número de líneas hubiera podido modificarse como resultado del examen constante de la demanda real, ello nunca ocurrió.

Pero qué alcance o qué efectos se desprenden de ese acuerdo implícito sobre el tamaño del proyecto? Significa ello que el Consorcio tenía el deber y el derecho de entregar 110 mil líneas instaladas y Telecom la obligación de recibirlas? Y serían, entonces, las líneas instaladas las que generarían derechos económicos para el Consorcio, a pesar de las manifestaciones de que serían las líneas vendidas y no las instaladas las que producirían esas consecuencias? Desaparecería, por ende, la estipulación de que Telecom no garantizaría en ningún evento la demanda, toda vez que terminaría asegurándole al Consorcio los ingresos correspondientes al 90% del producido estimado para la totalidad de las líneas en el flujo de caja proyectado del modelo económico? Podría decirse acaso que quienes coincidieron tácitamente en cuanto a las dimensiones de la infraestructura tenían en mente convertir el contrato en una especie de suministro con pago de anticipo y con la garantía de ingresos y rentabilidad, no obstante las enfáticas expresiones en contra de tal interpretación y sobre la naturaleza del contrato hechas por Telecom a lo largo de la etapa precontractual?

A juicio del tribunal no atendería la lógica de lo razonable hacer derivar, de las menciones contenidas en las actas del comité de coordinación y en otros escritos sobre el avance operativo del proyecto, todas esas secuelas de una inusitada magnitud y de trascendentales repercusiones económicas para los contratantes. No cabe duda que el comportamiento de las partes que aquí se analiza no refleja un entendimiento común claro, unívoco y determinante del cual puedan desprenderse con nitidez todas las consecuencias indicadas. La voluntad conjunta que se podría deducir de esos antecedentes es de contornos borrosos, de proyecciones mal definidas y de alcance ambiguo u oscuro. De tales antecedentes no podría extraerse con precisión una intención mutua e incontrastable.

Por ende, no halla aquí el tribunal los elementos para llevar a cabo una interpretación auténtica del querer de las partes, pues el referido comportamiento no sirve de base para extraer con certeza la común intención de ellas, esto es, a través de la conducta mostrada por ambas, que pone en evidencia el mutuo entendimiento que tienen respecto de sus equívocas o dudosas manifestaciones de voluntad.

La búsqueda de la voluntad real a través del proceder de los contratantes sirve como regla hermenéutica en la medida en que la voluntad común que surja de la actuación conjunta sea, como se dijo, clara, unívoca y determinante en cuanto a su significado, a su alcance y a sus efectos, como cuando se debate cuál es la moneda de pago estipulada, pero se demuestra que el acreedor facturó sus despachos en una moneda, que la otra parte pagó con ella y el primero recibió dicho pago sin reservas.

En otras palabras, no puede pretenderse esclarecer declaraciones de voluntad ambiguas y oscuras mediante comportamientos también equívocos y confusos ya sea en cuanto a su contenido, ora en cuanto a su alcance y efectos.

De otra parte, con arreglo a lo visto sobre el particular en la primera parte de estas consideraciones, no sobra

subrayar que el comité de coordinación no podía, a través de sus decisiones, ni tampoco sus miembros mediante sus manifestaciones, modificar, salvo excepciones puntuales, las estipulaciones contractuales hechas por los representantes legales de las partes, pues no contaban con facultades dispositivas que los habilitaran para ello. Las funciones de dicho comité eran eminentemente operativas y de seguimiento del desarrollo del proyecto, como se desprende del texto de la cláusula décima del convenio, la cual señala que su propósito consiste en "desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimientos para dar soluciones efectivas en la prestación del servicio a los usuarios, de conformidad y en cumplimiento de este convenio", agregando que le corresponde, "en general, llevar un permanente seguimiento al desarrollo del convenio, con el fin de conocer oportunamente las situaciones que merezcan corregirse o mejorarse, a fin de lograr a cabalidad el objetivo del convenio".

Los únicos casos en los que el comité de coordinación podía variar lo estipulado por las partes en el convenio, están especificados taxativamente en la cláusula trigésima (…) y en el anexo financiero. Estas últimas atribuciones habrían de ser ejercidas por el comité con ocasión de las revisiones anuales y con miras a darle efectividad a los mecanismos de compensación previstos en el numeral 5.2 del aludido anexo.

Así las cosas, de haber lugar a compensaciones, se decidiría, en el seno del comité, y para restablecer el equilibrio económico del contrato, modificar las respectivas participaciones en los ingresos, variar la duración del convenio o cambiar el valor de rescate.

Con excepción de estas facultades explícitas y puntuales, el comité no podía de manera expresa y directa, ni de forma implícita, vale decir, a través del comportamiento de sus miembros, introducir variaciones o alteraciones en los pactos consignados en el convenio ni en los anexos. Pero si le era dado llenar vacíos técnicos y resolver los inconvenientes operativos que trastornaran el adecuado desenvolvimiento del proyecto. Por tanto, no contaba con facultades para, por ejemplo, dejar sin efecto la estipulación según la cual Telecom no garantizaba la demanda, ni extender la garantía otorgada sobre ingresos a rubros no comprendidos por esa cobertura, como sería ampliarla para asegurar el producido hipotético de líneas instaladas pero no vendidas.

Ahora bien, el tribunal, en su tarea de ponderación de las circunstancias propias del caso, en especial de aquellas que rodearon la etapa de negociaciones, así como en su labor de evaluación probatoria, no puede reconocerle el mismo peso de convicción o idéntico valor demostrativo de la real intención de las partes, a una supuesta voluntad auténtica y común deducida del comportamiento de ciertos voceros de los contratantes, que a las manifestaciones expresas efectuadas en la fase precontractual por los representantes legales de las partes, pues estas últimas estaban específica y deliberadamente dirigidas a determinar el contenido de los derechos y obligaciones esenciales de las partes, al igual que la distribución de los riesgos derivados del negocio. En esta etapa de definiciones cruciales, la atención de los representantes de los dos contratantes estaba concentrada en la determinación de estos temas puntuales de especialísima importancia.

Lo mismo no ocurría en las actuaciones posteriores de los miembros del comité de coordinación, sobre quienes ya no pesaba esa carga de atención y trascendencia. Las manifestaciones reseñadas en las actas en las que se habla de las dimensiones del proyecto, fueron hechas años después del perfeccionamiento del contrato, con ocasión del seguimiento del avance operativo del proyecto, por personal técnico y comercial que probablemente no participó en las negociaciones y que posiblemente no conocía con exactitud las particularidades jurídicas y económicas del contrato y que al hacer las aludidas manifestaciones no consideraba estar tocando las raíces mismas del negocio para modificarlas, pues no tenía atribuciones para ello, ni era el momento para rediseñar el convenio, ni la instancia para hacerlo, de manera que no podía tener conciencia de estar llevando a cabo semejante labor.

Ha de tenerse en mente, igualmente, que el proceso de formación del consentimiento de una empresa como Telecom, es complejo y con la intervención de varios de sus órganos, de manera que no es razonable pensar que la actuación de sus voceros en el comité de coordinación pueda sin más reflejar implícitamente la voluntad auténtica de la convocada en el sentido de introducir modificaciones no previstas en las estipulaciones contractuales. Por lo demás, no puede entenderse, como se dijo, que dichos voceros —que contaban con atribuciones restringidas, dado el limitado ámbito de competencia del comité— tuvieran el carácter de mandatarios aparentes, cuyas actuaciones, tendientes a modificar los acuerdos contractuales, tuvieran la virtualidad jurídica de producir efectos vinculantes

para sus mandantes.

En síntesis, las declaraciones hechas en desarrollo de las tareas encomendadas al comité de coordinación no pueden ser interpretadas en el sentido de que a través de ellas aflora una voluntad clara y común de los contratantes, capaz de disipar las dudas y ambigüedades surgidas con ocasión de la ejecución del contrato y que han sido sometidas a este tribunal.

3.2.3.2. A quién le correspondía la labor de comercialización.

Otro aspecto que ha suscitado polémica en el proceso es el relacionado con las labores de comercialización, es decir, con las actividades desplegadas para la promoción y venta de líneas telefónicas. La discrepancia gravita en torno a cuál de las partes le competía llevar a cabo tales actividades y quien en efecto las desarrolló. Se propone así al tribunal el análisis de otro comportamiento con el propósito de deducir de él un alegado entendimiento conjunto respecto de la verdadera voluntad de los contratantes en lo tocante a la distribución de riesgos que querían implantar en el negocio. El riesgo en concreto es el de la demanda real y se quiere inferir, como indicio determinante, que de la asignación de las tareas de mercadeo a una de las partes, ha de concluirse inequívocamente que a ella correspondería entonces asumir dicho riesgo, pues de esta manera podría controlarlo mejor y reducir las perspectivas de ocurrencia del mismo.

Las cláusulas del convenio no definen específicamente cuál era la parte responsable de la comercialización. El Consorcio, a partir de la interpretación de ciertas cláusulas, considera que Telecom tenía esa obligación contractual, como dicha empresa lo manifestó en la solicitud de cotización, y quedó implícito en diversas prestaciones a su cargo, que suponen gestiones propias del mercadeo. Con respaldo en estas consideraciones el Consorcio concluye, en su alegato final, que desde la solicitud de cotización Telecom tenía claro que la comercialización era obligación suya.

Con todo, las convocantes agregan en el aludido alegato que en reunión del 26 de agosto de 1996, se tomaron medidas, de acuerdo con lo previsto en la cláusula cuarta, literal d) para que las compañías asociadas participaran en la actividad de comercialización como respaldo a Telecom. Fue así, explican, como se llevó a cabo la comercialización, “con continuas reuniones y reportes dentro de un espíritu de interés común…”.

En criterio del Consorcio, este estado de cosas cambió con el advenimiento del nuevo gobierno en agosto de 1998, cuando “Telecom retomó el 100% de la actividad”, y decidió modificar “las premisas básicas de la instalación, ocasionando una caída sustancial en las ventas mensuales”. Así mismo, el Consorcio le reprocha a Telecom el no haber instalado el Centro de Gestión Metropolitana.

Con estas premisas, el Consorcio concluye que Telecom incurrió en incumplimiento de las prestaciones a su cargo, relativas a “la gestión, administración y en general operación del proyecto capital”.

Así las cosas, a pesar de la colaboración que el Consorcio acepta haberle prestado a Telecom, aquel insiste en que el principal obligado a adelantar las labores de comercialización siempre fue Telecom, de manera que en su entender, la comercialización era una tarea que correspondía cumplir a Telecom, en buena medida con recursos financieros facilitados por el Consorcio.

Por su parte, en el escrito que contiene sus alegaciones finales, Telecom argumenta que “las convocantes lideraron, desde el comienzo del convenio, la comercialización de las líneas… porque les correspondía según la cláusula sexta del mismo, y porque en la práctica habían determinado hacerlo mucho antes de que comenzaran las ventas de líneas”, con el fin de manejar el riesgo de demanda que habían asumido.

Puntualiza también Telecom que, según las actas del comité de coordinación, es claro que el Consorcio desempeñaba la función de comercialización y ventas, “como obligación que entendía como propia, y no subrogada de Telecom”.

Para la convocada, la forma como las partes ejecutaron el convenio no deja duda acerca de que el Consorcio directamente llevó a cabo las labores de comercialización porque entendía que era el responsable del resultado de las ventas.

Niega Telecom que en la “solicitud de cotización” hubiera quedado plasmada, como tarea de dicha empresa, la de adelantar las gestiones de comercialización, subrayando que, por el contrario, dicha solicitud requería que los oferentes incluyeran en el plan de negocios que debían elaborar, los costos y gastos de publicidad, mercadeo y ventas, lo que demostraría que tales oferentes no eran convidados de piedra en el adelantamiento de las tareas a que nos referimos.

La empresa convocada, con respaldo en la prueba documental aportada, en especial las actas del comité general de socios, y las del comité de coordinación, señala que “en la práctica, Teleconsorcio S.A. asumió por su cuenta la dirección y el desarrollo de la gestión comercial”, mientras que Telecom se hizo cargo de las actividades inherentes a su condición de operador.

Se aprecia, sin embargo, en las actas analizadas, que en ocasiones se repartían entre las dos partes los recursos del presupuesto de comercialización, con el fin de que ambas realizaran las actividades acordadas para cada una de ellas.

Telecom admite que a finales del segundo semestre de 1998, “se le traspasa la comercialización, que hasta el momento se encontraba en cabeza de Teleconsorcio S.A...”. Esto demuestra, agrega, que “la comercialización estuvo a cargo de Teleconsorcio S.A. hasta el 31 de diciembre de 1998 y que dicha empresa, hasta esa fecha, contaba con una organización propia para hacer las promociones de ventas.

Aún después de que Telecom se hizo cargo de las tareas a que nos referimos, esta puntualiza que “las políticas de comercialización y el seguimiento de esta labor continuaron siendo desarrolladas con la plena y activa participación de Teleconsorcio S.A.”, dado que esta “nunca dejó de intervenir en el tema comercial”, de suerte que continuo siendo parte decisiva en las determinaciones relacionadas con las labores de ventas.

Señala Telecom, de otra parte, que en la correspondencia cruzada entre Teleconsorcio S.A. y su subcontratista, Radiotrónica, se observa que Teleconsorcio S.A. admite ser el encargado de la comercialización.

Según estas alegaciones, el tema de la comercialización se habría dividido en dos etapas: la primera, del año 96 hasta finales de 1998, en la que el Consorcio habría sido el principal encargado de las labores de mercadeo; y, la segunda, de comienzos de 1999 hasta la finalización del convenio, en que ese rol lo habría jugado Telecom, si bien con el conocimiento y el concurso analítico de su cocontratante.

En relación con las anteriores alegaciones, el tribunal considera procedentes las siguientes precisiones:

Las recriminaciones mutuas que las partes se hacen en razón del deficiente cumplimiento de las gestiones propias de la comercialización y el mercadeo, así como por sus escasos o magros resultados, no tienen relevancia mayor en este proceso, pues el debate principal no gira en torno de la eventual responsabilidad derivada de la inobservancia de esas prestaciones, razón por la cual no obra prueba que demuestre fehacientemente los errores de conducta que se endilgan las partes, ni menos aún la relación causal que estos tendrían con el resultado lesivo que a la postre se produjo, pues no aparece en esta causa medio demostrativo que acredite puntualmente la cantidad de líneas que no fueron vendidas como consecuencia de los alegados hechos u omisiones imputables a cada uno de los contratantes.

Lo propio puede decirse de otras críticas que le formula el Consorcio a Telecom, atribuyéndole a su falta de diligencia los malos resultados de la labor de comercialización. Es así como se le reprocha a la convocada el marcado retraso en la conformación de su estructura administrativa interna para atender el nuevo negocio; las deficiencias del SAT, y sus falencias como operador del servicio. Por las mismas razones antes expuestas, el tribunal ha de reiterar que todas estas recriminaciones son inanes e irrelevantes, pues no está demostrado el impacto específico que esa alegada actitud, improvidente y descuidada de la convocada, tuvo respecto de las menores ventas de líneas, o en el retardo de su comercialización.

De otro lado, no puede inferirse del comportamiento mostrado por los contratantes un idéntico y común entendimiento acerca de cuál era la parte que tenía a su cargo la obligación de adelantar las acciones de promoción y venta de las líneas telefónicas. Tampoco cabría deducir de esas conductas la voluntad coincidente e inequívoca de los contratantes en el sentido de que la asignación de esa obligación era consecuencia inexorable de la asunción del riesgo de demanda por parte del deudor de dicha obligación.

Ha quedado demostrado que ambas partes, cada una en períodos distintos de la ejecución contractual, asumieron el liderazgo de la comercialización, siempre con el apoyo y colaboración de la otra. Luego no puede concluirse que a una sola de ellas le correspondían las gestiones de mercadeo, conclusión a la cual contribuye el silencio del contrato, que no asigna esa prestación de manera específica.

Es evidente que los dos contratantes —y no solo el que asumió el riesgo de demanda— tenían un vivo interés en ayudar a que las ventas se incrementaran rápidamente, pues los beneficios que ambas perseguían como resultado fructuoso del proyecto que emprendieron, provenían de la misma fuente, esto es, de los ingresos producidos por las líneas vendidas.

En síntesis, no es procedente aquí tampoco extraer una interpretación auténtica de la real voluntad de las partes a partir de la conducta mostrada por ellas en lo tocante con las labores de comercialización.

3.2.3.3. Declaraciones de funcionarios y asesores de Telecom.

El Consorcio en su alegato de conclusión le otorga relevancia a ciertas manifestaciones hechas por el doctor Eduardo Pizano, quien fuera Presidente de Telecom entre 1998 y 2000, ante el Congreso de la República.

Según las convocantes, lo dicho en esas ocasiones respalda la tesis que ellas defienden en este proceso.

Al efecto, precisan que en dos informes rendidos por el doctor Pizano al Congreso, en Septiembre y octubre de 1998 —uno de ellos presentado a la Comisión Sexta del Senado, y el otro a la Comisión Sexta de la Cámara de Representantes— se señalan los importantes desfases en los ingresos proyectados que se venían presentando en los contratos del proyecto Capital, cuyas consecuencias tendría que asumir Telecom, por entender que habría de responder por los ingresos de las líneas instaladas.

A juicio del tribunal, las declaraciones de funcionarios y asesores de la convocada no constituyen, por sí solas, medios demostrativos idóneos, pues no se inscriben dentro de ninguna de las reglas de hermenéutica con que nuestro ordenamiento dota al juez del contrato para la recta inteligencia de las estipulaciones que ofrecen dudas o presentan ambigüedades.

Obsérvese que las reglas de interpretación están enderezadas a concretar la verdadera voluntad de los contratantes en el momento de la celebración del negocio jurídico, si bien se admite que esa intención genuina y común puede desentrañarse a través de actuaciones posteriores de las partes llevadas a cabo con ocasión de la ejecución del contrato, siempre que dicha ejecución práctica y concordante sea realizada por ambos interesados, o por uno solo de ellos con la aquiescencia del otro.

Estos requerimientos no están presentes en el caso bajo estudio, por cuanto las manifestaciones que se han traído a colación tuvieron lugar tiempo después de perfeccionado el contrato con el Consorcio y no puede decirse que hubieren sido hechas con ocasión de su ejecución, esto es, del cumplimiento de las obligaciones contraídas o de la efectividad de los derechos reconocidos a las partes. Fueron, por lo demás, actuaciones independientes de Telecom, realizadas por personas que no participaron en las negociaciones precontractuales.

Adicionalmente, esas puntualizaciones se exteriorizaron sin el conocimiento previo ni la anuencia del cocontratante, de suerte que no puede inferirse de ellas una interpretación auténtica de las cláusulas oscuras.

Tales manifestaciones podrían tener peso probatorio en la medida que fueran concordantes con otros medios demostrativos, dándose así recíprocamente respaldo, para producir la convicción de que ciertos comportamientos reflejan un entendimiento unívoco y común de las estipulaciones que han dado lugar a discrepancias. Pero ese no es caso que nos ocupa, dado que, como fue ya precisado, no existen conductas coincidentes que de manera clara, precisa y determinante permitan deducir una interpretación genuina de las cláusulas contradictorias del negocio, a partir de la conducta mostrada por los cocontratantes.

3.2.4. La interpretación acorde con la naturaleza del contrato.

De conformidad con el artículo 1621 del Código Civil “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria,

deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato".

Según el Diccionario de la Real Academia, la naturaleza es la esencia y propiedad característica de cada ser. Igualmente, el diccionario la define como "Especie, género o clase". Desde este punto de vista la naturaleza de un contrato hace referencia a la esencia o característica propia del mismo, o a la especie, género o clase a la que pertenece.

Lo anterior implica que las estipulaciones contractuales deben interpretarse teniendo en cuenta la esencia del contrato que se interpreta y, en particular, el género al cual pertenece.

Lo anterior se confirma si se tiene en cuenta que el artículo 1501 del Código Civil distingue entre las cosas que son de la esencia, las que son de la naturaleza y las que son puramente accidentales en un contrato y a tal efecto dispone que "son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial". Bajo esta perspectiva, cuando se interpreta una cláusula contractual confusa, en principio debe preferirse el sentido que corresponda a dichos elementos naturales del contrato. Este es el sentido que le había asignado Pothier (R. J. Pothier. Tratado de las Obligaciones. Ed. Heliasta. 1978, página 65) quien señalaba que si en un contrato se hacía referencia a las reparaciones a cargo del arrendatario, debía entenderse que se refería a las locativas.

A lo anterior vale la pena agregar que de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

En un sentido análogo el artículo 871 del Código de Comercio dispone que "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

De esta manera, en la interpretación y determinación del contenido de los contratos es fundamental tener en cuenta su naturaleza.

A este respecto ha observado el tribunal que las partes calificaron el contrato de "convenio de asociación a riesgo compartido" y en la cláusula primera del mismo precisaron el objeto del convenio.

Así mismo, en otras disposiciones contractuales se hace referencia a que "Por tratarse de un contrato de asociación a riesgo compartido, la inversión y los gastos de financiación serán recuperados en la medida en que se establezcan en el plan de negocios. El nivel de riesgo será el establecido en el anexo financiero" (cláusula 4ª, literal l).

De igual manera, en la cláusula décima quinta las partes señalaron, multitud de veces citada en esta providencia e igualmente transcrita total y parcialmente, las partes señalaron:

"Las partes conocen y aceptan que el producto de los servicios depende de la capacidad instalada, funcionalidad y tiempo en operación de los equipos y de la demanda del servicio. Por tal razón los productos no son fijos sino variables; en consecuencia, las partes asumen el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los productos obtenidos durante el correspondiente ciclo de facturación y así sucesivamente. Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio".

Adicionalmente, circunstancia varias veces advertida es que en la solicitud de cotización expresamente se estableció que el contrato se encontraba sometido a las leyes colombianas y "de manera especial a la Ley 37 del seis (6) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993)". Por su parte el Consorcio, en la oferta que presentó el 24 de noviembre de 1995, manifestó que con ella expresaba su aceptación "a las disposiciones que sobre contratos de asociación contiene la Ley 37 de 1993".

Así las cosas, para las partes era claro, al menos antes de surgir la presente controversia, que el convenio que celebraban correspondía a los de riesgo compartido y se encontraba sujeto a la Ley 37 de 1993. Este entendimiento solo vino a cambiar con motivo del debate suscitado por la pretensión de Telecom de nulidad absoluta del negocio

y la réplica a la misma en cuya virtud el Consorcio convocante, pone en duda la aplicabilidad a la relación contractual en mención, de la Ley 37 de 1993. Esta nueva tesis del Consorcio no puede tomarse en cuenta para efectos de la interpretación del contrato, pues claramente no corresponde a la voluntad de las partes que, como ya se demostró, fue celebrar un convenio de asociación a riesgo compartido conforme a lo dispuesto por la citada ley.

Vale la pena aclarar que si bien la jurisprudencia de la Corte reiteradamente ha señalado que le corresponde al juez calificar el contrato, de conformidad con los elementos esenciales del mismo y en particular con su objeto y los derechos y obligaciones que las partes han estipulado, es evidente que para que el juez pueda recalificar un contrato en una forma distinta a como lo han hecho las partes, tiene que llegar a la conclusión, en primer lugar, de que el negocio que las partes han querido celebrar no corresponde en sus elementos esenciales a aquel cuya denominación le han otorgado. Cosa distinta ocurre cuando las partes han celebrado un contrato que por su objeto corresponde a una determinada categoría y discuten sobre el alcance de las obligaciones que del mismo se derivan, pues en tal evento es fundamental tener en cuenta las normas que lo rigen para interpretar el contrato, como ocurre en el presente caso.

Desde este punto de vista, ha de acudirse, entonces, a los textos de los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993, el primero en cuanto autoriza la celebración de los mismos, entre otras, a las entidades públicas adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones, y el segundo en la medida en que fija algunas estipulaciones de forzosa presencia en tales contratos, siendo de advertir asimismo que, de conformidad con la exposición de motivos del proyecto de ley que se convirtió en la mencionada Ley 37, se pretendió a través de la misma contemplar nuevos contratos como "… los contratos de asociación con personas jurídicas nacionales o internacionales, conocidos como *joint venture* (…)" (Exposición de Motivos, Gaceta del Congreso del 19 de octubre de 1992, página 14. En el mismo sentido la Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 112 de 1992 de la Cámara. Gaceta del Congreso, página 19).

Así pues, de conformidad con la ley y con los alcances explicados a espacio en la primera parte de estas consideraciones, a manera de síntesis y para los efectos que aquí conciernen, el contrato de asociación a riesgo compartido se caracteriza por los siguientes elementos:

a) La ausencia de una nueva persona jurídica.

b) El hecho de que el servicio se presta por la entidad pública responsable del mismo.

c) La circunstancia de que el contratista pone unos bienes y servicios para el desarrollo del proyecto, los cuales son de su propiedad.

d) Una participación en las utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta.

e) La posibilidad de que al terminar el contrato la entidad adquiera los bienes que el contratista haya aportado.

f) Una duración máxima de 10 años.

En los aspectos no regulados por la ley, el contrato se sujeta a las disposiciones de derecho privado.

Como se puede apreciar, procede hacer énfasis, de acuerdo con lo anterior, que es inherente a esta modalidad de contratación, que la misma implique una participación en las utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta. De esta manera, el asociado debe participar en el resultado de la actividad conjunta y asumir, por consiguiente, los riesgos de la misma.

En esto se distingue radicalmente el convenio de asociación a riesgo compartido del contrato de compraventa o de suministro, pues en estos, por regla general, el precio se fija de manera independiente de las utilidades o pérdidas del negocio que se va a desarrollar con los bienes que se adquieren, y en todo caso, si de alguna manera un componente del precio deriva de las utilidades o pérdidas del citado negocio, dichas utilidades o pérdidas no derivan de una gestión conjunta. Vale la pena destacar que el riesgo fundamental que asume el proveedor en un contrato de compraventa o suministro consiste en los costos de producción y entrega de los bienes correspondientes y sus posibles variaciones.

Así las cosas, si en la legislación colombiana el contrato de asociación a riesgo compartido implica que el asociado asume los riesgos derivados de la gestión conjunta, que en este caso se refiere al proyecto de Telecomunicaciones identificado en la cláusula primera del convenio, dichos riesgos no pueden limitarse a los que asume un proveedor y que no se refieren a una gestión conjunta de un proyecto, sino a su actividad para realizar el pago de la prestación.

De este modo, considera el tribunal que si se interpreta el contrato de riesgo compartido teniendo en cuenta los elementos que pertenecen a su esencia, no puede concluirse que el riesgo en el mismo para uno de los asociados esté fundamentalmente constituido en los desfases en el monto de la inversión a realizar para producir los bienes o en los costos de financiación de los mismos, pues tales riesgos no son los que caracterizan esta clase de contratos. No sobra anotar que, en forma consecuente con esta diferencia, y como ya se hizo ver en esta providencia, la doctrina señala que en los contrato de "*joint venture*" hay una inversión de riesgo y no una inversión financiera.

De otra parte, debe además advertir el tribunal que en los contratos de asociación a riesgo compartido para que se pueda afirmar que una parte asumió un riesgo, es necesario que el mismo sea relevante dentro de la estructura económica del contrato. De la misma manera que un precio irrisorio, esto es, una prestación que por su carácter manifiestamente desproporcionado no puede constituir contrapartida de la cosa que se adquiere, no es reconocido por el legislador como precio, la asunción de riesgos que no tienen mayor relevancia dentro de la estructura económica del contrato, no permite sostener que con los mismos se cumple el propósito legal al contemplar que en el contrato deben precisarse la forma de distribuir las utilidades o pérdidas correspondientes.

En esta medida, no considera el tribunal que el asumir el riesgo de flujo de caja que se presenta en el proyecto, esto es, que los ingresos no se presenten en la oportunidad inicialmente prevista sino posteriormente, permita sostener que se asumieron los riesgos propios de un contrato de asociación a riesgo compartido, ni siquiera por el hecho de que la iliquidez temporal generada por la tardanza en percibir los ingresos, conlleve la asunción de los costos financieros para superarla.

Tampoco considera el tribunal que la posibilidad de que el Consorcio asuma el 10% de las desviaciones del flujo de caja real frente al flujo de caja proyectado del modelo económico, sea suficiente para determinar que de allí resulta la distribución de beneficios y pérdidas a la que se refiere el ordinal c) del artículo 10 de la Ley 37 de 1993, pues en el fondo, el efecto que produce dicha regla es simplemente que el Consorcio reciba una menor utilidad.

Lo anterior conduce por consiguiente a descartar la aplicación literal del anexo financiero en cuanto a la liquidación del convenio, pues ella conduciría a que el Consorcio solo soportara el riesgo de inversión propio de un contrato de compraventa o suministro. Por tal razón se debe concluir que la metodología para la liquidación del convenio y el cálculo del valor de rescate, ha de tomar en consideración las líneas vendidas.

3.2.5. Interpretación en contra de quien redactó las cláusulas.

En el presente caso, no cabe la aplicación de esta regla contenida en el inciso 2º del artículo 1624 del Código Civil, toda vez que no se reúnen las condiciones exigidas —según fueron explicadas al tratar previamente en este laudo del significado y alcance de las reglas de hermenéutica contractual— para darle aplicación a esa pauta legal.

Debe recordarse que la mencionada regla solo procede cuando después de haber acudido a los demás métodos para desentrañar la verdadera voluntad de los contratantes, esa labor ha resultado infructuosa, de manera que como última solución el legislador prevé la utilización de un mecanismo extremo, consistente en interpretar la estipulación confusa contra quien la redactó, con lo cual no se busca ya hacer aflorar la intención genuina de los contratantes, sino resolver una disputa, que de otra manera sería insuperable.

Pero a esa situación no se ha llegado en el presente caso, toda vez que se ha logrado esclarecer la mencionada voluntad real de los contratantes, a través de las verdaderas reglas de interpretación contenidas en el ordenamiento.

No se trata, además, de un contrato de adhesión propiamente dicho. Es cierto que Telecom preparó el texto preliminar del contrato y lo acompañó con la invitación a ofertar que dirigió a las firmas que luego se convirtieron en sus contratistas; también es verdad que funcionarios de la convocada en cierto momento señalaron que se trataba de un contrato de adhesión. Pero también quedó demostrado que la minuta inicial sufrió cambios como

resultado de los planteamientos de los oferentes, como quedó plasmado en la Circular 2 y en el acta de la reunión del 22 de noviembre de 1995. Es igualmente claro, como lo reconoce el Consorcio en su alegato final, que en el período comprendido entre la presentación de las ofertas y la fecha de suscripción de los contratos, se llevaron a cabo negociaciones individuales con cada proponente que versaron sobre aspectos importantes del negocio, algunos de los cuales fueron recogidos luego en el anexo financiero.

Finalmente, las discrepancias con el texto del convenio provienen de las estipulaciones plasmadas en el aludido anexo financiero, cuyo proyecto inicial fue preparado por el Consorcio y luego intervinieron voceros de las dos partes para analizarlo, de suerte que a ambas le son imputables las inconsistencias y ambigüedades, razón de más para que no proceda la aplicación de la regla en comento, la cual tiene, sin duda, una connotación sancionatoria para la parte a la que le sean atribuibles los yerros y vacíos de las estipulaciones controvertidas.

Vale la pena puntualizar que si bien Telecom en algún momento manifestó que el convenio era de adhesión, lo cierto es que ha quedado demostrado que el texto inicialmente propuesto por Telecom, fue discutido entre las partes y finalmente modificado en algunos aspectos atendiendo sugerencias de las asociadas, entre ellas las convocantes.

3.2.6. El valor de rescate y los elementos para determinarlo.

Como ya se expresó, para el tribunal la determinación del valor de la compensación como consecuencia de la revisión final debe hacerse comparando el flujo de caja del modelo económico real con el flujo de caja del modelo económico ajustado por el número de líneas vendidas.

Puestas en este punto las cosas, en la medida en que en verdad quedó demostrado que el riesgo asociado a la demanda del servicio no fue objeto de garantía por parte de Telecom a favor de las compañías convocantes, hay lugar entonces a concluir:

(i) Que la primera no se encuentra obligada a efectuar al Consorcio que integra a las segundas, reconocimiento o pago de compensación alguna por aquellas líneas instaladas y no vendidas durante la ejecución del convenio C-0060-95;

(ii) Que para estos efectos, carece de relevancia la distinción contractual existente entre las participaciones que recibirían los asociados durante la vigencia del convenio y el valor de rescate a pagar por Telecom;

(iii) Que en cuanto se sustenta en un método de cálculo elaborado sobre una base que supone la existencia de la garantía en mención, el contenido literal de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero del convenio en cita, contradice sin remedio el texto de la cláusula décima quinta del mismo; y en fin;

(iv) Que frente a esta contraposición, en aplicación de las cláusulas primera, parágrafo primero, y trigésima cuarta del propio convenio C-0060-95, las disposiciones contenidas en su cláusula décima quinta deben prevalecer por voluntad expresa de los contratantes.

Significa lo anterior, en síntesis, que por encontrarse fundadas con arreglo a derecho, están llamadas a prosperar y en consecuencia recibirán despacho favorable en este laudo, las cinco primeras pretensiones formuladas como principales en la demanda de reconvención reformada, lo que por lógica lleva consigo la desestimación de los argumentos defensivos que se identifican en el acápite pertinente de la contestación a dicha demanda, como excepciones “segunda”, “séptima”, “octava”, “novena”, “décima”, “décima primera” “décima segunda” y “décima tercera”; e igualmente excusa al tribunal de efectuar pronunciamientos sobre el mérito de alegaciones argumentativas de consideración eventual, como son en el caso presente, la pretensión “quinta” formulada por la reconviniente con carácter subsidiario de la quinta principal; la excepción formulada por la misma entidad como “décima cuarta” (nulidad del contenido de los numerales 5.3. y 5.4 del anexo financiero del convenio) en el escrito de réplica a la demanda inicial reformada; y en fin, la excepción que, bajo el nombre de “Caducidad de la acción de nulidad de que trata la pretensión subsidiaria quinta”, propuso el Consorcio con el fin de enervar esa misma pretensión.

4. El alegado incumplimiento de las obligaciones del Consorcio.

4.1. El retraso imputable al Consorcio en la instalación de la infraestructura, afecta el valor de rescate.

En su alegato de conclusión Telecom manifiesta que el Consorcio, por causas que le son imputables al mismo, retardó de manera apreciable la instalación de la infraestructura, lo cual desplazó el cronograma de ventas, perdiéndose por ello parte importante de la demanda previamente estimada, pérdida esta tanto en términos de cantidad como de calidad, que incidió en la menor venta de líneas, lo que ha de repercutir en el nivel del valor de rescate que se calcule en favor del Consorcio a la terminación del convenio.

Los argumentos que sobre estas materias expone la convocada son del siguiente tenor:

Telecom puntualiza que en el presente proceso arbitral se logró establecer la causa por la cual el Consorcio incurrió en un marcado retraso en la instalación de la infraestructura. Dicha causa la atribuye a acciones y omisiones culposas de la firma Radiotrónica, subcontratista del Consorcio, encargada de la mencionada instalación, mediante un contrato de obra que celebraron con ese propósito.

Precisa la convocada que, a pesar de los graves y reiterados incumplimientos de Radiotrónica, el Consorcio tomó la decisión de instalar con el apoyo de esta el número máximo de líneas que permitía el convenio, a su propio riesgo, sin analizar las reales posibilidades de vender esas líneas, toda vez que no evalúo la situación de la demanda para las fechas en que se llevó a cabo la instalación.

Señala Telecom que el Consorcio, en diversas ocasiones, indicó cuáles, en su entender, eran las causas del notorio retardo en el programa de instalaciones, pero sin incluir los constantes incumplimientos de Radiotrónica. Así, por ejemplo, en el acta 14A del comité de coordinación, el Consorcio atribuyó los retardos, únicamente, a ciertos conflictos con las autoridades de Bogotá, cuando la razón fundamental era la inadecuada gestión de su subcontratista.

Así mismo, en otras ocasiones el Consorcio atribuyó el fracaso de las previsiones económicas de las partes, a hechos ajenos a ella, en particular, la caída de la demanda, y al bajo tráfico telefónico que afectaron el flujo de caja, pero sin mencionar para nada los problemas que afrontaba con Radiotrónica. Según lo anterior, como para las convocantes Telecom habría asumido tanto el riesgo de demanda como el de tráfico, que eran los causantes de los desfases de ingresos, la empresa estatal estaría obligada a pagar íntegro el valor de rescate, liquidado sobre líneas instaladas.

Debido a esas deficiencias de Radiotrónica, la infraestructura fue finalmente instalada en fechas muy posteriores a las previstas, es decir, de aquellas para las cuales se esperaba la existencia de la demanda inicialmente proyectada. Fue así como esos retardos disminuyeron los ingresos reales frente a los proyectados.

Para demostrar los apreciables retardos imputables a Radiotrónica, Telecom trae a colación las afirmaciones del propio Consorcio, plasmados en el escrito de la demanda arbitral que formuló contra su subcontratista, en la que se puntualiza que tales retardos son plenamente atribuibles a culpa de Radiotrónica, por lo que demanda la indemnización de los perjuicios derivados de su incumplimiento, en particular, por los ingresos que habría dejado de recibir frente a lo proyectado en el modelo financiero del convenio con Telecom, estimados por las partes en el contrato de obra (cláusula 15) en la suma de sesenta y cinco centavos de dólar (USD$ 00.65) por línea y por día de atraso. Esto demuestra, a juicio de la convocada, que “para el Consorcio, el calendario de instalación original siempre estuvo vigente y era el exigible durante la ejecución del convenio”. También demuestra que para las convocantes “era Radiotrónica —y no a Telecom— a quien correspondería asumir la supuesta perdida de ingresos que pudieren sufrir frente a lo estimado en el modelo proyectado… como consecuencia del retardo en las instalaciones…”.

A pesar de lo anterior, expresa Telecom, en la demanda que dio origen al presente proceso arbitral, el Consorcio omitió toda mención a los incumplimientos de Radiotrónica y al impacto económico de sus retardos sobre el equilibrio del modelo económico, dado que pretende el valor pleno del valor de rescate, basado en la totalidad de las líneas proyectadas, “independientemente de que estas instalaciones se hubieren realizado en cualquier fecha”, y sin importar si para esas épocas subsistía, o no, la demanda originalmente estimada en el estudio correspondiente.

De otra parte, Telecom se refiere en detalle al argumento del Consorcio en el sentido de que el modelo económico

plasmado en el anexo financiero es un modelo en equilibrio, para las dos partes, para cuya preservación sería menester que a la terminación del contrato, las convocantes recibieran los ingresos previstos en el modelo proyectado, lo cual les permitiría obtener el retorno esperado sobre la inversión efectuada de acuerdo con el límite de riesgo pactado (10% del flujo de caja proyectado).

Con arreglo a lo anterior, Telecom precisa que los elementos del equilibrio aludido son: a) el valor de la inversión; b) el momento en que dicha inversión es efectuada; c) los ingresos generados por dicha inversión durante el período objeto de análisis y d) la tasa de descuento.

Sobre la inversión Telecom subraya que, a la luz del convenio, el Consorcio debía efectuar el aporte e instalación —en un determinado cronograma— de la infraestructura y era suyo el riesgo de que estos aportes y labores costarán más. Agrega que el monto de la inversión se determinó por las partes y era invariable.

En cuanto a la oportunidad de la inversión, la convocante resalta que la misma se iba haciendo de acuerdo con el cronograma de instalación, cuya observancia tenía una señalada importancia para el mantenimiento del modelo en equilibrio, pues era indispensable que las líneas estuvieran a disponibilidad del público en los plazos previstos en el convenio, dado que las fechas reales de instalación definen el período durante el cual se podrían obtener ingresos, lo que a su turno determina el retorno sobre la inversión. Así las cosas, el equilibrio supone el cumplimiento de un cronograma de inversión.

Por su parte, los ingresos generados por la inversión se determinan por el número de usuarios que han adquirido líneas, el consumo de estos, las tarifas aplicadas y los servicios prestados. Al momento de elaborarse el flujo de caja proyectado, las partes estimaron el comportamiento de estas cuatro variables, siendo fundamental, para la previsión de los ingresos, el tiempo durante el cual estos serían percibidos, lo cual dependía del cumplimiento del cronograma de instalaciones.

Para tener derecho a las garantías ofrecidas por la convocada, esta arguye que el Consorcio debía cumplir cabalmente las prestaciones correlativas a su cargo, en especial la de instalar la infraestructura, de acuerdo con las especificaciones estipuladas, y de hacerlo en el término previsto en el convenio, esto es, con observancia del calendario de instalación, que era de obligatorio cumplimiento.

Sobre el particular —señala Telecom— en el anexo financiero se estableció un cronograma de instalación y cronograma de ventas. Para el primero se fijaron dos etapas. Una inicial, en la que se instalarían 60.000 líneas y una posterior de 50.000 líneas. La primera etapa concluiría en el mes 11 y la segunda en el mes 23, a partir de la fecha de suscripción del contrato. Para las ventas se previó que se enajenarían a razón de una doceava (1/12) parte de las líneas instaladas en cada uno de los meses siguientes a la fecha de terminación proyectada para su instalación. Estos plazos se establecieron porque el Consorcio tenía la idoneidad técnica para cumplirlos y porque Telecom quería disputarle a su competidor ETB parte de ese mercado.

Según estas explicaciones, la garantía de Telecom presuponía el cumplimiento, por parte del Consorcio, del cronograma de instalaciones, dado que si la infraestructura no se instalaba en los plazos previstos, ello demoraría la venta de las líneas y retardaría la percepción de los ingresos esperados, los cuales se recibirían durante un lapso más breve del previsto, con lo que se reduciría el flujo de caja del Consorcio, que en este caso, no tendría derecho a cobertura, pues estos desfases le serían imputables a él mismo, o por lo menos no serían atribuibles a la convocada.

De otra parte, explica Telecom que el Consorcio realizó las inversiones proyectadas con posterioridad a las fechas previstas, en razón de las demoras respecto del cronograma de instalaciones, y en consideración a que los desembolsos en favor de Radiotrónica debían hacerse, por lo general, de acuerdo con el avance de las obras. Con base en estos antecedentes, Telecom sostiene que, gracias al desplazamiento de los pagos del Consorcio, el valor presente del flujo de caja y la rentabilidad de las convocantes aumentaría, superando lo inicialmente estimado, aumento que sería significativo, toda vez que el valor del contrato suscrito con Radiotrónica equivale a casi la mitad de la inversión proyectada. Esto, desde luego, si se mantuviera intacta la garantía de ingresos, a pesar del retardo en la instalación.

Así las cosas, la convocada afirma que otorgó la garantía establecida en el convenio en consideración de las condiciones del mercado que mostraba el estudio de demanda y bajo la premisa de que el Consorcio cumpliría las obligaciones a su cargo en cuanto a calidad de los equipos y oportunidad de las instalaciones. Por ello garantizó los ingresos desde la fecha establecida en el modelo para que la red entrara en servicio, en el entendimiento que en ese momento existiría la demanda contemplada en el estudio correspondiente, de suerte que razonablemente podía esperarse que los ingresos estimados se producirían. Así Telecom esperaba captar rápidamente el mercado que ETB aún no había atendido.

El retardo de las instalaciones quebrantó los presupuestos sobre los cuales la convocada concedió la garantía, agravándole a esta el riesgo que asumió, toda vez que en el interregno variaron sustancialmente las condiciones del mercado, por acciones de la competencia. Con esto se rompió —asevera Telecom— el equilibrio del modelo económico por la disminución de los ingresos proyectados, toda vez que el desplazamiento de la fecha prevista para que comenzaran a recibirse, recorta el período durante el cual el proyecto habría de producirlos.

La convocada hace énfasis en lo que estima una incoherencia del Consorcio, pues —respecto de lo previsto en la cláusula 15— señala que su obligación era instalar de acuerdo con el comportamiento de la demanda real y que esta era la que resultara del estudio elaborado por él, concluyendo que su obligación consistía en instalar 110 mil líneas, dado que esta fue la demanda real que arrojó el estudio en cuestión, lo que significa que habrían cumplido cabalmente lo pactado.

Con todo, señala Telecom, el Consorcio no cumplió en los términos que se desprenden de su propia interpretación, pues el estudio de demanda determinó la existencia de una demanda para el primer año (año cero) equivalente a 93.651 líneas, que exigía su inmediata instalación, para que esta coincidiera con la demanda real existente. Pero dicha instalación no tuvo lugar de inmediato, ni siquiera dentro de las fechas más amplias establecidas en el cronograma del modelo económico proyectado, ni con base en ningún cronograma. Esto demuestra, según la convocada, que el Consorcio no llevó a cabo las instalaciones de acuerdo con la demanda real, pues ello le hubiera exigido instalar, en el primer año, más de 90.000 líneas, en vez de 60.000, con lo cual los ingresos se hubieren producido con antelación y seguramente hubieren excedido los previstos en el modelo económico proyectado.

A pesar de los notorios incumplimientos, el Consorcio —a través de su subcontratista, Radiotrónica— siguió instalando un altísimo número de líneas, por fuera de toda programación, sin saber si se podrían vender, ni cuando, dado que nunca actualizó el estudio demanda que había realizado años atrás, no obstante el dinamismo mostrado en la zona por las empresas competidoras.

Así las cosas, a juicio de la convocada, si la garantía que reclama el Consorcio se mantuviera intacta, a pesar del incumplimiento del cronograma de instalaciones, esto significaría que el producido de las líneas estaría asegurado aún antes de haber sido instaladas. E incluso si se entendiese que la garantía solo opera a partir de las instalaciones, en ese caso Telecom considera que “las líneas nacerían “garantizadas”… como si fuese razonable suponer que todas las líneas del convenio pudieran venderse y comenzar a producir tráfico desde el mismo día en que fuesen instaladas”.

En síntesis, Telecom arguye que por hechos y omisiones imputables a las convocantes, desaparecieron los supuestos con base en las cuales concedió la garantía establecida en el convenio, de manera que de dicha garantía no puede prevalerse el Consorcio en la forma en que lo pretende, pues requiere de ajustes indispensables que den cuenta de la instalación extemporánea de las líneas y de sus efectos sobre las ventas de las mismas.

Para demostrar el incumplimiento del Consorcio respecto de la oportuna instalación de las líneas, Telecom trae a colación ciertas estipulaciones del contrato de obra celebrado entre este y Radiotrónica, los problemas que se presentaron durante su ejecución y el proceso arbitral que se adelantó para resolver las diferencias surgidas entre esos dos contratantes.

Dicho contrato se celebró el 22 de abril de 1996, y su objeto preveía, entre otras prestaciones a cargo de Radiotrónica, la de conseguir las licencias y permisos que se requirieran y la realización de las obras necesarias para la construcción de la planta externa del proyecto.

A juicio de Telecom, el aludido contrato de obra fue celebrado por las convocantes con “el único propósito de cumplir sus obligaciones derivadas del convenio”, de manera que aquel era un contrato espejo de este, en lo tocante a obra civil y planta externa.

Agrega Telecom que dentro de las consideraciones plasmadas en el contrato de obra, se señaló que el número máximo de líneas a instalar sería 110 mil pero que, de acuerdo con “el progreso de la venta de líneas… se podía modificar el número de líneas a instalar bajo el convenio y el presente contrato”.

Al igual que lo pactado en el convenio, en el contrato de obra se estipuló que Radiotrónica debía construir la planta externa para sesenta mil líneas, en una primera etapa que concluiría el 26 de noviembre de 1996. En una segunda etapa, que se extendería hasta el 26 de noviembre de 1997, debían instalarse las líneas restantes hasta un tope de cincuenta mil.

Hace notar Telecom que para la primera etapa —si es que como lo afirma el Consorcio la demanda real era aquella resultante del estudio de demanda— se ha debido pactar en el contrato de obra la instalación de noventa y tres mil líneas, y no de sesenta mil, durante el primer año de ejecución del contrato.

De otra parte, el literal h de la cláusula 12 del contrato de obra, coloca en cabeza de Radiotrónica la obligación de “tramitar ante las autoridades correspondientes las diligencias que sean necesarias para la consecución de permisos, licencias, etc., relacionadas con la ejecución de la obra”. Con todo, allí se previó que “cualquier demora que se produzca como consecuencia del retraso administrativo no es imputable al contratista”. Lo anterior quiere decir, en palabras de Telecom, que, bajo el convenio, la obligación de obtener las licencias le correspondía al Consorcio y este le trasladó su cumplimiento a Radiotrónica.

Para el caso de eventuales retardos en la instalación de las líneas, por causas imputables a Radiotrónica, en la cláusula 15 del contrato de obra se estableció una cláusula penal, con la función de evaluación anticipada de perjuicios, en los siguientes términos:

“El lucro cesante originado por el faltante de ingresos esperados en el plan de negocios acordado entre Telecom y el Consorcio, por causas imputables al contratista será valorado en la siguiente forma: en este caso el contratista estará obligado a pagar al Consorcio por las líneas no instaladas según el cronograma, una suma ascendente de 65 centavos de dólar (USD$ 0.65) por línea y por cada día de retraso”.

De acuerdo con lo anterior, los ingresos proyectados en el modelo económico que no fueren recibidos por el Consorcio como consecuencia de los retardos en la instalación, atribuibles al subcontratista, tendrían que ser pagados a las convocantes por Radiotrónica y no por Telecom.

La convocada afirma, con respaldo en el dictamen sobre planta externa, que el 26 de noviembre de 1996, fecha límite para la instalación de las primeras sesenta mil líneas, Radiotrónica no había entregado aún ni siquiera una línea instalada. Y lo propio ocurrió a la finalización del término pactado para la entrega de las obras de la segunda etapa, esto es, el 26 de noviembre de 1997, por cuanto para esta fecha Radiotrónica solo había entregado 27.000 líneas, correspondientes a la primera etapa, tal como lo reconocieron las convocantes en el hecho 3.2 de la demanda arbitral que incoaron contra su subcontratista.

A pesar de los graves y reiterados incumplimientos de Radiotrónica, el Consorcio accedió a suscribir con ella cuatro otrosís, destinados, básicamente, a ampliar el término de duración del contrato de obra, a prorrogar el plazo de entrega de los trabajos y a mantener vigentes las pólizas de cumplimiento de las obligaciones contraídas por la subcontratista. Tales modificaciones relativas a la duración del mencionado contrato se suscribieron el 1º de abril de 1998 (a esta fecha solo se habían entregado cincuenta y seis mil líneas, cuando desde noviembre del año anterior debería haberse completado la instalación de las ciento diez mil líneas); el 1º de julio del mismo año (extendiendo el plazo hasta el 31 de octubre del citado año, a cuyo vencimiento solo se habían instalado 78.000 líneas); el 26 de enero de 1999 (que prorrogó la entrega hasta el 31 de julio de 1999) y 31 de julio del mencionado año (fecha para la cual se habían entregado 29.497 líneas de la segunda etapa). En los tres últimos otrosís el Consorcio se reservó expresamente el derecho de reclamar a Radiotrónica la indemnización de los perjuicios derivados de sus sucesivos incumplimientos.

El 10 de febrero de 2000, el Consorcio le informó a Radiotrónica su decisión de terminar anticipadamente el contrato de obra, dado que durante cuatro años esta última había incurrido en apreciables e injustificadas demoras.

En efecto, según el perito de planta externa —ingeniero Nelson Arturo Mejía— la primera fase de instalación, correspondiente a sesenta mil líneas, tuvo un retardo de 18 meses, mientras que la segunda etapa, que comprendía 50.000 líneas, tuvo un retraso de 27 meses, todo respecto del cronograma de instalación previsto en el anexo financiero.

Por los antecedentes que vienen de reseñarse, afirma Telecom, el Consorcio dio por terminado, de manera unilateral y anticipada, el contrato de obra y luego inició un proceso arbitral contra Radiotrónica, con el fin de que se le declarara civilmente responsable por los detrimentos patrimoniales causados al Consorcio como consecuencia de los incumplimientos en que aquella incurrió, razón por la cual se solicita que se la condene a resarcir al Consorcio, a título de lucro cesante, por un monto de más de 22 y medio millones de dólares.

Esta pretensión resarcitoria, arguye Telecom, se refiere a los ingresos dejados de percibir por las convocantes en el marco del convenio C-060-95, lo que demostraría que una parte de la suma aquí perseguida, por concepto de la garantía a cargo de Telecom, ya fue reclamada y obtenida en el proceso arbitral adelantado contra Radiotrónica, de suerte que el Consorcio estaría buscando una doble indemnización. Se trataría del mismo perjuicio económico, al menos parcialmente, pues en ambos casos el demérito consiste en las sumas dejadas de recibir y que teóricamente habrían producido las líneas a partir de la fecha proyectada para su venta, fecha que en la realidad se pospuso por el retardo en las instalaciones. Para el lapso de retardo imputable a Radiotrónica, el Consorcio obtuvo una reparación liquidada a razón de USD$ 0.65 por línea y por día.

Fue así como el tribunal arbitral concluyó que los retrasos eran atribuibles a Radiotrónica, pero puntualizó que el Consorcio le habría condonado el incumplimiento ocurrido hasta la firma del primer otrosí, al no existir salvedad alguna en este documento sobre la posibilidad de reclamar por tal incumplimiento.

Afirma Telecom que el representante legal de las convocantes, al rendir su declaración de parte en este proceso, argumentó que estas no podrían hacer un doble cobro por cuanto Radiotrónica se había quebrado.

Volviendo a la demanda arbitral, Telecom subraya que el Consorcio también pidió que se condenara a Radiotrónica a pagar a aquel las sanciones que pudiere imponerle Telecom por mora o incumplimiento parcial en las obligaciones que contrajo mediante el convenio, siempre que tales incumplimientos fueran imputables a Radiotrónica. Esto pone en evidencia, a juicio de Telecom, que del incumplimiento de Radiotrónica podría derivarse, a su turno, el incumplimiento de las prestaciones a cargo de las convocantes surgidas del convenio C-060-95.

La convocada llama la atención sobre las causas expuestas por el Consorcio como generadoras de los retardos en las instalaciones, todas ellas imputables a Radiotrónica. Dentro de tales causas se planteó el retardo en el trámite de las licencias. Sobre esta materia el Consorcio arguyó en su alegato de conclusión (presentado en el proceso arbitral contra Radiotrónica), que su subcontratista había incurrido en un atraso apreciable para iniciar el trámite de las licencias, labor que le correspondía desarrollar. A este respecto, el apoderado del Consorcio fue enfático al afirmar que “la gran mayoría de las solicitudes de licencias se presentaron en noviembre de 1996, cuando ya debía haberse entregado la primera fase de sesenta mil líneas, razón por la cual los peritos concluyeron que el trámite de las licencias se había iniciado tardíamente. Así mismo sostuvo el Consorcio en el indicado alegato que Radiotrónica incumplía continuamente la normatividad vigente para el trámite de los permisos y licencias, lo que generó demoras que le son imputables, dado que con ello se excedió la usual duración de tales trámites. Ejemplo de lo anterior es la Resolución 1263 del 4 de octubre de 1996, mediante la cual planeación distrital ordenó la suspensión inmediata de los trabajos de excavación, por no cumplir Radiotrónica las condiciones y especificaciones establecidas en la licencia de excavación. De otra parte, en el oficio 97092202 del 22 de septiembre de 1997, enviado por el gerente de interventoría de Teleconsorcio S.A., a Radiotrónica, con el que adjunta un documento de planeación distrital en el que se afirma que la demora en el trámite y expedición de licencias solicitadas por Radiotrónica obedece a que existe un importante volumen de casos en los que la documentación presentada estaba incompleta. Diversos documentos adicionales fueron puestos de relieve por el apoderado del Consorcio, en los que se hace alusión a la violación, por parte de Radiotrónica, de disposiciones

aplicables y en las cuales se le insta para agilizar los trámites a su cargo.

También el Consorcio le endilgó a su subcontratista el retardo en la elaboración de los diseños, no obstante que contaba con toda la información necesaria para cumplir, dentro del plazo previsto, con esa tarea. Le reprochó, igualmente, la deficiente calidad de los planos y la necesidad de someterlos a múltiples correcciones.

Otra causa alegada por el Consorcio, como origen de los incumplimientos atribuibles a Radiotrónica, es la de su incapacidad para cumplir el cronograma, a pesar de que, con carta del 20 de diciembre de 1995, que Radiotrónica le dirigió al Consorcio, respecto de los plazos para las instalaciones, aquella manifestó que podría cumplir las exigencias de Telecom, "e incluso estaríamos en disposición de dar servicio telefónico antes de lo exigido por ellos".

Muy por el contrario, Radiotrónica incumplió reiteradamente todos los plazos y sus prórrogas, lo que, en palabras de las convocantes, se debió a su incapacidad para llevar a cabo con la celeridad requerida las contrataciones de personal, la falta de materiales para la ejecución de las obras y el lento avance de los trabajos, todo lo cual refleja su falta de idoneidad para acometer las labores contratadas en las fechas previstas y con las calidades requeridas. Para respaldar estas afirmaciones el Consorcio hizo alusión, en su alegato de conclusión, a 22 oficios, que a lo largo de la relación contractual le dirigió a Radiotrónica resaltando los crecientes retardos en que estaba incurriendo, y los perjuicios que estaba ocasionando, lo cual se debía —según se afirma en un concepto técnico de la interventoría que adelantaba NEC— a "una mala planeación, organización, dirección y control en todas sus áreas…", concluyendo que Radiotrónica "no cuenta con la capacidad técnica, administrativa, operativa necesaria para manejar un proyecto de esta magnitud…".

Estos planteamientos del Consorcio fueron acogidos por el tribunal arbitral, en cuyo laudo se reconoce de manera específica que Radiotrónica incumplió las obligaciones derivadas del contrato de obra.

Telecom manifiesta que el Consorcio, en los planteamientos que ha formulado en el presente tribunal arbitral, ha guardado silencio sobre los antecedentes que acaban de reseñarse, de los cuales resulta —por las propias aseveraciones de las convocantes— que las causas de los apreciables retardos en la instalación de las líneas son por completo imputables a su subcontratista: Radiotrónica.

Es así como el Consorcio, según lo explica Telecom, ha tratado de invocar otras causas generadoras de los retardos y ha sostenido que lo acontecido en el contrato de obra no tuvo repercusión sobre el convenio, "por tratarse de contratos distintos", con estipulaciones diferentes, argumento que rechaza Telecom, por cuanto se trata de contratos espejo, siendo claro que la causa del contrato de obra fue la necesidad de cumplir las prestaciones contraídas por las convocantes, mediante el convenio, todo lo cual se ve reforzado por el hecho de que la indemnización reclamada contra Radiotrónica, por el incumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato de obra, consiste en la pérdida de ingresos para el Consorcio bajo el convenio, por la extemporánea instalación de las líneas, que el Consorcio le imputa a Radiotrónica. Por ello también se pide que se condene a Radiotrónica a pagar al Consorcio el valor de las sanciones que Telecom le pudiere imponer a este por el incumplimiento de las obligaciones que contrajo mediante el convenio.

Para Telecom no puede hablarse entonces de contratos distintos, dado que "se trata del mismo proyecto, de las mismas líneas, los mismos plazos, el mismo estudio de demanda y los mismos usuarios".

Dentro de las causas generadoras de los retardos en la instalación —que no fueron invocadas en el proceso arbitral contra Radiotrónica, o que fueron planteadas por esta última, pero rechazadas por el Consorcio— se formulan ahora por las convocantes en el presente proceso las siguientes: ausencia de interconexión, sanciones del DAMA, ausencia de los lotes para ELU(s), circunstancias que —en palabras de Telecom— se presentan como eventos por fuera del control del Consorcio y de Radiotrónica, de manera que los retardos en la instalación no podrían ser atribuidos a esta última. A más de lo anterior, el Consorcio alega que, a pesar de los retardos, ejecutó correctamente el convenio.

Respecto de la falta de interconexión el Consorcio alega que incidió directamente en el retraso al cronograma y que dicha interconexión era una tarea a cargo de Telecom. Con esto se da a entender que, de no haber sido por este

problema, las líneas del proyecto habrían estado listas para ser vendidas dentro de los tiempos programados. Frente a este argumento, Telecom puntualiza que el tema de la interconexión jamás afectó la instalación de las líneas, pues aquella estuvo disponible desde antes de la construcción de las líneas, siendo claro que no se pueden interconectar equipos que carecen de red.

En diciembre de 1996, señala Telecom, celebró el contrato de interconexión con ETB, fecha para la cual el Consorcio no había instalado ni una sola línea. Agrega la convocada que en julio de 1997 (cuando aún no se habían instalado 5.000 líneas) se inició el "proceso de robustecimiento de la interconexión", mediante la instalación semanal de seis enlaces E.1, durante 18 semanas. Al término de dicho proceso (a mediados de diciembre de 1997) el Consorcio solo había instalado 25.000 líneas, según lo indicado por el perito en planta externa.

Telecom sostiene que obtuvo la interconexión dentro del término más breve posible, habiendo acudido incluso a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para agilizar el trámite. Afirma, igualmente, que para instalar líneas no se requiere de interconexión, pues esta es un contrato entre operadores de redes. En síntesis, Telecom arguye que el tema de la interconexión jamás afectó la venta de las líneas, pues en las fechas en que estas estaban programadas, no habían líneas para la venta.

En cuanto a las sanciones del DAMA, el Consorcio —en el arbitraje contra Radiotrónica— presentó este asunto como un evento ajeno a él, pero imputable a su subcontratista, toda vez que señaló que la causa de la decisión del Distrito en el sentido de detener las excavaciones, con lo que se paralizaron las obras, se debió al incumplimiento, por parte de Radiotrónica, de las condiciones y requisitos establecidos en la licencia de excavación. Esto lo verificó el tribunal arbitral, con base en las resoluciones del DAMA, como se observa, a modo de ejemplo, en el tercer considerando de la Resolución 509 de 1998, en el que se precisa que la orden de suspensión obedece a problemas de señalización, manejo del espacio público, manejo de escombros, problemas de hundimiento y fisuras en pavimentos y andenes. De igual manera, en los conceptos técnicos del DAMA, 2879 y 3234 del 7 y del 25 de septiembre de 1998 se da cuenta de otros incumplimientos de Radiotrónica a los requerimientos de la mencionada autoridad ambiental.

Otra causa que explicaría los retardos es la ausencia de lotes para ELU(S), dado que, según el Consorcio, Telecom habría insistido en la compra de lotes para ubicar las ELU, y había retrasado la alternativa de acudir al arrendamiento o al comodato.

Sobre este tema afirma Telecom que la compra de los aludidos lotes era una obligación contractual del Consorcio y que el arrendamiento no estaba contemplado en el convenio, de manera que si se acogía esta alternativa se disminuiría el valor de la inversión que debían efectuar las convocantes.

La convocada resalta el hecho de que en el proceso arbitral contra Radiotrónica, esta planteó este argumento para justificar los retardos, pues alegó que la demora en la determinación de esos lotes le impidió hacer oportunamente el diseño, y adelantar el trámite de las licencias.

Con todo, el Consorcio rebatió tales argumentos en los siguientes términos: "… oculta Radiotrónica que la responsabilidad de la consecución de terrenos, incluidos los sitios para las ELU estaba a su cargo, por otra parte… los peritos técnicos manifestaron… que "no obstante, en la práctica, si conocemos en aproximación la ubicación posible de una ELU se puede avanzar en el diseño y hacer la solicitud de licencia y posteriormente se pueden solicitar las variaciones que fueren necesarias". Finalmente, olvida también Radiotrónica que el trámite de las licencias para la "canalización general" y para las "redes directas", que se inició exageradamente tarde, nada tiene que ver con los sitios para emplazar las ELU ni con sus diseños…".

Así, pues, subraya Telecom, las convocantes rechazan, como causa de los retardos, la indefinición de los lugares para ubicar los señalados equipos, y en cambio encuentran esa causa en la ausencia de diseños y en la falta de permisos, lo que postergó la iniciación de los trabajos.

El comité de coordinación, agrega Telecom, autorizó el arrendamiento o el como dato de los lotes para superar la dificultad de adquirir los terrenos, lo que no reviste carácter de fuerza mayor, ni puede verse como algo imputable

a Telecom, pues era responsabilidad de Radiotrónica, dentro del marco del contrato de obra, conseguir esos predios, obligación que no cumplió dicha subcontratista ni el Consorcio.

Como ya se dijo, las convocantes también han alegado, la correcta ejecución del convenio, no obstante los retardos en que incurrieron respecto del cronograma de instalación. Sobre esta materia, recalca Telecom, el representante legal de las convocantes, en su declaración de parte, afirmó —con respaldo en una gráfica que exhibió— que, a diferencia de lo que el Consorcio había sostenido en el arbitraje contra Radiotrónica, en el presente caso, esto es, en el del convenio con Telecom, los retardos no tuvieron ningún efecto adverso.

El mencionado representante legal puntualizó que por diversas razones, ninguna de ellas imputable al Consorcio, se había incurrido en atrasos respecto del cronograma de instalación, pero que a pesar de ello la demanda no se vio afectada nunca, pues siempre existió, de acuerdo con las solicitudes de líneas registradas en el SAT, de suerte que las instalaciones se llevaron a cabo de conformidad con la demanda real.

A estos planteamientos se opone diametralmente Telecom, pues es enfática en recalcar que no es verdad que existiera la misma demanda de líneas a lo largo del período en que se realizaron las instalaciones. Al respecto señala que las solicitudes a las que se refirió el representante legal del Consorcio no son todas equivalentes u homogéneas, dado que bajo esa denominación se encuentran diversos grupos que deben distinguirse entre sí. Agrega que en el SAT se acumularon las solicitudes de un largo período, lo que no puede considerarse, para un momento determinado, como “demanda real”, pues muchas de esas solicitudes dejaban de ser efectivas por diversas razones, sin que se descargaran del sistema.

Telecom, para ilustrar sus explicaciones en relación con la acumulación de información en el SAT, señala que, por ejemplo, una solicitud efectuada en junio de 1996 y jamás atendida por falta de red, habría permanecido en el SAT hasta cuando se hiciera una depuración de los datos del sistema. Y lo propio ocurriría con solicitudes retiradas, o desistidas, o con aquellas en que ya no tuvieren ningún interés los solicitantes por haber adquirido la línea a la competencia. En todos estos supuestos se mantendrían las solicitudes en el SAT, a pesar de que la demanda ya se habría perdido. Por tanto, concluye Telecom, “la línea violeta” (“solicitudes”) que contiene datos acumulados, no es idónea para mostrar el estado actual de la demanda”.

Por esta razón, agrega, en diciembre de 1997 Telecom debió retirar del sistema 80.000 solicitudes. Esto significa que la demanda existió en algún momento, pero se perdió, por falta de disponibilidad de líneas debido al retardo en la instalación.

Telecom rechaza, igualmente, la alegación del Consorcio, formulada a través de la declaración de su representante, doctor Guerra, quien en su exposición mostró en la gráfica que exhibió una línea verde que denominó “business plan ajustado”, cuyo propósito era el de demostrar que las líneas se instalaron a tiempo, porque el cronograma de instalación habría sido modificado por acuerdo de los contratantes con posterioridad a la firma del convenio.

En relación con esta tesis, Telecom subraya lo que, en su entender, constituyen posturas incoherentes de las convocantes, pues en este proceso sostienen que siempre hubo demanda para las líneas que instalaron y que su instalación se hizo dentro de los nuevos plazos pactados por las partes. En cambio, en el arbitraje contra Radiotrónica fueron enfáticas en afirmar que la demanda se había perdido como consecuencia de los retardos en la instalación imputables a su subcontratista. Por ello pidieron que se les indemnizaran los perjuicios sufridos, entre ellos, las sanciones que por incumplimiento del cronograma original les impusiera Telecom, y los deméritos patrimoniales generados por el retardo en la instalación, lo que suponía que el cronograma de instalaciones no había sido modificado.

El mencionado “business plan ajustado”, resultaría —según las convocantes— de una serie de eventos tratados en el comité de coordinación, y reseñados en sus actas, relacionados con el cronograma de instalación, de los que se inferiría la voluntad implícita de los contratantes de variar el aludido cronograma.

Con todo, replica Telecom, el perito de planta externa precisó en su dictamen que las señaladas alteraciones al cronograma no corresponden a modificaciones del contrato, sino a referencias en el comité de coordinación acerca del avance de las instalaciones. Sostiene en consecuencia la convocada que las partes jamás acordaron un nuevo

calendario para llevar a cabo las instalaciones.

Sobre este tema puntualiza Telecom, que no era posible modificar el cronograma por "ausencia de acuerdo en el objeto", por cuanto las instalaciones debían realizarse de conformidad con la demanda real, esto es, la que se encuentra en la realidad, no la resultante de un estudio de demanda, agregando la convocada que ella no garantizó el riesgo derivado de las variaciones en la demanda. De ahí que el representante legal del Consorcio hubiera reconocido en su declaración que Telecom jamás reclamó por los retardos en la instalación, pues ello no hubiera sido congruente con la carencia de garantía de demanda y con la obligación de la empresa estatal de solo pagar por las líneas vendidas. Por tanto, dentro de este contexto —arguye Telecom— "no hay lugar a hacer referencia alguna a una modificación al cronograma de instalaciones, puesto que dentro de esta teoría no existe obligación alguna de instalar líneas de conformidad con algún cronograma teórico, y siendo esto así, no habría objeto alguno susceptible de modificación".

En el mismo orden de ideas, la convocada sostiene que no puede tenerse por modificado el cronograma original de instalaciones, por "la imposibilidad de condonar incumplimientos por la simple conducta contractual", tesis esta que respalda en la cláusula vigésima novena del convenio, según la cual si una parte "acepta la renuncia de cualquiera de los términos y condiciones previstos en el convenio", dicha renuncia no podrá ser interpretada como renuncia a un incumplimiento posterior, "ni tampoco dicha conducta será considerada como validación de conducta".

Agrega Telecom que "aún ante una supuesta aceptación tácita de Telecom del aplazamiento de las fechas del cronograma de instalaciones…", esto no puede significar que "también tenía el propósito de aceptar que se alterase en su contra el plan de negocios inicialmente convenido" y menos aún que "tuviera el propósito de mantener a favor de las convocantes las supuestas garantías que antes les habría ofrecido con el fundamento en el cronograma original de instalaciones".

Señala, igualmente, que de su conducta no puede inferirse voluntad alguna enderezada a condonar el incumplimiento imputable a las convocantes, toda vez que en los comités de coordinación se limitó a hacer manifestaciones respecto de los retardos incurridos, lo que es parte del seguimiento de la ejecución del contrato.

Luego de referirse a las distintas actas de las sesiones del comité de coordinación en las que se habrían hecho modificaciones al cronograma, Telecom sostiene que no existe prueba alguna que permita concluir que en algún momento condonó el incumplimiento de las convocantes.

Recuerda la convocada que, según el Consorcio, tenían que hacerse las instalaciones de acuerdo con la demanda real que resultara del estudio de demanda. Sin embargo, agrega, que, no obstante la prolongada demora, las convocantes no efectuaron ningún ajuste al estudio en cuestión, a pesar de que era indispensable llevar a cabo un nuevo estudio para identificar la demanda real existente en las fechas en que finalmente se instalarían las líneas, toda vez que este tipo de información se desactualiza rápidamente.

Puntualiza Telecom que el Consorcio siempre manifestó que los atrasos fueron generados por causas distintas al incumplimiento de Radiotrónica. Así las cosas, si Telecom hubiera estado de acuerdo en modificar el cronograma, esa supuesta voluntad habría estado viciada por basarse en informaciones engañosas de las convocantes.

De igual manera, Telecom afirma que del comportamiento contractual del Consorcio no puede inferirse su consentimiento para modificar el cronograma, pues jamás consideró que esto hubiera ocurrido. Por el contrario, precisa la convocada, en múltiples ocasiones expresó su entendimiento en el sentido de que el cronograma de instalación había permanecido intacto. Así lo reiteraron las convocantes en varios apartes de la demanda arbitral que incoaron contra Radiotrónica, pidiendo que se le condenara a responder por cualquier sanción que, por incumplimiento, le impusiere Telecom al Consorcio, lo que no ocurriría si se hubiese llegado a un acuerdo para prolongar los plazos del cronograma de instalaciones. Así mismo, se demandó de Radiotrónica la reparación de los perjuicios sufridos por las convocantes por la pérdida de ingresos a partir de los términos fijados en el cronograma de instalación. Tales perjuicios no podrían haber ocurrido si se hubiere modificado dicho cronograma y con él el plan de negocios.

Cabe señalar que dados los sucesivos retardos de Radiotrónica, las partes en el contrato de obra prorrogaron los plazos de instalación, pero en todos esos casos el Consorcio siempre consideró a su subcontratista como incumplido y se reservó el derecho de demandarlo por su incumplimiento. Lo propio se refleja en la copiosa correspondencia cruzada entre el Consorcio y Radiotrónica, en la cual aquel le insiste a esta sobre la obligación de cumplir con el cronograma inicial de instalación, y sobre los perjuicios que, en caso contrario, podrían generarse.

Telecom, con el fin de reiterar cuál era el entendimiento del Consorcio a este respecto, trae a colación algunas manifestaciones escritas de su representante legal, de las que se deduciría que para las convocantes no se modificó el cronograma de instalaciones y que las fechas establecidas en este se incumplieron.

La convocada también explica que no puede considerarse modificado el cronograma en cuestión, toda vez que esta interpretación no tendría "razonabilidad financiera", por cuanto los supuestos aplazamientos de las instalaciones se habrían convenido sin que paralelamente se hubiera estipulado la ampliación del término de ejecución del convenio, para permitirle al Consorcio mantener íntegro el período productivo originalmente pactado, pues, en caso contrario, se reduciría la rentabilidad esperada, dado que se generarían ingresos durante un período más corto, todo lo cual incidirá en el aumento del valor de rescate que a la postre tendría que cubrir Telecom en cumplimiento de la garantía cuya efectividad persigue el Consorcio.

Lo lógico hubiera sido que, de haberse pactado un nuevo cronograma, se hubiera hecho un replanteamiento del negocio, con la debida valoración del mercado aún existente, lo que exigía la elaboración de un nuevo estudio de demanda, una nueva estimación de ventas y un nuevo flujo de caja proyectado, pues solo así, arguye Telecom, sería razonable pensar que esta empresa hubiera accedido a mantener la supuesta garantía de la demanda para una época distinta a la originalmente prevista, cuando era de esperar la reducción de la demanda real por la acción dinámica de la competencia en la zona.

Agrega la convocada que cambios de las magnitudes anotadas, han debido constar expresamente en un documento modificatorio del convenio suscrito por los representantes legales, tal como lo dispone la cláusula 23, la cual no le otorga tales facultades al comité de coordinación, al no asistían los representantes legales.

Telecom —partiendo de la tesis del Consorcio, sobre la función del modelo en equilibrio para las partes, en el cual se basaría la garantía de demanda que en su entender habría otorgado la empresa estatal— enumera las consecuencias de los retardos en las instalaciones, así:

— Disminución del valor presente del flujo de caja real, dados los menores ingresos generados durante un período más corto de operación de las líneas, con lo cual se presenta (o acrecienta) una diferencia frente al 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico. Diferencia que, según el Consorcio, ha de ser compensada por Telecom y Radiotrónica. Con todo, señala la convocada, la reducción de tales ingresos se debió al incumplimiento del subcontratista del Consorcio y no a la realización del riesgo supuestamente garantizado por Telecom.

— Pérdida de la demanda y detrimento en la calidad de la demanda atendida, toda vez que en un ambiente de competencia se procura captar primordialmente la demanda que tiene un mayor potencial de consumo, dada su situación socio-económica. En este caso, por los retardos en las instalaciones, los operadores competidores atendieron la demanda inicialmente estimada, con lo cual el Consorcio se ocupó del remanente que era inferior en cantidad y calidad. Al respecto, Telecom, para respaldar estas alegaciones, se apoya en manifestaciones de testigos técnicos que declararon en el proceso, quienes subrayaron el comportamiento dinámico de la demanda, lo que hace imprescindible cumplir los cronogramas para capturarla, so pena de perderla con la competencia, lo que significa —según lo puntualizó el perito financiero— la reducción de los ingresos por venta de líneas, e incluso que "algunas líneas instaladas no vendidas en razón del atraso nunca se puedan vender. También significa "menos tiempo de operación de las líneas vendidas… lo que representa menor facturación por venta de servicios", todo lo cual perjudica a las dos partes.

Sobre esta materia, Telecom señala que las convocantes, en los alegatos de conclusión que presentaron en el proceso arbitral contra Radiotrónica, resaltaron las pérdidas de la demanda y las consideraron como una secuela de los retardos imputables a la aludida demandada. A pesar de ello las convocantes siguieron instalando sin actualizar

jamás el estudio de demanda, no obstante que esta, por efectos de la competencia, ya había desaparecido o se había reducido sustancialmente.

— Cambio de las condiciones del mercado sin ajuste en los parámetros de ejecución.

Telecom indica que en el hecho 22 de la demanda, el Consorcio manifiesta que definió en su oferta lo que había de entenderse como demanda real, esto es, la resultante del estudio de demanda. Sin embargo, los atrasos en las instalaciones afectaron la demanda inicialmente encontrada, tanto en su cantidad, como en su calidad, sin que el Consorcio actualizara dicho estudio, el cual, con el transcurso del tiempo, ya no reflejaba la realidad, en virtud de la actividad desplegada por la competencia. Toda vez que el Consorcio siguió instalando con respaldo en un estudio desfasado en varios años, Telecom arguye que aquel incumplió conscientemente sus obligaciones, pues no instaló de conformidad con la demanda real, por cuanto no verificó si para la fecha efectiva de las instalaciones subsistía la demanda. Su único propósito, en palabras de la convocada, era el que al final del convenio estuvieran instaladas todas las líneas, para cobrar las garantías que alega le confirió Telecom.

Varios de los testigos técnicos que declararon en el proceso, coincidieron en que las condiciones del mercado son cambiantes, tanto por la oferta de otras empresas competidoras, como por los cambios en la situación económica del país, de suerte que los estudios de demanda deben actualizarse y monitorearse constantemente, dependiendo del dinamismo del mercado en cuestión.

Por ello Telecom puntualiza que el Consorcio asumió el riesgo y las consecuencias económicas de instalar sin verificar la existencia de la demanda real en el momento de la instalación, con lo cual violó los compromisos que contrajo mediante el convenio.

Es así como, precisa Telecom, para la fecha de expiración del término del convenio (mar. 27/2002), se encontraban instaladas casi todas las líneas (107.866), pero apenas se habían vendido 60.229 líneas, según lo explica el perito de planta externa. Aún así, no obstante que faltaban cerca de cincuenta mil líneas por vender, el Consorcio siguió instalando hasta llegar a 110.289 en abril de 2002, un mes después de terminado el convenio.

Telecom subraya que no solo es relevante el número de líneas instaladas, sino la fecha de su instalación, pues de esta depende el momento de su venta y su capacidad para generar ingresos. Para las convocantes este último aspecto es irrelevante y por ello aspiran a hacer efectiva una garantía que les asegure los ingresos generados por líneas que no habían sido aún instaladas. Telecom rechaza esa pretensión, alegando que el Consorcio debe asumir todo el riesgo financiero y de demanda de las instalaciones tardíamente efectuadas.

— Con respaldo en lo anterior, Telecom afirma que las secuelas nocivas de la tardía instalación —en particular, la falta de ventas, o la demora en las mismas, así como las apreciables devoluciones de líneas ya vendidas y los bajos consumos de los usuarios— deben afectar, únicamente, a quien dio lugar al retraso, vale decir, al Consorcio.

— Resalta así Telecom que quedó demostrada la “excepción genérica” que propuso en la contestación de la demanda reformada, consistente en el incumplimiento, por parte de las convocantes, de las obligaciones contraídas mediante el convenio, toda vez que no instalaron de conformidad con la demanda real existente, ni acataron el cronograma de instalaciones proveniente del estudio de demanda realizado, por causas imputables a su subcontratista: Radiotrónica, con lo cual se redujeron los ingresos que habría de producir el proyecto, afectando el valor presente del flujo de caja real del Consorcio, con lo cual se genera una diferencia de dicho flujo frente al valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico, diferencia que Telecom no está llamada a cubrir, pues no se debe a la ocurrencia de hechos por los que la convocada deba responder, sino al acaecimiento de circunstancias atribuibles a las convocantes, según se explicó.

— Los anteriores planteamientos le sirven de respaldo a Telecom para pedirle al tribunal que no acceda a aplicar la garantía otorgada por dicha empresa sobre los ingresos dejados de percibir por causas atribuibles a las convocantes, limitando el alcance de la garantía a los riesgos no afectados por el comportamiento del Consorcio.

— Recuerda, sobre este particular, que el retardo en la instalación de las líneas produjo la pérdida de la demanda que se encontraba disponible en el momento previsto inicialmente para la venta de las líneas y el deterioro en la calidad de la demanda finalmente atendida, toda vez que los clientes más atractivos fueron servidos por la

competencia.

— De lo anterior se deduce que Telecom habría concedido la garantía con base en las condiciones del mercado previstas inicialmente, las que permitieron estimar como factible la venta de 110 mil líneas, lo cual presuponía el puntual cumplimiento del cronograma de instalaciones para satisfacer la demanda real encontrada. Sin embargo, debido a la demora en las instalaciones, las condiciones del mercado cambiaron, de manera que no puede hacerse efectiva la garantía respecto del riesgo alterado o agravado por causas imputables al Consorcio, que permitieron a la competencia atender parte importante de la demanda. Así las cosas, el riesgo de demanda no ha de ser cubierto, limitándose la garantía a compensar el riesgo por variación tarifaria y el de variación en los consumos de los usuarios.

— En el mismo sentido Telecom sostiene que debido al detrimento en la calidad de la demanda, ocasionado también por la demora en la instalación de las líneas, se alteró el perfil de pago de los usuarios, lo que explica el alto número de devoluciones, aspecto no previsto por las partes. Esto, a juicio de Telecom se explica porque la competencia logró conseguir los usuarios con un mejor perfil, quedando el remanente del mercado para ser atendido por el convenio.

El perito calculó el valor que arrojaría la garantía, eliminado el riesgo de demanda —lo que coincide con la interpretación de Telecom respecto de la metodología para la revisión final del negocio. A esta solución se llegaría por dos caminos distintos: el primero, admitiendo que Telecom jamás concedió garantía de demanda, por estar prohibida en la cláusula décima quinta; o, el segundo, aceptando que se dio tal garantía, pero que las convocantes la perdieron, en virtud del incumplimiento en el cronograma de instalación.

Para este efecto, el perito financiero (pregunta 14 de Telecom) hizo la evaluación correspondiente, tomando en consideración el número de líneas efectivamente vendidas y el cronograma real de ventas, pero excluyendo las líneas devueltas y retiradas del servicio, desde el momento en que ello sucedió.

De esta manera se calculó un flujo de caja en el que se elimina la garantía de ingresos durante el período en que era imposible percibirlos, por carencia física de infraestructura, así como en el lapso comprendido entre la instalación de una línea y su venta.

El perito compara entonces el flujo de caja del modelo económico ajustado, elaborado con los parámetros explicados, con el flujo de caja real, arrojando una diferencia a cargo de Telecom que -llevada a favor futuro a la fecha de terminación del convenio, para ser utilizada como valor de rescate- asciende a USD$ 54.872.862.

4.2. La posición del Consorcio frente a las imputaciones que le formula Telecom por los retrasos en la instalación de la infraestructura.

A este respecto las convocantes arguyen que ambas partes contribuyeron a que no se cumplieran los cronogramas inicialmente establecidos, lo que equivale a plantear una culpa compartida. Agregan que los contratantes se exoneraron recíprocamente de la obligación de indemnizar perjuicios correspondientes al lucro cesante por demoras durante la ejecución del convenio.

Sobre el incumplimiento de los cronogramas, el Consorcio sostiene que no se probó que los atrasos fueran imputables a él y si bien admite que estaba obligado a observar el cronograma de instalaciones, puntualiza que "existían una serie de requisitos de tipo ambiental y jurídico que hacían que la responsabilidad fuese compartida y aún anterior de Telecom", pues "cronológicamente existían obligaciones anteriores a cargo de Telecom, antes de que procediera la instalación de la infraestructura…".

Así mismo plantean las convocantes que para el cálculo del valor de rescate las partes no previeron ninguna penalización por los incumplimientos en el cronograma acogido por ellas y que, por el contrario, se exoneraron de pagar reparaciones por lucro cesante (cláusula 20).

En su entender, esto obedece a que los atrasos en las instalaciones solamente se verían reflejados en los ingresos esperados por cada parte (riesgo de liquidez) que afectaría a los dos contratantes. Así las cosas, para el Consorcio "sus principales ingresos esperados no se producirían durante el desarrollo del convenio, sino menguado al final

cuando se le pagare el valor de rescate".

Hacen énfasis las convocadas en que "no existe contractualmente una fórmula de exigir ni medir este daño", y ello implicaría una modificación a las estipulaciones de las partes, más aún si se tiene en cuenta que no hay lugar a que el Consorcio le reconozca a Telecom ningún detrimento por lucro cesante, que es a lo que darían lugar las demoras en el cronograma de instalación.

De otra parte, las convocantes son categóricas en afirmar que la comercialización de las líneas instaladas era una labor que le correspondía exclusivamente a Telecom y que este incumplió las obligaciones a su cargo relacionadas con dicha labor. Agregan que desde la reunión del 26 de agosto de 1996 —en concordancia con lo previsto en la cláusula 4 literal d— "se tomaron medidas para que los socios participaran en la actividad de comercialización como soporte a Telecom". Con todo, a partir de agosto de 1988 Telecom retomó el 100% de la actividad comercializadora y "cambió las premisas básicas de la instalación, ocasionando una caída sustancial en las ventas mensuales".

También el Consorcio le reprocha a Telecom la demora en que incurrió para el establecimiento del centro de gestión metropolitana.

Con base en lo anterior, las convocantes concluyen que Telecom incumplió sus prestaciones relativas a "la gestión, administración y en general operación del proyecto capital", lo que generó "consecuencias económicas negativas para las partes".

Otro incumplimiento que el Consorcio le atribuye a Telecom es el denominado "Desfases inalámbricos". Sobre esta materia afirma que, como consta en el Oficio G.T.334-97 "a la fecha de 18 de septiembre de 1997, apenas se estaba solicitando adelantar los trámites ante el Ministerio de Comunicaciones para la aprobación de las frecuencias respectivas. Esta obligación estaba a cargo de Telecom". Agrega que, según las explicaciones del perito de planta externa, la fecha de la aprobación correspondiente habría sido el 18 de noviembre de 1997, "lo cual llevaría a que la fecha de Service-In de las 3.000 líneas inalámbricas sería agosto de 1998" (El perito precisó que la instalación y pruebas de la red inalámbrica se terminan 9 meses después de la aprobación de las frecuencias).

De igual forma se refiere el Consorcio a los "Desfases II Fase", indicando que solo hasta el 31 de julio de 1998 se definió la segunda fase de 50.000 líneas (acta comité de coordinación 14A) con lo cual, según lo explicó el perito, "se pudo dar inicio a las actividades correspondientes a la construcción de las obras para completar las 50 mil de esta fase". Para las convocantes, esta demora es atribuible a Telecom, lo que desplazó las fechas de las instalaciones, toda vez que en palabras del perito, "se necesitaban 8 meses para terminar la instalación y pruebas…, lo que lleva hasta marzo de 1999 la fecha de Service-In de las líneas de la segunda fase, contando desde junio de 1998".

Bajo el acápite "Desfase Redirección Proyecto", el Consorcio señala que el perito de planta externa encontró que en varias reuniones se modificó la configuración del plan fundamental, creando nuevas ELUs y suprimiendo otras que si estaban previstas, lo cual se implementó a instancias de Telecom.

Finalmente el Consorcio hace alusión a "otros atrasos" y a "diversos cronogramas de instalación". Puntualiza que su representante legal, en la declaración de parte que rindió en el proceso, admitió la ocurrencia de algunos atrasos, originados en "acuerdos mutuos" y los que "eventualmente, podrían implicar alguna responsabilidad del Consorcio".

Sobre los primeros, manifiesta que el perito de planta externa "señaló los acuerdos a que llegaron Telecom y el Consorcio" en punto de retrasos e identifica las diferentes causas y acuerdos para ello".

De igual forma expresa que "las partes también consignaron en los adicionales al convenio, varias causas que dieron lugar al retraso en las obras de infraestructura".

Para ilustrar estos argumentos, el Consorcio hace referencia a la gráfica que aparece en la página 85 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial sobre planta externa, en la cual se muestra el número de

líneas/mes que debían instalarse con base en lo convenido, siendo este el cronograma que pasó a ser definitivo.

En la misma gráfica aparecen los atrasos "sobre los cuales (a juicio del Consorcio) se podría eventualmente entrar a discutir una posible responsabilidad del Consorcio. Sin embargo, (añaden las convocantes) como lo afirma el perito financiero no existe dentro del convenio ninguna especificación de cómo distribuir los riesgos, máxime si la comercialización era una obligación a cargo de Telecom y no existe ninguna valoración de esa responsabilidad".

El Consorcio trae a colación las varias causas de los retardos en las instalaciones encontradas por el perito de planta externa, vale decir, (i) las dificultades en la obtención de las licencias de excavación, (ii) en la interconexión con la ETB y (iii) en las licencias de frecuencias para inalámbricos, concluyendo que "es claro que ninguna de estas causas de demora en la instalación es imputable a culpa exclusiva del Consorcio", toda vez que "acciones y omisiones de terceros y de Telecom también contribuyeron de manera fatal y determinante en la prolongación de los plazos inicialmente previstos en el cronograma".

4.3. El retraso en la ejecución del proyecto.

Frente a los anteriores planteamientos sobre las causas y responsabilidades relacionadas con los ostensibles retardos que se presentaron en la instalación de la infraestructura, el tribunal ha de hacer las siguientes puntualizaciones:

En el numeral 1.6 del anexo financiero, las partes convinieron que la instalación de las 110.000 líneas se dividía en dos fases, a saber: la primera, de 60.000 líneas, que serían instaladas en 11 meses a partir de la firma del contrato, la cual concluiría, en consecuencia, el 26 de noviembre de 1996. La segunda, de 50.000 líneas, que deberían instalarse en 23 meses a partir de la firma del contrato, la cual habría de terminar el 26 de noviembre de 1997.

Así las cosas, los meses de noviembre de 1996 y 1997, respectivamente, eran los meses de entrada en operación de las líneas correspondientes a cada fase.

En el numeral 1.7 del mismo anexo, los contratantes establecieron los "meses para vender nuevas líneas", señalando lo siguiente: "se asume que las nuevas líneas de cada puesta en servicio serán vendidas durante los 12 meses siguientes a la puesta en servicio y 1/12 del total de las líneas serán vendidas mensualmente".

Lo anterior significa que las partes proyectaron que venderían 5.000 líneas mensuales de las instaladas en la primera fase; y 4.166 de las instaladas en la segunda fase.

Estas estipulaciones y proyecciones fueron tenidas en cuenta para la elaboración del flujo de caja proyectado del modelo económico, en el cual las líneas que se estimaba vender mensualmente comenzaban a generar ingresos a partir del mes previsto para ese efecto. En otras palabras, se tiene, por ejemplo, que, respecto de las líneas de la primera fase, cada mes, a partir de diciembre de 1996, un numero de 5.000 líneas adicionales comenzaba a producir "el ingreso promedio por línea" establecido en el modelo económico proyectado, y continuaba produciendo hasta el final de la duración del convenio, el cual se extendía 75 meses.

Por tanto, las 5.000 líneas iniciales (de la primera fase) que se proyectaron vender en diciembre de 1996, es decir, doce meses después de suscrito el contrato, habrían de generar ingresos durante 63 meses.

Y las últimas 4.166 líneas (de las instaladas en la segunda fase) que se previeron vender en noviembre de 1998, habrían de generar ingresos durante 40 meses.

Esto demuestra que el retardo en la instalación de las líneas, que retrasaría también su venta, recortaría el período proyectado de generación de ingresos, a menos que las partes extendieran la duración del convenio, lo que no sucedió en el presente caso.

Un doble efecto adverso se deriva, entonces, del retardo en la instalación, dado que reduce los recaudos y con ello las participaciones de los contratantes durante la vigencia del convenio, e incide directamente en la diferencia resultante, en la liquidación final, al cotejar el flujo de caja real, con el flujo de caja proyectado del modelo económico, incrementando de manera notoria la garantía que Telecom habría de cubrir, si esta debiera asegurar al

Consorcio el “ingreso promedio por línea” desde el mes teóricamente previsto para su venta en el flujo de caja proyectado.

Ahora bien, según el dictamen pericial de planta externa, la primera fase de instalación, correspondiente a 60.000 líneas, tuvo un retardo de 18 meses; y la segunda, de 50.000 líneas, un retraso de 27 meses.

Si a pesar del retardo y de la posible afectación de la “demanda real” que conllevaría el desplazamiento del cronograma de instalaciones, se admitiera, en gracia de discusión, que las líneas se vendieran al mismo ritmo inicialmente previsto, esto es, de 1/12 (una doceava parte) de las líneas instaladas por mes, se tendría que las primeras 5.000 líneas vendidas (de las instaladas en la primera fase) producirían ingresos durante 45 meses, en vez de los 63 inicialmente proyectados.

Por su parte, las últimas 4.166 líneas (de las instaladas en la segunda fase) generarían ingresos durante 13 meses, en lugar de 40 meses previstos en el flujo de caja proyectado.

Lo anterior pone en evidencia que el cumplimiento del cronograma de instalación era esencial para el logro de los ingresos previstos en el flujo de caja proyectado.

Por tanto, el retardo que se presentó en la instalación de la infraestructura tuvo una incidencia grave, directa y determinante en los resultados económicos que a la postre arrojó el proyecto, lo que exige definir a quien le es imputable el notorio retraso aludido, con el fin de deducir las correspondientes consecuencias y responsabilidades.

En cuanto a las causas de lo ocurrido, cabe señalar que el Consorcio, a lo largo de la ejecución contractual, en varias comunicaciones que dirigió a Telecom, manifestó que, en su entender, el fracaso de las previsiones económicas se debía a la caída de la demanda y al bajo tráfico telefónico que afectaban el flujo de caja. En otras ocasiones, el Consorcio atribuyó el desplazamiento del cronograma de instalaciones y con él la reducción de ingresos, a ciertos conflictos con las autoridades distritales.

Sin embargo, ha de subrayarse que del análisis de la prueba documental relacionada con el proceso arbitral que inició el Consorcio contra la sociedad Radiotrónica, subcontratista de aquel, se pone de manifiesto —con apoyo en las manifestaciones puntuales de las propias convocantes, que fueron acogidas en gran parte por aquel tribunal arbitral— que a la mencionada firma le son atribuibles las acciones y omisiones culposas que llevaron al incumplimiento palmario de los plazos de instalación de la infraestructura, lo que afectó negativamente la generación de ingresos del proyecto.

A este respecto cabe resaltar que en la demanda arbitral incoada por el Consorcio contra Radiotrónica aquel le imputa a esta toda la culpa de los atrasos y, por ende, de la inobservancia del cronograma de instalaciones.

En relación con esta materia aparece en el expediente que las convocantes suscribieron con Radiotrónica S.A., el 22 de abril de 1996, un contrato de obra (cdno. de pbas. 19, fls. 257 a 266), mediante el cual esta debía encargarse de las siguientes prestaciones:

“efectuar, por su cuenta, riesgo y cargo, la ejecución de los estudios, diseños de ingeniería, suministro de bienes nacionales y extranjeros debidamente nacionalizados, adquisición de terrenos y consecución de licencias y permisos, además de las obras requeridas para la construcción de la planta externa del proyecto de telefonía básica conmutada en Bogotá y Soacha (zona E) (…)”.

Tienen una especial relevancia los considerandos del aludido contrato de obra, pues ellos dejan en evidencia que, a través de las obligaciones asumidas por Radiotrónica, el Consorcio habría de cumplir los compromisos adquiridos frente a Telecom mediante el convenio C-060-95.

Es así como la primera consideración señala:

“Que el Consorcio firmó un contrato de asociación a riesgo compartido con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante Telecom) el 27 de diciembre de 1995 (en adelante “el convenio”), cuyo objeto es el desarrollo del proyecto que permitirá a Telecom la prestación del servicio público domiciliario de telefonía

básica conmutada para la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y Soacha en la zona E (tal y como se define en el convenio), lo cual incluye la construcción de una red de telecomunicaciones de telefonía básica conmutada de hasta 110.000 abonados".

La segunda consideración puntualiza:

"Que de acuerdo con el convenio, el Consorcio se compromete a realizar la inversión y la recuperará a través de la tarifa de conexión e ingresos por los servicios de telefonía. Dentro del marco de el convenio se ha establecido que el número máximo de líneas a instalar es de 110.000 líneas. Adicionalmente, que el correspondiente plan de negocios se revisará a los cuatro y catorce meses después de la firma de el convenio de acuerdo con los resultados que se deriven del estudio de la demanda que el Consorcio realizará una vez firmado el presente documento, y el progreso de la venta de líneas, y de acuerdo con el resultado de estos estudios se podrá modificar el número de líneas a instalar bajo el convenio y el presente contrato".

En la tercera consideración se precisó:

"el Consorcio y el contratista desean celebrar el presente contrato de obra para que el contratista se encargue de la construcción de edificios, además de la construcción de planta externa de la red de Telecomunicaciones mencionada".

Por su parte, en la consideración quinta se manifiesta:

"Que con el único objetivo de poder cumplir los compromisos que el Consorcio tiene firmados con Telecom se propuso que las partes celebrasen un memorando de entendimiento el 6 de marzo de 1996 que facilitase el inicio de los trabajos, mientras se establecían los términos del presente contrato. Por otro lado, por medio de este memorando se establecieron las condiciones básicas del presente contrato de obra y especialmente se acordó que el presente contrato de obra cumplirá con las características generales y técnicas de la construcción de la planta externa de la red establecidas en el convenio".

Pasando al clausulado del contrato de obra, se observa que Radiotrónica se obligó, al tenor de lo previsto en las cláusulas segunda y quinta, a cumplir sus prestaciones, a través de varias fases, a saber:

La fase de diseño de ingeniería, que se desarrollaría con base en el estudio de demanda que elaboraría el Consorcio; otra fase para la construcción de planta externa para 60.000 líneas, que debía concluir a más tardar el 26 de noviembre de 1996, y la última fase para la construcción de planta externa para un número variable de líneas que podría llegar hasta 50.000, etapa que debía culminar el 26 de noviembre de 1997.

Cabe señalar, de otra parte, que la cláusula décima segunda del contrato de obra, en su literal h) estableció, como tarea a cargo de Radiotrónica, adelantar ante las autoridades competentes, los trámites necesarios para la obtención de permisos y licencias relacionados con la ejecución de las obras. En esta estipulación se especifica que Radiotrónica no sería responsable por las demoras que pudieren producirse como consecuencia de "retraso administrativo" y que el Consorcio se comprometía "a apoyar y colaborar en la consecución de las licencias y permisos".

Lo anterior denota que al Consorcio le correspondía, como obligación asumida mediante el convenio C-060-95, llevar a cabo las diligencias requeridas para la obtención de los permisos y licencias, prestación que decidió cumplir a través de Radiotrónica. Lo propio puede decirse de la realización de las obras correspondientes a la planta externa para la instalación de la infraestructura.

Reviste una señalada importancia para el presente debate, lo establecido en el contrato de obra para regular las consecuencias de los retardos imputables a Radiotrónica en la instalación de las líneas, toda vez que ello afectaría la generación de ingresos previstos en el plan de negocios del convenio C-060-95. Esto pone en evidencia la estrechísima vinculación entre la ejecución del contrato de obra y la del convenio y subraya la relación directa existente entre la observancia del cronograma de instalaciones y la generación de los ingresos previstos en el flujo de caja proyectado del modelo económico.

Al efecto, el literal II de la cláusula décima quinta del contrato de obra establece una cláusula penal, que cumple una función de evaluación anticipada de perjuicios, para resarcir el lucro cesante derivado de los incumplimientos de Radiotrónica, en particular, por lo retardos en la instalación en las líneas.

Tal estipulación dice así:

"El lucro cesante originado por el faltante de los ingresos esperados en el plan de negocios acordado entre Telecom y el Consorcio, por causas imputables a el contratista será valorado de la siguiente forma: En este caso el contratista estará obligado a pagar al Consorcio por las líneas no instaladas según el cronograma, una suma ascendente de sesenta y cinco centavos dolares de los Estados Unidos de América (US$0,65) por línea y por cada día de retraso".

Los considerandos y cláusulas del contrato de obra a los cuales viene de hacerse referencia, demuestran que el móvil determinante del Consorcio, al celebrar ese negocio jurídico, fue el de encargar a su subcontratista —Radiotrónica— del cumplimiento de parte de las obligaciones asumidas por aquel frente a Telecom, a través del convenio C-060-95. En otras palabras, el Consorcio escogió a Radiotrónica para delegarle la ejecución parcial de dicho convenio, en lo relativo a planta externa y obras civiles, dentro de los mismos plazos establecidos en el convenio. Esto hace que las convocantes sean, ante Telecom, directamente responsables por los incumplimientos de las prestaciones surgidas del convenio que sean imputables —por dolo o culpa— a Radiotrónica, toda vez que el Consorcio debe asumir las secuelas adversas de una mala escogencia de su subcontratista, por no tener este la idoneidad técnica profesional para cumplir cabalmente las obligaciones que aquel le trasladó (*culpa in eligendo*), o por no haber supervigilado apropiadamente la manera como Radiotrónica desarrollaba la ejecución de las tareas a ella encomendadas (*culpa in vigilando*).

Dados los continuos y ostensibles incumplimientos de los plazos convenidos para la instalación de la infraestructura, las partes del contrato de obra fueron ampliando sus términos, a través de 4 otrosís, con lo que se permitió que Radiotrónica continuara con la ejecución de dicho contrato, en tanto que el Consorcio, al mismo tiempo, podía hacer prorrogar el lapso de vigencia de las pólizas de seguro contratadas por su subcontratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, tal como las convocantes lo puntualizan en el hecho 1.8 de la reforma de la demanda arbitral que instauraron contra Radiotrónica.

En este mismo hecho de la reforma de la demanda, el Consorcio manifestó que, no obstante las prórrogas acordadas para la entrega de las obras, "Teleconsorcio S.A. conservó íntegro el derecho a reclamar a Radiotrónica el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados por la demora en las entregas y en general por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de esta". Ha de subrayarse que esta misma reserva se encuentra en los 3 últimos otrosís suscritos por las partes, en los cuales el Consorcio expresa que conservaría el derecho a reclamar a Radiotrónica la reparación de los daños derivados de la demora en la entrega de las obras o de cualquier otro incumplimiento. Estas reservas permiten inferir que el Consorcio siempre estimó que las causas de los retardos eran imputables a su subcontratista.

Toda vez que, no obstante las prórrogas concedidas, Radiotrónica no había podido cumplir, en casi 4 años de ejecución contractual, ni siquiera con los plazos ampliados, el Consorcio le informó el 10 de febrero de 2000 su decisión de dar por terminado el contrato, en forma unilateral y anticipada.

Después de terminada la relación negocial, el Consorcio entabló demanda contra Radiotrónica con base en la cláusula arbitral pactada en el contrato de obra, formulando las siguientes pretensiones, que son sin duda relevantes para el presente proceso:

1. "Declarar que el día 9 de febrero de 2000, Radiotrónica y/o su cesionaria S.A.R. habían incumplido el contrato (según se define adelante), celebrado el día 22 de abril de 1996 entre aquella y el Consorcio (como se define más adelante) y sus cuatro otrosí de fechas 1º de abril de 1998, 1º de julio de 1998, 26 de enero de 1999 y 21 de abril de 1999".

2. "Que como consecuencia del incumplimiento de Radiotrónica y/o su cesionaria S.A.R., se declare válida la terminación anticipada de el contrato y todos sus otrosí, a partir del día 10 de febrero de 2000, comunicada por

Teleconsorcio S.A. mediante carta que le dirigió Radiotrónica el día 10 de febrero de 2000 y se ordene la liquidación de el contrato.

3. “Que en subsidio de la pretensión 2. anterior, se declare que Radiotrónica y/o su cesionaria S.A.R. para la fecha de presentación de esta demanda estaban incursas en incumplimiento de el contrato por desatender, entre otras cosas, la obligación de Radiotrónica y/o su cesionaria S.A.R., de entregar las obras objeto del mismo, totalmente terminadas y a entera satisfacción dentro de los plazos y términos establecidos en el mencionado contrato de obra, y como consecuencia se decrete la terminación del contrato y todos sus otrosí, y su liquidación”.

4. “Que como consecuencia de la declaración a que se refiere la pretensión 2 principal o a la que se refiere la pretensión 3. subsidiaria, se condene a Radiotrónica a pagar a Teleconsorcio S.A., a título de lucro cesante, la cantidad de veintidos millones seiscientos sesenta y siete mil ochocientos nueve dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US$22’667.809) o su equivalente en moneda legal colombiana liquidada a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en que se verifique el pago respectivo, cantidad esta que contemple el lucro cesante hasta el día 31 de octubre de 2000, según como se explica más adelante en el cuadro del numeral 5.3 de este escrito, pero que se deberá continuar liquidando día a día hasta que se decrete legalmente la terminación de el contrato, o la que resulte probada en el proceso”.

(…).

9. “Que se condene a Radiotrónica a pagar a Teleconsorcio S.A., las sanciones que a esta le llegue a imponer Telecom (según se define adelante) con anterioridad a la terminación del presente proceso arbitral, por mora o incumplimiento parcial en las obligaciones a cargo de Teleconsorcio S.A. en el convenio (según se define adelante) que sean imputables a Radiotrónica, de acuerdo con lo establecido en el numeral (ii) de la Cláusula décima quinta del contrato”.

10. “Igualmente, que se condene a Radiotrónica a responder ante Teleconsorcio S.A. por las sanciones que le llegue a imponer Telecom o terceros, con posterioridad a la terminación del presente proceso arbitral, por mora o incumplimiento parcial en las obligaciones a cargo de Teleconsorcio S.A. en el convenio, que sean imputables a Radiotrónica, sin perjuicio de las demás acciones que Teleconsorcio S.A. legalmente pueda ejercer para repetir contra ella”.

Las pretensiones transcritas reflejan claramente que, para el Consorcio, la responsable directa del incumplimiento del cronograma de instalación fue siempre Radiotrónica, a quien le era entonces imputable, a título de culpa, la inobservancia de los plazos pactados en el contrato de obra original y en los ulteriores otrosís. Con respaldo en estos planteamientos, el Consorcio justifica la terminación anticipada del contrato de obra. Se sigue igualmente de las anteriores pretensiones, que los aludidos incumplimientos les generaron a las convocantes un quebranto patrimonial al reducir los ingresos proyectados en el plan de negocios del convenio, los cuales comenzaban a producirse desde las fechas previstas para la venta de las líneas ya instaladas. Por ello se solicita del tribunal arbitral que condene a Radiotrónica a resarcirles a los miembros del Consorcio el lucro cesante experimentado por ellos, como secuela de los retardos en la instalación de las líneas.

Son igualmente significativas las pretensiones enderezadas a que se condene a Radiotrónica a asumir las consecuencias económicas que se desprendan de las sanciones que Telecom podría llegarle a imponer al Consorcio por incumplimiento de las obligaciones asumidas bajo el convenio, cuando tal incumplimiento fuere atribuible a Radiotrónica.

Los anteriores planteamientos del Consorcio tuvieron éxito, toda vez que el tribunal arbitral los acogió, concluyendo que los retrasos incurridos eran imputables a Radiotrónica, de manera que habrá de admitirse que la inobservancia del cronograma contractual, y, por tanto, los retardos en la instalación de la infraestructura —los cuales constituyen un incumplimiento de las obligaciones surgidas del convenio C-060-95— son atribuibles al Consorcio, en razón de hechos y omisiones culposos de su subcontratista: Radiotrónica.

En el presente proceso arbitral el Consorcio ha esgrimido varias argumentaciones y defensas para justificar los retardos en la instalación de la infraestructura. Algunos de esos planteamientos se fundamentan en que las causas

de los atrasos son imputables a Telecom o a las dos partes contratantes, de modo que se trataría de eventos en los que se presentaría concurrencia de culpas (demoras en obtener los permisos y licencias; retardos en la consecución de la interconexión; parálisis de las obras por decisiones de las autoridades ambientales; tardanza en la definición de los lotes para la ubicación de las ELU). Junto a estas defensas el Consorcio formula otras, en el sentido de que no incurrió en retardos en la instalación, por cuanto las partes habrían modificado el cronograma original para ampliar sus plazos, los que al final habrían sido observados por las convocantes. También arguye que, no obstante los eventuales retardos, el Consorcio habría cumplido con la obligación a su cargo, pues, durante todo el tiempo que tomó la instalación, existía demanda suficiente de líneas telefónicas, lo que a su juicio demostraría que las convocantes instalaron la infraestructura de acuerdo con la demanda real existente durante la ejecución del contrato.

En relación con los aludidos planteamientos de las convocantes, deben hacerse las siguientes precisiones:

En cuanto al retardo en el trámite de las licencias ante las autoridades administrativas para llevar a cabo las obras de planta externa, gestiones que, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de obra, debía adelantar el subcontratista, son elocuentes las puntualizaciones hechas por el Consorcio en el alegato de conclusión que presentó en el proceso arbitral contra Radiotrónica (cdno. de pbas. 19, fls. 79-112), en el cual sostuvo que la mencionada firma era responsable de los retardos que se habían experimentado, dado que inició muy tardíamente el trámite correspondiente y en su desarrollo no se ciñó a las normas vigentes que regulaban las actuaciones dirigidas a solicitar y a obtener la expedición de los permisos.

Estas fueron las argumentaciones centrales del Consorcio al respecto:

“La realidad muestra, que a excepción de las licencias para el “anillo entre centrales”, todas las demás se tramitaron en forma tardía con relación a los cronogramas y a las necesidades de las obras. La gran mayoría de las solicitudes de licencias se presentaron en noviembre de 1996 cuando ya debía haberse entregado la primera fase de 60.000 líneas. Los peritos técnicos en varios apartes de su dictamen (respuestas a las preguntas 15 a 21 del cuestionario de Teleconsorcio S.A., páginas 26 y ss. dictaminan que el trámite de las licencias se inició tardíamente”.

“Adicional a la demora en la presentación de las licencias, el trámite mismo se demoró más de los 30 días usuales para esta gestión, como lo afirman los peritos. Al respecto, Radiotrónica no pudo demostrar o probar que esta demora se debiera a las entidades responsables de los trámites. (…) Sin embargo, obran en el expediente documentos que muestran cómo Radiotrónica no daba cumplimiento a las normas exigidas en el trámite de licencias”.

Junto a estos razonamientos, el Consorcio adujo en su respaldo, en el alegato de conclusión del proceso a que nos referimos, numerosa prueba documental, en especial el copioso intercambio de correspondencia entre las partes, en la que se aprecia la insistencia del Consorcio para que Radiotrónica agilizara las gestiones encaminadas a lograr la obtención de los permisos y licencias y para que se ajustara a lo previsto en la normatividad, ya que, en algunos casos, por ejemplo, no había allegado completa la documentación requerida, o no había adjuntado las pólizas exigidas.

No podría el Consorcio, so pena de violar la prohibición del “*venire contra factum proprium*”, cambiar sus enfáticas alegaciones contra Radiotrónica para sostener ahora que la tardanza en conseguir los permisos y licencias es atribuible a Telecom o que no le es imputable a las convocantes.

También ha invocado el Consorcio en su defensa, la demora, atribuible a Telecom, en perfeccionar los acuerdos de interconexión con otros operadores, muy especialmente con ETB, lo cual habría incidido en el retraso que se presentó en la instalación de la infraestructura.

A este respecto, el literal d) del anexo técnico 9 establece, dentro de las obligaciones técnicas de la convocada, que “Telecom procurará efectuar, de acuerdo al cronograma establecido, y mantener vigentes durante la duración del convenio, los convenios de interconexión con la ETB y los diferentes operadores de servicio telefónico en todo el país”.

La mencionada obligación de medio exigía de Telecom un comportamiento acucioso y diligente, que dicha empresa estatal observó, pues incluso acudió a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para agilizar los trámites para obtener la interconexión, y para superar los inconvenientes que se presentaron con otros operadores.

Con todo, el aspecto más significativo en la materia bajo análisis es que la alegada falta de interconexión no explica ni justifica las ostensibles demoras que se presentaron en la instalación de la infraestructura, toda vez que dicha interconexión se consiguió y estuvo disponible antes de la construcción de las líneas.

Al respecto, el ingeniero Germán Sánchez Neira declaró en su testimonio lo siguiente:

"Sr. Sánchez: mientras estuve de coordinador técnico lo que pude indagar es que aproximadamente en mayo/96 Telecom empezó a hacer las gestiones con ETB para la interconexión entre nosotros de Capital con ETB, se que en diciembre/96 se firmó el contrato de interconexión entre Telecom y la ETB y aproximadamente en julio/97 hubo un acuerdo entre la ETB, CRT y Telecom para instalar una capacidad de 6 E 1 cada semana durante 18 semanas si mal no estoy, o sea cada semana se debería instalar una conexión de 6 E 1 entre las partes".

Así las cosas, para diciembre de 1996, cuando aún no se había instalado ninguna línea, ya se contaba con el acuerdo de interconexión con ETB.

En julio de 1997 se inició la ejecución de un programa de fortalecimiento de la interconexión, instalando cada semana 6 enlaces E1 durante 18 semanas, período que terminó a mediados de diciembre de 1997, cuando solo se habían instalado 25.000 líneas, según lo señaló el perito de planta externa (cuadro página 49. Sexta solicitud de aclaración de Telecom).

No puede, entonces, concluirse que la carencia de acuerdos de interconexión trastornó y dilató la instalación de las líneas, ni que impidió la venta de las mismas, a lo cual debe agregarse lo señalado por Telecom en el sentido de que "para instalar líneas no se requiere contar con interconexión alguna, pues la interconexión no es más que un contrato entre operadores de redes, el cual es ejecutado en función de las características técnicas de las redes que se ponen en comunicación mediante este acto jurídico, razón por la cual no puede afirmarse que exista algún tipo de relación entre el cronograma de instalación y el de interconexión".

En todo caso, en el contencioso entre el Consorcio y Radiotrónica el primero no justificó ni en todo, ni en parte, los retrasos que le imputaba a la segunda, en la inexistencia de interconexión o en el retraso en obtenerla.

Otro tema planteado por el Consorcio, para justificar las demoras, es el de las decisiones de la autoridad ambiental de paralizar el desarrollo de las obras. Esta materia fue debatida en el tribunal arbitral que conoció de las diferencias surgidas entre el Consorcio y Radiotrónica.

En el alegato de conclusión presentado por aquel en dicho proceso (pág. 23 Nº 11.4-Fl. 90 cdno. 19) se traen a colación las consideraciones de las autoridades distritales para justificar la decisión adoptada por ellas, en el sentido de detener las excavaciones, en razón del incumplimiento, por parte de Radiotrónica, de las condiciones y requisitos establecidos en la licencia de excavación.

Es así como en el tercer considerando de la Resolución 509 de 1998 expedida por el DAMA (cdno. de pbas. 15 fl. 64) se hace mención a problemas de señalización, manejo del espacio público, manejo de escombros, problemas de hundimiento y fisuras en pavimentos y andenes, circunstancias que llevaron a la señalada autoridad ambiental a ordenar la suspensión de las obras que venía ejecutando Radiotrónica.

La magnitud y duración de esa paralización fue puntualizada por el tribunal arbitral del proceso contra Radiotrónica, el cual indicó en el laudo que profirió (fl. cdno. 19):

"Respecto de las suspensiones, en su dictamen los peritos técnicos precisaron que en virtud de la Resolución 509 del 11 de marzo de 1998 del Departamento Administrativo del Medio Ambiente, DAMA, fueron suspendidos 21 distritos de la Central Progreso durante 259 días (de mar. 11 a nov. 25/98), y "la restante zona estuvo suspendida durante 323 días" (de mar. 11/98 a ene. 28/99).

Este estado de cosas se mantuvo durante varios meses del año 98, toda vez que Radiotrónica no le daba solución a los problemas reseñados en la Resolución 509.

Esto se observa en conceptos técnicos del DAMA, como el 2879 del 7 de septiembre de 1998 y 3234 del 25 de septiembre del mismo año, en los cuales se explica que no habían sido adelantadas las obras de recuperación en los términos establecidos en la indicada Resolución 509 y que se habían realizado trabajos violando el plan de manejo ambiental aprobado. Así mismo, se advierte que continuaban los problemas de señalización, la obstrucción de pasos peatonales y calzadas con materiales de construcción y escombros y ausencia de vallas.

Todos estos inconvenientes debían ser resueltos por Radiotrónica, a quien el Consorcio le encargó la realización de las obras de planta externa, de manera que los retardos generados por la paralización de los trabajos son imputables a aquella, según los argumentos de las propias convocantes, formulados en el proceso arbitral que instauraron contra su subcontratista.

La ausencia de lotes para la ubicación de ELU(s) es igualmente invocada por el Consorcio para explicar las demoras en la instalación de la infraestructura, dado que, a su juicio, Telecom habría insistido injustificadamente en que esos lotes se compraran, en lugar de conseguirlos a través de arrendamiento o comodato, situación que habría impedido definir oportunamente los sitios para colocar esos equipos, por cuanto la autorización para arrendar o para recibir en comodato solo se impartió a comienzos de 1997.

Sobre este particular ha de tomarse en consideración que, según las estipulaciones del convenio C-0060-95 y sus anexos, las partes previeron que los lotes donde se emplazarían las ELU serían adquiridos por el Consorcio, o conseguidos a través de contratos de arrendamiento o comodato. A este respecto cabe señalar que en la solicitud de cotización, numeral 3.6, se pide contemplar en la oferta la adquisición en forma directa de los lotes. Con todo, en la cláusula tercera del convenio, se prevé que la infraestructura "podrá ser instalada donde sea necesario, ya sea en predios de propiedad de Telecom o de terceros". Por su parte, en la cláusula cuarta, literal L del convenio el Consorcio se obliga, a la terminación del contrato, a transferir a Telecom "la propiedad y demás derechos… de todos los bienes muebles e inmuebles… las servidumbres y demás derechos obtenidos". En el mismo sentido, en la cláusula séptima se incluye, como derecho de Telecom, el de que "se viertan a su patrimonio todos los bienes muebles e inmuebles… servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportados y obtenidos por el Consorcio…".

Las anteriores estipulaciones muestran que no era una obligación ineludible la compra de los terrenos, pues en ocasiones podía instalarse infraestructura en predios de terceros, suscribiendo con ellos contratos de arrendamiento o comodato. Podría decirse que el convenio contiene una regla amplia que permitía hacer las instalaciones en inmuebles adquiridos por el Consorcio o en lotes en que terceros mantuvieran la propiedad. Esto, sin embargo, conllevaba efectos de importancia, pues podía variar el monto de la inversión del Consorcio, o el de los gastos proyectados, alterando en consecuencia el plan de negocios, toda vez que entre las erogaciones proyectadas en el modelo económico se encontraba la adquisición de lotes.

Cabe señalar, no obstante, que los contratantes no fijaron criterios para determinar cuando se deberían comprar predios y cuando tomarlos en arriendo o comodato. Es lógico pensar, entonces, que estas determinaciones deberían adoptarlas las dos partes actuando de buena fe, con un propósito claro de colaboración y diligencia. Dada la trascendencia de estas decisiones por su connotación económica, era de esperar que su análisis y la determinación correspondiente tomaran un tiempo razonable. No se allegó prueba que acredite que Telecom obró de manera abusiva en el ejercicio de sus atribuciones al retardar injustificadamente su consentimiento para la celebración de contratos de arrendamiento o comodato.

En todo caso, para el esclarecimiento de esta materia son de nuevo determinantes las alegaciones que el Consorcio formuló ante el tribunal arbitral que convocó contra Radiotrónica, según las cuales la carencia de lotes no podía justificar las demoras en el desarrollo del proyecto, las que, por ende, atribuyó al aludido subcontratista.

Al respecto puntualizó (fl. 94 cdno. 19):

"Trató Radiotrónica de distorsionar la realidad y ocultar su incumplimiento, manifestando que por la demora en la

consecución de los lotes para ubicar las ELUs, no pudo proceder al diseño ni hacer el trámite de las licencias en forma oportuna. Por una parte, oculta Radiotrónica que la responsabilidad de la consecución de terrenos, incluidos los sitios para las ELU estaba a su cargo, por otra parte, y como se dijo anteriormente, los Peritos técnicos manifestaron al responder la pregunta 1.4 del cuestionario de Radiotrónica (pág. 17), que "no obstante, en la práctica, si conocemos en aproximación la ubicación posible de una ELU se puede avanzar en el diseño y hacer la solicitud de licencia y posteriormente se pueden solicitar las variaciones que fueren necesarias".

"Finalmente, olvida también Radiotrónica, que el trámite de las licencias para la "canalización general" y para las "redes directas", que se inició exageradamente tarde, nada tiene que ver con los sitios para emplazar las ELUs ni con sus diseños. Como tampoco tiene nada que ver para la presentación de estas licencias el estudio de demanda o la definición del número de líneas".

Las circunstancias anteriormente analizadas fueron todas rechazadas por el Consorcio, como causas justificativas de los retardos, cuando Radiotrónica las formuló como defensas ante el tribunal arbitral que conoció de las divergencias entre ambos, lo que significa que el Consorcio siempre le imputó a su subcontratista las demoras en el cumplimiento del cronograma de instalación, lo que le impide ahora argumentar que esos retardos no le son atribuibles a las convocantes, dado que, como fue ya explicado, los incumplimientos originados en acciones u omisiones culposas de Radiotrónica repercuten sobre el Consorcio, haciéndolo responsable de tales incumplimientos frente a Telecom.

Lo anterior se ve reforzado por la evaluación detallada que las convocantes hicieran sobre la idoneidad técnica y profesional de Radiotrónica en el mismo proceso arbitral a que nos acabamos de referir. Allí, en los alegatos de conclusión del Consorcio, se hizo énfasis en la incapacidad de la firma subcontratista para cumplir el cronograma de instalaciones, lo que llevó a que en varias ocasiones se ampliaran los plazos respectivos. Diversos reproches se le formulan en este sentido a Radiotrónica, en particular por su incapacidad para acometer los trabajos en las fechas previstas; el lento desarrollo de los mismos; la inobservancia de las calidades especificadas; los traumatismos en las contrataciones de personal; la falta de materiales, etc. Para respaldar estas afirmaciones, y para acreditar la imputabilidad de Radiotrónica, el Consorcio, en el alegato de conclusión señalado, se refirió a 22 oficios que le dirigió a aquella, en los cuales le manifestaba su inquietud por los crecientes retardos, los que le estaban produciendo importantes deméritos económicos, al impedir que percibiera los ingresos proyectados, razón por la cual instaba a su subcontratista a adoptar sin dilación las medidas urgentes necesarias para resolver esa situación.

Con todo, el documento que mejor describe las falencias de Radiotrónica y su ineptitud técnica y administrativa, es el concepto técnico que preparó el personal encargado de la interventoría que adelantó NEC sobre la ejecución del convenio C-060-95, en el cual se lee:

"Durante el desarrollo del proyecto capital zona-E por parte de Radiotrónica, observamos en general que los inconvenientes principales se radican con una mala planeación, organización, dirección y control en todas sus áreas y sin tener en cuenta la importancia y la buena ejecución del proyecto.

"Algunas observaciones en estas áreas:

"Poca planeación y falta de una visión clara para manejar el proyecto así: administrativamente los cambios continuos en los cargos gerenciales hicieron que existiera poca planeación y un cambio siempre repentinas en las política económicas y financieras tanto a corto, mediano y largo plazo llevan como consecuencia lógica una total descoordinación y por ende no cuentan con la proyección necesaria para determinar y balancear, los ingresos con los gastos, lo cual tiene a Radiotrónica en un endeudamiento visible con proveedores y contratistas que determinan la mala administración y al mal manejo que se le ha dado en este aspecto tan importante en una empresa.

"En la parte técnica y operativa no se planeó el proyecto en el tiempo y espacio necesarios para la construcción de 110.000 líneas del proyecto, ya que la infraestructura planteada en la parte técnica y operativa fue deficiente como la falta de materiales, herramientas y equipos necesarios en cantidad y disponibilidad para poder efectuar una ejecución eficiente y eficaz del proyecto. E igualmente la rotación constante de ingenieros y supervisores que no supieron tener metas claras y concisas.

“Falta total de organización; en la parte operativa y administrativa no tuvieron un organigrama definido lo cual hace pensar que la infraestructura que se organizó para poner la ejecución del proyecto tuvo un total desorden y poca productividad, ya que el poder de decisión en todos sus frente dependían de unas pocas personas y cargos como jefe de producción, y coordinación de área que no contaban con el respaldo necesario de sus directivas para tomar decisiones de obra se hicieron difícil nuestra función de supervisar y tratar, de coordinar todas las labores con estas personas por estos motivos igualmente por la poca organización de recursos humanos técnico, herramienta, maquinada especializada y materiales hicieron que existiera retrasos considerables en la terminación del proyecto”.

Fue con apoyo en las contundentes formulaciones del Consorcio que el tribunal arbitral, que resolvió las divergencias con Radiotrónica, llegó a la evidente conclusión en el laudo de que esta había incumplido las obligaciones que contrajo mediante el contrato de obra (cdno. de pbas. 19, fls. 1-62).

Ahora bien, el Consorcio ha planteado en el presente proceso que, no obstante los retardos en la instalación de la infraestructura, él cumplió con lo estipulado en el convenio, por cuanto a lo largo de la ejecución contractual siempre hubo demanda suficiente de líneas, lo que significa que llevó a cabo las instalaciones de acuerdo con la demanda real que se presentó durante la vida del contrato, tal como lo exige la cláusula décima quinta del mismo”.

Para respaldar estas afirmaciones, el representante legal del Consorcio, en la declaración de parte que rindió, señaló que se mantuvo la demanda por encima de 110 mil líneas, según lo mostraban los registros del SAT, con base en las solicitudes pendientes de la zona E, precisando que “uno ve claramente que las solicitudes tuvieron siempre un pico como del orden de 170 mil y que todavía existen unas solicitudes muy grandes en el tema, es decir la demanda existía y… lo que le decíamos a Telecom, mire nosotros estamos seguros que la demanda es tal, lo que pasa es que la demanda no está en el estrato promedio que ustedes dicen…”.

Sobre el debate así planteado el tribunal observa —con respaldo en las explicaciones y ejercicios contenidos en el alegato de conclusión de Telecom, los que a su turno se apoyan en los datos y precisiones del dictamen pericial que, sobre planta externa, elaboró el perito Nelson Arturo Mejía— los siguientes aspectos:

La línea color violeta que marca las “solicitudes” en la gráfica que utilizó el doctor Guerra en su declaración, no corresponde al número de solicitudes mensuales radicadas por los potenciales usuarios, sino que muestra el número acumulado de solicitudes que se encontraba cargado en el SAT durante el lapso comprendido entre julio de 1996 y marzo de 2000, tal como lo señaló el perito, cantidad que no puede técnicamente considerarse como demanda existente en cada momento, pues se trata de datos agregados con significados diferentes.

Esto es así por cuanto la señalada línea violeta (“solicitudes”) incluye aquellas solicitudes que jamás fueron atendidas por falta de red, así como las solicitudes que sí fueron atendidas, de manera que comprende líneas que se encuentran facturando, lo que demuestra que bajo la indicada denominación se mezclan distintos conceptos relativos a la demanda potencial (solicitudes en curso); a la demanda perdida (solicitudes que no pueden ser atendidas por falta de red o saturación de esta); y a la demanda atendida (líneas facturando).

EL SAT (Sistema de Administración Telefónica) lleva a cabo la asignación de las líneas a los abonados que las han solicitado y la información que guarda este programa se divide en varios grupos, denominados “Estados”, de entre los cuales merecen destacarse, para los propósitos de este proceso, los siguientes:

Estado 1: pendiente: solicitudes ubicadas o con reserva en la red creada en el SAT.

Estado 95: pendientes de asignación, pero sin reserva en la red creada en el SAT, en razón de carencia o saturación de la misma.

Estos significados de cada estado aparecen en los anexos allegados por el perito de planta externa.

De acuerdo con lo que viene de explicarse, es menester proceder a la desagregación por “estados” de la línea violeta, para observar que la mayoría de las solicitudes iniciales permanecieron pendientes por mucho tiempo, bien por ausencia de red (estado 95) o bien porque habiéndosele asignado a un usuario una línea (estado 1) en la red virtual del SAT, la solicitud respectiva se mantuvo pendiente, pues en la práctica no se podía hacer la asignación

por falta de red real.

El ejercicio aludido de desagregación por “estados” —que se basa en datos suministrados por el mencionado perito— permite observar que gran parte de las solicitudes iniciales jamás fueron atendidas y permanecieron en “estado 95”, o en “estado 1”, hasta que se llevó a cabo una depuración del SAT y se eliminaron tales registros.

Puede decirse, entonces, que la demanda sí existió en algún momento, pero no fue atendida oportunamente por falta de disponibilidad de líneas, toda vez que el ejercicio pone en evidencia que las solicitudes represadas crecían más rápidamente que las instalaciones, de manera que es bien probable que aquellas fueran aprovechadas por las empresas competidoras.

La convocada, con respaldo en el ejercicio de depuración de la línea violeta, hace notar que para mayo de 1997 (cuando debían estar instaladas las sesenta mil líneas de la primera etapa y vendidas la mitad) el SAT tenía un total de 63.556 solicitudes, de las cuales 53.574 (el 82%) no pudieron ser atendidas por falta de red, con lo cual se dilapidó una demanda que excedía las estimaciones de las partes plasmadas en el anexo financiero, que para mayo de 1997 preveía ventas de 30.000 líneas, cuando la demanda efectivamente existente era de más del doble. Sin embargo, de todas estas solicitudes solo habría sido posible atender 653 líneas (el 1.02%).

En el mismo sentido Telecom puntualiza que para noviembre de 1997 había en el SAT un total de 91.629 solicitudes que no se habían atendido por falta de red.

En diciembre de 1997 se efectuó una depuración de los datos del SAT, habiéndose retirado del sistema algo más de 7.7 mil solicitudes, de las cuales más de 43.000 correspondían a líneas en “Estado 95” y las restantes 37.000 se encontraban en “estado 3” o en “estado 4”, lo que significa que no pudieron culminar el proceso de asignación de líneas.

A partir de enero de 1999 se fundieron en el “estado 1” las solicitudes en “estado 95”, de manera que en adelante el “estado 1” combinaba las solicitudes que no podían ser atendidas por falta de red, con aquellas que tenían una asignación meramente virtual.

Otra depuración de datos del SAT tuvo lugar a partir de marzo de 1999. Para esta época la totalidad de las líneas del proyecto deberían haber estado vendidas, pero solo se encontraban facturando la mitad, aunque aparecían en el SAT 86.000 solicitudes pendientes.

A partir de marzo de 1999 el número de líneas en “estado 1” va disminuyendo mes a mes, así como el número total de solicitudes.

El análisis del comportamiento gráfico de los “estados” 95 y 1 agregados (pues como se explicó estos se fusionaron desde enero de 1999 bajo la denominación de “estado 1”) frente a los cronogramas reales y estimados de instalación, lleva a la conclusión de que parte importante de la demanda por líneas en la zona se perdió, al menos para las partes del convenio, y que dicha pérdida se originó seguramente en la demora en la instalación de las líneas.

Como se dijo, no se ajustó en el SAT la cantidad acumulada de solicitudes, ni la cantidad registrada de líneas en espera, de manera que no se disminuyó su número con arreglo a la evolución de las instalaciones reales. Tal disminución solo ocurrió con ocasión de las depuraciones que finalmente se le hicieron a los datos del SAT, según se desprende de lo señalado en el dictamen pericial.

En síntesis, todo parece indicar que la demanda real existente se perdió por el retardo en la instalación de las líneas, factor este imputable al Consorcio, que llevó a Telecom a dar de baja más de 77 mil solicitudes que nunca fueron atendidas.

No sobra advertir que aún en la hipótesis de que hubiera existido demanda real suficiente a lo largo de la ejecución contractual, el retardo en la instalación de las líneas hubiera generado, igualmente, una secuela económica adversa para el proyecto, toda vez que ese retardo habría pospuesto la fecha proyectada para las ventas, reduciendo los ingresos esperados por el comienzo tardío en la producción de las líneas y por recortar el período previsto para la

causación de ingresos.

De otra parte, el Consorcio afirma que no incumplió las prestaciones a su cargo, dado que llevó a cabo las instalaciones oportunamente, toda vez que el cronograma original de instalación de líneas habría sido modificado, (Business plan ajustado), por acuerdo de los contratantes, para ampliar sus términos, los que a la postre habrían sido observados.

Este argumento lo respalda el Consorcio en ciertas manifestaciones que aparecen consignadas en las actas del comité de coordinación y que se relacionan con el cronograma de instalación.

En el alegato de conclusión, que presentó ante este tribunal, el Consorcio señaló que en la declaración de parte de su representante este se refirió a la ocurrencia de algunos atrasos, originados en "acuerdos mutuos" y "los que, eventualmente, podrían implicar alguna responsabilidad del Consorcio". Agrega el alegato que, sobre los primeros, "el señor perito técnico de planta externa en su dictamen señaló los acuerdos a que llegaron Telecom y el Consorcio en punto de retrasos e identifica las diferentes causas y acuerdos para ello".

En efecto, el perito mencionado se pronunció acerca de las referencias al cronograma de instalación hechas en varios documentos, entre ellos, en las actas del comité de coordinación, al dar respuesta a la solicitud 14 de aclaraciones y complementaciones formulada por Telecom, en los siguientes términos:

"El perito encuentra varias fechas estimadas para la instalación así:

a) Los cronogramas iniciales incluidos en el convenio y que se pueden consultar en el anexo 1 de mi informe inicial (págs. 108 y 109) (línea verde en el gráfico que se encuentra al final de esta respuesta).

b) Las fechas Service-In como cronograma real de instalación que hacen también parte del anexo 1 de mi informe inicial (págs. 110 a 112) (líneas azules en el gráfico referido), en sus dos versiones como se verá más adelante.

c) Los ajustes a los cronogramas tratados en varias reuniones del comité coordinador originados en diversas causas y que quedaron consignadas en las respectivas actas (líneas amarilla, naranja, morada y agua marina).

"Los aplazamientos derivados de esos hechos, que se detallarán a continuación, se incluyen en el dibujo con las líneas de colores anunciados, con el fin de visualizar fácilmente la incidencia de los mismos en los tiempos esperados para los Service In.

En ningún momento el perito entra a evaluar la validez jurídica de esos aplazamientos y se incluyen en la respuesta a esta pregunta, por estar mencionadas en las actas del comité de coordinación y por constituir una nueva serie de fechas estimadas a nivel técnico para la instalación".

Este último párrafo deja en claro que el perito, como era natural, no tomó partido respecto de si las referencias anotadas constituían acuerdos con la virtualidad jurídica de modificar el cronograma de instalaciones.

Lo cierto es que analizadas las actas citadas del comité de coordinación, en ellas se advierte que los asistentes toman nota de circunstancias y situaciones que ya habían generado retrasos, o que los podrían producir en el futuro, pero sin que allí aparezca una voluntad clara, inequívoca y común de modificar el cronograma de instalaciones, pues ni siquiera se reseña que una parte le hubiera propuesto a la otra dicho cambio.

A páginas 42 a 47 del escrito de "complementos y aclaraciones al dictamen pericial sobre planta externa…" aparecen los documentos que contienen las referencias al cronograma de instalación que fueron revisados por el perito Nelson Arturo Mejía Ramírez.

En primer término se cita el acta 14A de 31 de julio de 1998 (fecha constatada según acta 28 visible a fls. 1319 del cdno. pbas. 3), en la que se da cuenta del atraso originado para la obtención de las licencias de excavación; de la interconexión y de las licencias de frecuencias de inalámbricos. Dicho atraso, a ese momento, se estima en cuatro meses y medio. Con todo, se precisa a continuación: "… los socios estiman que dichos atrasos podrán ser recuperados durante la ejecución del proyecto, razón por la cual no se propone modificar los plazos establecidos dentro del convenio".

Agrega el perito que “las condiciones que motivaron el atraso de cuatro meses y medio continuaron entorpeciendo la marcha del proyecto”, pues todavía se demoró la obtención de las frecuencias para inalámbricos y de las licencias de excavación, pero no se señala que ese retraso adicional hubiera dado lugar a un acuerdo de las partes para modificar el cronograma.

En el numeral 2º del análisis del perito, este se refiere a lo que denomina “desfases inalámbricos”, en el que precisa que —tomando en consideración la fecha de solicitud de las frecuencias respectivas, así como la de la probable fecha de expedición de la aprobación correspondiente— el Service In de las 3.000 líneas inalámbricas sería agosto de 1998.

A pesar de lo anterior, que se limita a ser una constatación fáctica, no se indica que por razón de lo expuesto los contratantes hubieran estipulado cambios en el cronograma de instalaciones.

Y lo propio cabe señalar del tercer punto tocado por el perito bajo el acápite “Desfase segunda fase”, en el que se precisa que “solo hasta el 31 de julio de 1998 se definió completamente la segunda fase de 50.000 líneas…”, de manera que únicamente a partir de esta definición “… se pudo dar inicio a las actividades correspondientes a la construcción de las obras para completar las 50.000 de esta fase…”, agregando que “…se necesitaban ocho meses para terminar la instalación y pruebas hasta bloque de conexión de abonado, lo que lleva hasta marzo de 1999 la fecha de Service In de las líneas de la segunda fase…”. Tampoco aquí se encuentra ninguna mención a un eventual acuerdo de los contratantes para modificar el cronograma inicialmente acogido.

Finalmente, en el punto 4, “Desfase Redirección Proyecto”, tratado en el acta del comité de coordinación 22 del 10 de septiembre de 1998, se señalan los “cambios en la configuración de la red”, precisando que “… la configuración del plan fundamental se modificó dando creación a nuevas ELUs, que no estaban previstas, cancelando algunas que existían bajo la misma denominación”, lo cual habría de aplazar el Service In de aquellas, tal como lo determina el perito con base en la información contenida en actas del comité de coordinación 26 del 18 de marzo de 1999 y 39 del 13 de julio de 2001.

No obstante lo anterior, no se hace mención a ningún convenio de los contratantes en el sentido de ampliar los plazos del cronograma de instalaciones.

Ha de concluirse, entonces, que las anteriores no son modificaciones al contrato sino referencias hechas en el comité de coordinación en relación con la forma como avanzaba la ejecución del proyecto, en lo tocante a la instalación de la infraestructura.

Además, para el tribunal esa clase de reforma del contrato no habría de limitarse a extender los plazos de las instalaciones, por cuanto de ello se derivarían delicadas y apreciables consecuencias financieras que razonablemente llevarían a los contratantes a evaluar la consecuente pérdida de ingresos que conllevaría el recorte del período de producción de las líneas instaladas con posterioridad a las fechas inicialmente previstas, lo que podría implicar la modificación de las distribuciones pactadas para los períodos de facturación, la ampliación del término de duración del convenio, o el cambio de las condiciones de la garantía a cargo de Telecom.

Así las cosas, se trataría, entonces, de una alteración mayor en la estructura financiera del negocio, que no podría ser acordada por el comité de coordinación, dado que como se ha advertido insistentemente en estas consideraciones, este órgano tenía a su cargo, principalmente, tareas de coordinación y seguimiento del desarrollo del proyecto, así como ciertas atribuciones puntuales de modificación de las estipulaciones —como las previstas en la cláusula trigésima segunda del contrato y en el numeral 5.2 del anexo financiero— sin que dentro de ellas se encuentre la de modificar el cronograma de instalaciones y mucho menos el plan de negocios o el modelo económico.

Como se dijo, en las actas analizadas del comité de coordinación no existe mención ninguna respecto de un eventual acuerdo de sus miembros para cambiar el cronograma original de instalaciones. Tampoco existen elementos de juicio coincidentes, inequívocos y reiterados que permitan inferir, a partir de lo reseñado en esas actas, una voluntad común e implícita de prorrogar los plazos de las instalaciones. Y aún, si esos elementos existieran, los mismos serían inocuos, toda vez que el comité, como se indicó, carecía de atribuciones para

modificar el contrato en las materias que nos ocupan, de suerte que del comportamiento de sus miembros no podría deducirse la que sería la interpretación auténtica de la intención genuina de los contratantes respecto de la ampliación de los términos del cronograma de instalaciones.

Dada la magnitud de los cambios que conllevaría la alteración de los plazos en cuestión, es apenas lógico pensar que Telecom habría debido cumplir con todos los requisitos y trámites internos establecidos para formular una manifestación de voluntad distinta a la plasmada en el convenio y en sus anexos, culminando ese proceso con la suscripción de un documento, contentivo de la reforma, y con la intervención en él de los representantes autorizados de las dos partes, tal como lo requiere la cláusula vigésima tercera.

No sobra señalar que el comportamiento del Consorcio tampoco permite deducir su entendimiento en el sentido de que el cronograma habría sido modificado por los contratantes.

Nótese a este respecto que en los contratos adicionales u otrosís al contrato de obra suscritos con Radiotrónica, el Consorcio hizo expresa reserva de su derecho a exigirle a esta empresa la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los plazos de instalación, lo que significa que, para el Consorcio, el cronograma inicial seguía vigente.

Con base en esos mismos incumplimientos —y con la convicción de que ese cronograma se mantenía— el Consorcio demandó a su subcontratista ante el tribunal de arbitramento que convocó para que le resarciera el quebranto patrimonial experimentado por la pérdida de los ingresos proyectados en el convenio, en razón de la demora en la instalación de la infraestructura.

Así mismo solicitó que se condenara a Radiotrónica a indemnizarlo por las multas o sanciones que Telecom le impusiera al Consorcio como consecuencia de los incumplimientos de las obligaciones asumidas por este mediante el convenio, toda vez que tales incumplimientos eran atribuibles a la subcontratista.

Las pretensiones formuladas por el Consorcio contra Radiotrónica no tendrían justificación si el cronograma de instalaciones se hubiere modificado, pues en ese caso Telecom no podría haberle impuesto ninguna sanción al Consorcio, ni seguramente este sufriría perjuicio por la reducción de los ingresos por línea, dado que una ampliación de los términos del cronograma razonablemente habría llevado a una ampliación en el plazo del convenio, o a un ajuste en los términos de la garantía de Telecom.

Estas reflexiones muestran que la mera ampliación de los términos del cronograma de instalaciones —sin introducirle al negocio los demás ajustes financieros antes señalados— habría sido una decisión gravemente lesiva para los intereses de Telecom, pues carecería, para ella, de sindéresis negocial y de razonabilidad económica, lo que hace verdaderamente improbable que hubiere tenido alguna vez la voluntad de adoptar tal decisión.

En efecto, con respaldo en la supuesta ampliación de los plazos del cronograma de instalaciones —lo que implicaría que el Consorcio habría cumplido las obligaciones que contrajo bajo el convenio— este demanda la efectividad de la garantía a cargo de Telecom, para que esta le reconozca el producido por línea previsto en el flujo de caja proyectado del modelo económico, es decir, el ingreso promedio por línea contemplado en tal modelo. Dicho producido se inicia en las fechas hipotéticas estimadas en las proyecciones para las ventas de las líneas ya instaladas, fechas que, como sabemos, en razón de los retardos incurridos, no se cumplieron en la práctica, ni siquiera remotamente.

La efectividad de la garantía en la forma querida por el Consorcio, implica que Telecom responda por los ingresos que habrían de producir las líneas desde mucho tiempo antes de que fueran instaladas, a pesar de que, de acuerdo con la prueba recaudada, esos retardos fueran imputables a Radiotrónica y, en consecuencia, al Consorcio y de que no existe ningún indicio de que Telecom hubiere querido condonarle a este último las consecuencias de esos retardos.

La pretensión del Consorcio, de ser acogida, haría soportar a Telecom todo el peso económico de los retardos en la instalación y de la consiguiente pérdida de la demanda, mientras que el Consorcio resultaría por completo indemne, como si nada de lo ocurrido le fuere atribuible, pues obtendría a la postre el 90% del flujo de caja proyectado con una TIR del 12% anual, lo que significa que obtendría el reembolso completo de su inversión, con

alguna rentabilidad. Su única afectación, si bien menor, sería una afectación en la liquidez durante la ejecución del contrato, en virtud de los menores ingresos recibidos, a título de participaciones, durante los períodos de facturación.

No tiene justificación alguna, ni lógica ni jurídica, que después de los retardos imputables a Radiotrónica —que postergaron la instalación de la infraestructura y la ulterior venta de las líneas, retardando así el momento en que debía iniciarse la producción de los ingresos esperados y recortando el período de producción de los mismos— el Consorcio demande la efectividad plena de la garantía para obtener el 90% de los ingresos previstos en el flujo de caja proyectado más sus correspondientes rendimientos.

En síntesis, con apoyo en los hechos y argumentos analizados en este aparte, el tribunal ha llegado al convencimiento de que el cumplimiento de los plazos previstos en el cronograma de Instalación era un factor esencial para el éxito del proyecto, dado el ambiente de competencia en que este debía desarrollarse, tal como expresa y reiteradamente lo reconocieron las partes, por ejemplo, en los considerandos de los acuerdos adicionales al convenio que suscribieron para aplazar la decisión sobre el tamaño de la infraestructura que habría de construirse y como lo dejaron plasmado en las actas del comité de coordinación, *verbi gracia,* en la 3 del 4 de junio de 1996, en la que puntualizaron:

“Que los resultados del estudio de demanda adelantado por el Consorcio, son considerados confiables por las partes, y el riesgo de pérdida de mercado por penetración de la ETB u otros operadores, disminuye en la medida de lograr una mayor agresividad en la comercialización de las líneas, tanto por parte de Telecom como del Consorcio, siendo el primer paso el logro de una pronta disponibilidad de las mismas para el usuario”.

No obstante, ese laudable propósito no se cumplió por razones que —a la luz de las pruebas recaudadas y de su evaluación por parte del tribunal— son imputables a Radiotrónica y, por ende, al Consorcio, el que en consecuencia incumplió las obligaciones que contrajo mediante el convenio y debe asumir las consecuencias jurídicas y económicas de tal incumplimiento.

El Consorcio ha dicho y reafirmado en este proceso arbitral que le correspondía instalar las líneas en concordancia con la demanda real que se encontrara durante la ejecución del contrato, agregando que, a su juicio, tal demanda era la resultante del estudio de demanda que las convocantes debían realizar durante los primeros cuatro meses de vida del contrato.

Ese estudio mostró que para el primer año existía una demanda de 93 mil líneas, en tanto que el cronograma previó para ese lapso la instalación de 60 mil. Los resultados del estudio de demanda exigían del Consorcio un mayor grado de diligencia y acuciosidad para ganarle a la competencia esa mayor demanda y, así, obtener el mayor provecho posible de la oportunidad de mercado existente.

Sin embargo, la notoria ineficiencia de Radiotrónica, subcontratista del Consorcio, frustró esas aspiraciones, toda vez que incurrió en demoras ostensibles que retrasaron notoriamente la instalación y la subsecuente venta de las líneas. Eso afectó la demanda, como era de esperarse en un entorno de competencia, tal como los testigos técnicos y el perito financiero lo explicaron. De ahí que Telecom hubiera debido descargar del SAT alrededor de 80 mil solicitudes de líneas que se habían presentado y que seguramente fueron atendidas por otros operadores, lo que evidencia la pérdida de parte importante de la demanda, tanto en cantidad, como posiblemente en calidad, pues, según se puntualizó en el dictamen financiero, es muy probable que los usuarios más atractivos por su nivel de ingresos, fueran los primeros atendidos por las empresas competidoras, dejando un remanente de potenciales adquirentes de líneas con menores perspectivas de consumo.

A pesar del notorio deterioro de la demanda, el Consorcio siguió instalando sin determinar primero la eventual existencia de demanda real para cuando las líneas estuvieran disponibles, lo cual le habría exigido actualizar constantemente el estudio de demanda, dado que los testigos expertos que participaron en el proceso coincidieron en señalar que la demanda es por naturaleza cambiante, más aún en un sector altamente competido, de suerte que era menester hacerle un seguimiento permanente. Aún así, el Consorcio, no obstante haber asumido el riesgo de inversión y el de demanda, no actualizó el estudio de demanda elaborado en los primeros meses del año 96, a pesar de que varios años después estaba instalando un número considerable de líneas.

Ha de entenderse que Telecom garantizó los ingresos promedio por línea, previstos en el flujo de caja proyectado del modelo económico, con la razonable expectativa de que la demanda encontrada mediante el estudio aludido, se encontraría presente en el momento previsto para la venta de las líneas previamente instaladas. Por tanto, el cumplimiento del cronograma de instalación era esencial para la salvaguarda de los intereses de Telecom y, por tanto, para la exigibilidad de la garantía en los términos pactados.

Esto es así, por cuanto, de otra manera, la demora en la instalación y en la subsiguiente venta, retardaría el punto de partida previsto para la generación de ingresos y recortaría el período de su causación, incrementando en consecuencia los valores por los que tendría que responder Telecom, en razón de la garantía que ofreció en el convenio.

Debe, sin embargo, hacerse la siguiente distinción respecto del comportamiento del Consorcio en la instalación de las líneas correspondientes a cada uno de los dos grupos previstos en el anexo financiero.

En cuanto hace al primero, que consistía en la instalación de 60.000 líneas en un lapso que concluiría en noviembre de 1996, es claro para el tribunal, como se viene expresando, que el retardo en su instalación se explica por los reiterados incumplimientos de Radiotrónica.

En relación con el segundo grupo, de 50.000 líneas, que debían ser instaladas en un término de veintitrés meses que expiraría en noviembre de 1997, es del caso traer a colación lo señalado por el perito experto en planta externa, el cual puntualizó en sus aclaraciones al dictamen, lo siguiente en punto a la época en la que las partes adoptaron la decisión para la instalación de ese segundo grupo de líneas:

“Solo hasta el 31 de julio de 1998 se definió completamente la segunda fase de 50.000 líneas, como consta en el acta del comité coordinador 14 A:

(...).

Sin embargo, solamente hasta la definición de las líneas de la segunda fase, se pudo dar inicio a las actividades correspondientes a la construcción de las obras para completar las 50.000 de esta fase, ...

Según este cronograma y teniendo en cuenta que la actividad 70 (tendido y empalme de cable de cobre), se podía considerar ya adelantada en el equivalente de dos meses, se necesitaban ocho meses para terminar la instalación y pruebas hasta bloque de conexión de abonado, lo que lleva hasta marzo de 1999 la fecha de service in de las líneas de la segunda fase, contando desde julio de 1998 (punto C del cuadro, marzo/99)”.

Si bien de estas explicaciones del perito se deduce que la dilación en la adopción de la determinación relativa al segundo grupo de líneas retardó la instalación de las mismas, el tribunal es del caso subrayar que la iniciativa en esta materia en todo caso le correspondía al Consorcio, cuyo criterio debía ser el preponderante toda vez que él debía asumir las consecuencias económicas de los riesgos de inversión e instalación. A este respecto la prueba documentaria muestra que en efecto, a pesar de Telecom haber insistido en la instalación de 110.000 líneas era el Consorcio la parte que tenía inquietudes respecto de la conveniencia de instalar dicho número. Esto se observa, por ejemplo, en los considerandos del Otrosí 4 que modificó el convenio, en el cual el Consorcio manifiesta la necesidad de disponer de una mayor información sobre la demanda y de una más acentuada experiencia en la enajenación de las líneas, antes de tomar una decisión sobre el tamaño del proyecto. Y lo propio ocurre en el seno del comité de coordinación (esto ocurre, entre otras, en el acta del comité de coordinación 3 del 4 de junio de 1996), en el que Telecom manifiesta que la demanda encontrada justifica la instalación de 110.000 líneas, en tanto que el Consorcio se muestra escéptico al respecto, lo que es del todo natural, dado que era este último a quien le correspondía asumir las secuelas de una inadecuada determinación de la envergadura del proyecto. Así las cosas, a juicio del tribunal, la demora en la determinación del número de líneas a instalar en la segunda fase no puede imputársele a Telecom.

Por tanto, el comportamiento del Consorcio cambió los supuestos fácticos y financieros sobre los cuales Telecom otorgó la garantía y le agravaron el riesgo que asumió, pues en razón de los retardos en la instalación ya no podía contarse con la demanda que sirvió de respaldo a la elaboración del flujo de caja proyectado, el cual garantizó en un 90% la empresa estatal.

Lo anterior lleva al tribunal a concluir que los retardos atribuibles a las convocantes, impidieron el cumplimiento del cronograma de instalación de líneas y el de ventas de las mismas, disminuyendo los ingresos esperados por los contratantes, generándose así una ruptura del modelo económico y la desaparición de los supuestos sobre los cuales Telecom otorgó la garantía que el Consorcio demanda, garantía que, por lo mismo, no puede en este caso operar con el alcance perseguido por las convocantes.

Por tanto, los incumplimientos del Consorcio cambiaron los supuestos fácticos y financieros sobre los cuales Telecom otorgó la garantía y le agravaron el riesgo que asumió, pues en razón de los retardos en la instalación ya no podía contarse con la demanda que sirvió de respaldo a la elaboración del flujo de caja proyectado, el cual garantizó en un 90% la empresa estatal.

Lo anterior lleva al tribunal a concluir que los retardos atribuibles a las convocantes (por hechos y omisiones de su subcontratista: Radiotrónica) impidieron el cumplimiento del cronograma de instalación de líneas y el de ventas de las mismas, disminuyendo los ingresos esperados por los contratantes, generándose así una ruptura del modelo económico y la desaparición de los supuestos sobre los cuales Telecom otorgó la garantía que el Consorcio demanda, garantía que, por lo mismo, no puede en este caso operar con el alcance perseguido por las convocantes.

Esto significa que para liquidar los montos a cargo de Telecom, por concepto de la garantía, deberán tomarse en consideración las líneas vendidas, cuyo producido habrá de comenzar a calcularse a partir de su venta efectiva.

De otra parte, el tribunal habrá de determinar cuál de los contratantes debe asumir las consecuencias económicas derivadas de la devolución de las líneas vendidas, toda vez que un número significativo de usuarios, a partir de febrero de 2000, procedió a restituir las líneas que habían previamente adquirido, las cuales, obviamente, cesaron de producir ingresos para el proyecto. Nada dice el convenio sobre la asunción de este riesgo que, en el presente caso, representa un monto importante, dado el alto número de líneas devueltas.

Telecom arguye que dicho riesgo corresponde al Consorcio, por cuanto este asumió el riesgo de demanda y la devolución de una línea significa que no hay demanda para ella. Agrega que, de no descontarse la línea devuelta para efectos del cálculo del promedio de ingresos por línea garantizado, en el evento de que fuera vendida nuevamente, una misma línea quedaría generando ingresos dos veces, distorsionando el funcionamiento del modelo económico.

Según el dictamen financiero, la devolución de las líneas podría ser atribuible al Consorcio, en razón del deterioro en la calidad de la demanda, generado por el retardo en la instalación, pues, a juicio del perito, los usuarios con un mayor nivel de ingresos habrían sido atendidos por empresas competidoras, en particular ETB, al haber emprendido primero sus labores de promoción y ventas, dejando un remanente de potenciales adquirentes de líneas con menor capacidad de consumo, que serían los captados por el proyecto.

La anterior apreciación del perito es respaldada con los datos que aparecen en el cuadro que elaboró para dar respuesta a la pregunta 14 de Telecom. Allí se advierte que el fenómeno de la devolución de las líneas comenzó a presentarse desde el mes de febrero del año 2000, cuando ya se habían vendido, en desarrollo del convenio C-060-95, 60.229 líneas. En adelante dicho fenómeno se mantuvo. En contraste con lo anterior, se observa que entre abril de 1997, cuando se iniciaron las instalaciones y enero de 2000, no fue devuelta ninguna línea. Esto parecería coincidir con lo explicado por el perito, en el sentido de que a medida que se avanza en la comercialización de una zona previamente desabastecida, el primer operador está en capacidad de conseguir los usuarios con un más alto nivel socio-económico, dejando un remanente de menor ingreso, que con el paso del tiempo se deteriora más, deprimiendo así el promedio de consumo.

Estas fueron las palabras del perito (fls. 28 y 29 del cdno. pbas. 28A del expediente):

“En general, el atraso en una instalación implica que los clientes atendidos sean menos atractivos, en promedio, que los clientes dispuestos a comprar el servicio antes de que la competencia atacara y se perdiera la ventaja que se deriva de atender un mercado desabastecido. De la invitación a proponer se infiere que las circunstancias iniciales del mercado eran atractivas para hacer la inversión. Esta premisa se corrobora con los estudios de mercado”.

Y enseguida agrega el experto:

“Este perito tuvo oportunidad de conocer retrospectivamente el proceso de redireccionamiento institucional de la ETB, en marcha en la época en la que se llevó a cabo la ejecución del convenio C-0060-95, y considera plausible la hipótesis de que una dilación en la instalación pudo haber significado que el proceso de recuperación de dicha empresa hubiera resultado en captura de clientes atractivos, que de otra manera podrían haber sido atendidos por Telecom. Naturalmente, una verificación rigurosa de esta hipótesis escapa a las posibilidades de este dictamen”.

Y concluye:

“Lo cierto es que los esfuerzos de venta iniciales en un mercado hasta entonces insuficientemente atendido permiten concentrar la atención en el mejor segmento, en tanto que el proveedor que llega tarde corre riesgos de limitar su atención a población de escasos recursos que demandará menos servicios o quizás tendrá atrasos o incumplimientos en el pago de las obligaciones a su cargo. En síntesis, la clientela que se atiende de última no es la mejor”.

Teniendo como respaldo las explicaciones y datos mencionados, sería lógico pensar que —si las líneas hubieran sido instaladas y vendidas en las fechas estimadas, tareas estas que habrían concluido a finales de 1998, es decir, año y medio antes de que comenzaran las devoluciones—, se habrían podido colocar en el mercado la totalidad de las líneas proyectadas, sin que el fenómeno de los retiros hubiera afectado el proyecto.

En principio, esto pondría en evidencia la relación causal entre los retardos en el cumplimiento del cronograma de instalación, el deterioro de la calidad de la demanda y la devolución de líneas vendidas, lo que llevaría a que estas no se tuvieran en cuenta para la liquidación final del convenio y para el cálculo del valor de rescate.

Sin embargo, para el tribunal las explicaciones transcritas del perito financiero, según se desprende del contenido de las mismas, constituyen apenas hipótesis que por su propia índole, no pueden tomarse como auténticas reglas o máximas de la experiencia especializada con fundamento en las cuales haya lugar a afirmar de modo categórico, que la devolución de líneas en cuestión, reconoce su causa exclusivamente en los atrasos en la instalación a los que se viene haciendo referencia; en el mismo dictamen se lee que conforme al parecer del perito financiero, “podría razonablemente pensarse que un atraso en la instalación generaría una menor cantidad de líneas vendidas con el mismo esfuerzo comercial o requeriría un mayor esfuerzo comercial para lograr el mismo número de líneas vendidas en la zona (…)”, apreciación esta que pone de manifiesto la extraordinaria complejidad que entraña establecer conclusiones definitivas acerca del tema de que se trata, toda vez que, en punto de darse a la tarea de emprender ese esfuerzo comercial al que alude la experticia, con el fin de conjurar los efectos negativos de la situación generada por los atrasos de instalaciones y procurar reestablecer a niveles razonables el desarrollo del proyecto, el principio de colaboración asociativa en interés de los dos contratantes, no le permitía a ninguno de ellos permanecer indiferente.

Así, pues, es lógico pensar que la devolución de una línea telefónica puede obedecer a diversos motivos, algunos de ellos imputables a las partes del contrato y otros atribuibles a imponderables por fuera de su control. Así por ejemplo, puede provenir de razones imputables al Consorcio un deficiente servicio telefónico causado por la mala calidad de los equipos o la deficiente instalación de los mismos; o puede ser atribuible a Telecom ese mal servicio si es consecuencia de una inapropiada operación de la infraestructura o de su inadecuado mantenimiento.

También pueden presentarse eventos fortuitos que expliquen la determinación de un usuario de devolver la línea, como puede acontecer en el caso de una reducción súbita y drástica de sus ingresos, producida por la pérdida inesperada de su empleo, o por una grave enfermedad.

Lo anterior significa que, automáticamente, no pueda endilgársele al Consorcio la devolución de una línea y la consecuente pérdida de ingresos, a menos que se allegue prueba específica y concluyente de que dicha devolución se explica por sus acciones u omisiones culposas en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. En otras palabras, para ese efecto sería menester acreditar la relación directa y necesaria entre la inobservancia de las obligaciones asumidas por el Consorcio y la devolución de la línea, prueba esta que no se encuentra en el expediente.

Descartado el tema del incumplimiento, debe determinarse a cuál de los contratantes le corresponde asumir las

secuelas de la devolución de las líneas.

Telecom argumentó en el proceso que al Consorcio le correspondía afrontar los riesgos de inversión y de instalación. En este último se concreta la carencia de garantía de la demanda, según lo establecido en la cláusula décima quinta del convenio, toda vez que las convocantes debían instalar de acuerdo con los resultados del estudio de demanda durante la ejecución del contrato. Solo si se instalaba con arreglo a esa pauta, el Consorcio tenía derecho, en adelante, a los ingresos garantizados por Telecom, dado que con esa garantía se aseguraba un tráfico promedio predeterminado, unas tarifas preestablecidas y un cierto nivel de inflación y de devaluación. De ahí que se dijera que los riesgos del Consorcio llegaban hasta la instalación y venta de la línea y que a partir de este momento Telecom comenzada a afrontar los suyos, relacionados con los ingresos producidos por la línea vendida.

Nótese que de la mencionada cláusula décima quinta se infiere que, para que el Consorcio asumiera en realidad el riesgo de demanda, este debía instalar las líneas con el mismo ritmo en que, en el estudio de demanda, apareciera la existencia de la "demanda real", a lo largo de la ejecución de las prestaciones contractuales. Por ello dicha cláusula puntualiza: "Telecom no garantiza la demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, la instalación se hará de acuerdo con la demanda real que se presente durante la ejecución del convenio". De acuerdo con lo anterior, el riesgo de demanda a cargo del Consorcio se extendía hasta cuando la línea instalada era vendida. Los avatares posteriores, respecto de los cuales el Consorcio no tenía forma alguna de prevenirlos o evitarlos, han de ser asumidos por Telecom, de acuerdo con la distribución de riesgos plasmada implícitamente en la cláusula décima quinta.

Así las cosas, para trazar la línea divisoria del campo de los riesgos de cada contratante, es menester acudir a la definición de línea vendida, por cuanto allí terminaban las vicisitudes de una parte, para dar comienzo a las de la otra.

Dicha definición se encuentra en el numeral 5.2 del anexo financiero, en los siguientes términos: "Líneas vendidas son aquellas que han sido adjudicadas a un suscriptor, del cual se ha recibido el valor del derecho de conexión y el cargo de instalación o la primera cuota sobre el valor de los mismos, en el caso en que la venta de la línea se haya hecho de contado o a crédito, respectivamente".

Considera el tribunal, en consecuencia, que las "líneas vendidas", entendidas según la definición anterior, que hubieren sido luego devueltas por los suscriptores a quienes fueron adjudicadas, constituyen un riesgo a cargo de Telecom, de manera que esta entidad ha de garantizarle al Consorcio los ingresos proyectados para dichas líneas, a partir de su venta.

En cuanto al argumento de Telecom, en el sentido de que, con esta interpretación, podría resultar garantizando el producido doble de la línea, si después de devuelta se vendiera de nuevo, el tribunal manifiesta, que, en efecto, esa distorsión del negocio no podría ser de recibo, de suerte que sería menester demostrar los casos en que ello ocurrió, con el fin de evitar en los cálculos del valor de rescate la doble generación de ingresos por línea. Sin embargo, no aparece en el expediente prueba alguna que acredite esa ocurrencia, por lo que para la determinación del valor de rescate se consideran como vendidas las líneas que fueron devueltas, cuyo producido promedio mensual, estimado en el flujo de caja proyectado del modelo económico, deberá ser asegurado por Telecom al Consorcio a partir de la fecha de las respectivas ventas.

En síntesis, para liquidar las sumas a cargo de Telecom por concepto de la garantía, deberán tomarse en consideración las líneas vendidas, sin excluir las devueltas. Los ingresos de las líneas vendidas, deberán comenzar a calcularse desde la fecha de su venta y hasta la expiración del término del convenio.

En consecuencia, tomando como referencia las mismas bases de cálculo utilizadas por el perito financiero al responder las preguntas 14 a 20 del cuestionario presentado por Telecom, cálculo en cuya virtud se fija en la suma de USD$27.014.960 el valor de la diferencia entre el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado y el valor presente del flujo de caja real de la revisión anual como resultado de la operación, el tribunal estima que, sin excluir las líneas vendidas y devueltas como corresponde de acuerdo con lo dicho anteriormente, el valor de dicha diferencia es de USD$28.737.420. Ahora bien, el valor futuro de esta diferencia a la fecha de finalización del contrato, utilizando una tasa de descuento del 12% anual en dólares, que es

el procedimiento utilizado por el mismo peritaje en la respuesta a la pregunta 21 del cuestionario en cita, es de USD$58.352.629, cuantía esta que expresa el valor de rescate que conforme al convenio está obligada Telecom a pagarle al Consorcio.

Finalmente, debe señalarse que el Consorcio planteó en su alegato de conclusión que el eventual incumplimiento en que hubiere incurrido por demoras en la instalación de la infraestructura sería un incumplimiento inocuo, pues no generaría ninguna consecuencia, dado que no se previó dicha circunstancia en el modelo económico, ni en la metodología para la liquidación final del convenio, de manera que no podría introducirse ese nuevo factor, toda vez que con ello se quebrantarían las estipulaciones de las partes. Agrega que tampoco procedería una declaratoria de responsabilidad en su contra, por cuanto las dos partes se exoneraron en el contrato del resarcimiento de perjuicios por lucro cesante.

Sobre estos planteamientos el tribunal considera que Telecom no ha formulado pretensiones enderezadas a obtener reparación por el lucro cesante que pudo haber experimentado, ni sus argumentos están dirigidos a ese propósito, de manera que la estipulación invocada por el Consorcio no tiene aplicación en este caso, toda vez que el tribunal entiende que la exoneración del lucro cesante sería una defensa planteable solo en el caso de que Telecom hubiere formulado una pretensión resarcitoria de esa clase de daño. Lo que persigue Telecom es que se reconozca que no está obligada a honrar la garantía que le otorgó al Consorcio en los términos en que este demanda su efectividad, toda vez que, de acuerdo con el alcance de dicha garantía, Telecom debía asumir los riesgos derivados de eventos fortuitos que impidieran al Consorcio la recepción de los ingresos esperados, en particular por la caída del tráfico proyectado, por tarifas más bajas que las pronosticadas, o por una evolución inusual del índice de inflación o de la tasa de devaluación, pero dentro de esos riesgos no se cubrió ninguno que consistiera en la pérdida de ingresos causada por hechos atribuibles al propio Consorcio, en particular, por el incumplimiento de las obligaciones que contrajo mediante el convenio.

Está probado que ese incumplimiento ocurrió y es imputable a las convocantes, lo que significa que la reducción de los ingresos, derivada de la instalación extemporánea de la infraestructura del proyecto, constituye un acaecimiento no previsto ni cubierto por la garantía ofrecida por Telecom, incumplimiento que, además, como lo manifiesta el tribunal, produjo la alteración de los supuestos fácticos y financieros sobre los cuales se estructuró la garantía de la convocada, lo que también impide que el Consorcio demande la efectividad de la garantía en todo aquello que alteró en detrimento del proyecto y como consecuencia de su incumplimiento.

No constituye ningún impedimento jurídico ni lógico, para la adopción de esta determinación, el hecho de que esta situación no se hubiere contemplado en la metodología para la liquidación final del convenio. Dicha metodología está enderezada a calcular los valores a cargo de Telecom como consecuencia de la garantía que le otorgó al Consorcio y lo que aquí se ha definido por el tribunal es precisamente el alcance de dicha garantía, declarando que la misma no cubre la pérdida de ingresos proveniente del incumplimiento imputable a las convocantes.

Finalmente, considera el tribunal que en la medida en que de conformidad con el anexo financiero, las compensaciones acordadas como consecuencia de las revisiones anuales tenían por objeto asegurar la realización de los resultados previstos en el modelo económico ajustado, dichas compensaciones deben tomarse en cuenta para hacer la liquidación del convenio al calcular el flujo de caja real, pero no se deben considerar al determinar el flujo de caja del modelo económico ajustado, pues de otra manera no se lograría el objetivo de dichas compensaciones.

5. Derecho de opción a adquirir la infraestructura.

En la pretensión décima tercera de su demanda de reconvención, Telecom solicitó que se declarara que “de conformidad con la cláusula séptima literal h) del convenio C-0060-95, Telecom tiene el derecho a ejercer o no, la opción de adquirir, contra el pago a las reconvenidas del valor de rescate a que haya lugar, todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por las reconvenidas, en las condiciones y plazos establecidos en este convenio, en el anexo financiero y en la ley”. En la pretensión subsidiaria se reitera la solicitud en el sentido que se declare que Telecom tenía una opción y se agrega que ello es “sin perjuicio de los derechos que eventualmente correspondan a las reconvenidas de disponer económicamente de la infraestructura correspondiente a las líneas instaladas no vendidas”.

Así mismo, en la pretensión décima cuarta se solicitó que se declarara que “en caso de que Telecom decida ejercer su opción contractual de adquirir la infraestructura a que haya lugar, las reconvenidas deberán estar en disposición de cumplir con la obligación de transferirla, a satisfacción de Telecom, una vez dicha infraestructura cumpla con todos los requisitos y condiciones indicados en el contrato, el anexo técnico y demás documentos contractuales”.

De otra parte, en su alegato de conclusión Telecom expresó que la recepción de la infraestructura es un derecho y no una obligación pues así aparece claramente pactado, por lo que Telecom conserva la potestad de negarse a ejercer su opción de manera definitiva, particularmente teniendo en cuenta que la infraestructura no se encuentra en el estado en el que el asociado debió construirla y entregarla.

Por su parte el Consorcio afirma que esta opción no existe pues ni siquiera fue considerada por la junta directiva al autorizar el proyecto capital, ni tampoco la contempló la invitación en la cual se solicitó a los oferentes señalar las condiciones en las que Telecom adquiriría a cualquier título durante el término del convenio, o a su finalización, dichos equipos e infraestructura. Agrega que el convenio solo contempló la opción para el evento de una terminación anticipada, pero no a la finalización del mismo. Expresa que la cláusula cuarta literal l) del convenio estableció como obligación del Consorcio transferir la propiedad y demás derechos a Telecom, a la terminación del convenio, por el valor establecido en el anexo financiero, sin hacer ninguna referencia a un derecho de opción. Tampoco hace referencia a dicha opción la cláusula 7, literal h. Además, Telecom en diversas ocasiones dejó claro que se adquiriría la infraestructura como consecuencia de la terminación del convenio sin hacer referencia a una opción. Finalmente, señala que en todo caso si se tratara de una opción la misma no cumpliría con los requisitos de la Ley 51 de 1918, pues no contiene un plazo o una condición. Además, en todo caso si se aceptara su tesis dicha opción debió ser ejercida cuanto terminó el convenio.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

La cláusula 7a del convenio C-0060-95 dispone:

“Telecom tiene los siguientes derechos:

(...).

h) A que viertan a su patrimonio todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por el Consorcio en las condiciones y plazos establecidos en este convenio y en el anexo financiero;”.

Ahora bien, Telecom sostiene que en la medida en que dicha cláusula contractual le otorga un derecho, tiene una opción que puede o no ejercer.

Desde este punto de vista, debe recordar el tribunal que como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 18 de mayo de 1946, Gaceta Judicial tomo 62, página 20), “Consiste esencialmente la opción en la obligación que adquiere una persona de vender a otra, en el caso de que esta decida comprar según condiciones predeterminadas en el contrato”. De esta manera para que exista una opción debe existir una voluntad clara en el sentido de que mientras una parte queda obligada a vender, la otra simplemente tiene la facultad de hacerlo y por ello la obligación de la primera depende de lo que decida la segunda.

En el presente caso, el hecho de que las partes hayan pactado que Telecom tiene derecho a que viertan a su patrimonio los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, no acredita una voluntad en el sentido de establecer una opción. En efecto, toda obligación otorga al acreedor el derecho a exigir su cumplimiento, por ello no se puede afirmar que por la existencia de tal derecho, el acreedor tiene una opción. A tal propósito basta señalar que el vendedor tiene la obligación de transferir la cosa vendida y el comprador tiene derecho a que ello ocurra, pero ello no significa que allí exista una opción.

Ahora bien, si se revisa el conjunto del convenio C-0060-95 no encuentra el tribunal que las partes hayan querido pactar una opción, sino que simplemente su intención fue la de hacer referencia al derecho correlativo a la obligación a cargo del Consorcio.

En efecto, en el literal l) de la cláusula cuarta se establece como obligación del Consorcio:

“l) Transferir la propiedad y demás derechos a Telecom, a la terminación del convenio, por el valor establecido en el anexo financiero, de todos los bienes muebles e inmuebles, de las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos. La entrega de estos bienes se formalizará de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, y la transferencias de títulos se obliga a realizarla el Consorcio dentro de los seis (6) meses siguientes”.

Como se puede apreciar, esta cláusula impuso al Consorcio la obligación de transferir los bienes sin sujetarla al hecho de que Telecom decidiera ejercer una opción, como debió haber ocurrido si se hubiese querido consagrar una prerrogativa tal.

En forma congruente con lo anterior, el anexo financiero al regular el valor de rescate estableció:

“El Consorcio tiene la obligación de entregar a Telecom a la terminación del convenio de asociación por el valor neto estimado de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US$50.000) como valor de rescate mínimo en caso de que el valor de rescate no hubiera tenido reajuste originado en las revisiones del modelo económico establecidas en los numerales 5.2 y 5.3 los equipos utilizados en la ejecución del proyecto y otros derechos obtenidos en las condiciones que dichos bienes se encuentren en ese momento. La entrega de los bienes muebles se formalizará mediante la utilización de un acta de Recibo para la transferencia a Telecom de los mismos.

Este valor será pagado por Telecom dentro de los treinta días contados a partir de la terminación del convenio de asociación y estará libre de deducciones y retenciones” (se resalta).

Como se puede apreciar, el anexo financiero claramente precisa que el Consorcio debe entregar por el valor de rescate los equipos utilizados en la ejecución del proyecto y los demás derechos obtenidos y le impone a Telecom pagar este valor dentro de los treinta días siguientes a la terminación del convenio. Esta regulación contractual es claramente contraria a la existencia de un derecho de opción y, por el contrario, reafirma que lo que buscó el contrato fue hacer alusión al derecho de Telecom, correlativo a la obligación del Consorcio.

Por lo demás, la tesis de la convocada no es consistente con otras estipulaciones del convenio.

En efecto, Telecom afirma tener un derecho de opción en razón a que la cláusula séptima le otorga el derecho de recibir la infraestructura. Pues bien, existen otros casos en que el convenio consagra derechos de Telecom y en tal caso no se trata simplemente de una facultad que pueda ejercer Telecom, como sucede con el derecho de opción, sino de un derecho correlativo a una obligación del Consorcio. Es el caso por ejemplo de lo contemplado en literal c) de la misma cláusula que establece como derecho de Telecom el de c) “Recibir la transferencia de tecnología y conocimientos de parte de el Consorcio, para la operación, explotación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura, de las redes, y la prestación eficiente de los servicios”. Es claro que en este caso no se trata de un simple derecho de Telecom que pueda o no ejercer a su arbitrio; esta entidad como operadora debe contar con todos los conocimientos necesarios para operar adecuadamente la infraestructura y, por lo tanto, no podría simplemente limitarse a señalar que ella puede o no recibirlos.

De otra parte, el convenio establece las garantías que debe constituir el Consorcio entre las cuales se encuentra la de “De calidad y correcto funcionamiento y suministro de repuestos de los equipos aportados al convenio en una cuantía equivalente al 5% del valor de los equipos con una vigencia igual a la del término del convenio y dos años más” (se resalta). Si lo que existiera realmente fuera un derecho de opción no tendría sentido que desde un principio se pactara que la garantía de calidad y correcto funcionamiento se extendiera por dos años más contados a partir de la terminación del convenio.

Lo que si es verdad es que, en ciertos casos, el convenio contempló para Telecom la posibilidad de adquirir anticipadamente las líneas. En tal sentido la cláusula vigésima sexta claramente establecía entre las causas de terminación del convenio la siguiente:

“b) Si en cualquier momento durante el término de este convenio cualquiera de las partes acredita que el mismo no

puede desarrollarse por el incumplimiento de la otra y no pueden acordar u obtener formas que eviten dicho incumplimiento, en cuyo caso la respectiva parte proveerá notificación escrita de tal circunstancia con tres (3) meses de antelación a la fecha de terminación. Si la terminación ocurre antes de la fecha de expiración, las partes saldarán los ingresos recibidos por el suministro de los servicios y el Consorcio tendrá el derecho a retirar el equipo de su propiedad impagado, salvo los bienes inmuebles, las redes externas y obras civiles, las servidumbres y demás derechos obtenidos con ocasión de la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Telecom tendrá el derecho a ejercer su opción consistente en recibir los equipos del Consorcio por el valor que para este evento se establece en el anexo financiero o en libros de la asociación o por el valor de salvamento establecido en el plan de negocios para cada año a su mejor conveniencia".

Como se puede apreciar, en esta cláusula se consagró un derecho de opción, lo cual acredita que en los eventos en que las partes quisieron contemplar ese derecho lo hicieron claramente.

Finalmente, no se encuentra que en los antecedentes del proyecto, como lo advierte el Consorcio se haya querido establecer dicha opción.

En efecto, en la presentación a la junta directiva de Telecom en septiembre de 1995, se expresó (acta 1669, fl. 001 del cdno. pbas. 10 del expediente): "Al vencimiento del contrato, los bienes que el asociado haya aportado para el cumplimiento de su obligación pasará a ser propiedad de Telecom".

Finalmente, teniendo en cuenta que la finalidad del convenio es desarrollar una infraestructura para prestar el servicio de telecomunicaciones, no encuentra razonable el tribunal desde el punto de vista de la prestación del servicio público que se pueda concluir que el Consorcio instala la infraestructura, se venden las líneas, Telecom presta el servicio y posteriormente decide no adquirirla.

En razón de lo anterior hay lugar a negar la pretensión décima tercera principal y subsidiaria, así como la pretensión décima cuarta, contenidas en la demanda de reconvención.

En todo caso, se considera necesario precisar que la infraestructura que tiene que adquirir Telecom es aquella que corresponde a las líneas vendidas y en consecuencia, observa el tribunal que, en el fondo, la situación que se presentó en el caso que se analiza, corresponde a los eventos en los cuales una parte ejecuta la prestación pactada, pero al hacerlo realiza obras mayores de aquellas a las que tiene derecho a compensación en virtud del contrato. En tal caso, si la mayor cantidad de obra es inseparable de la obra ejecutada, deberá resolverse la situación teniendo en cuenta los principios generales, y, en particular, que ninguna parte puede enriquecerse a costa de otra.

Sin embargo, como quiera que en el presente proceso no se ha formulado pretensión alguna en concreto que habilite al tribunal para determinar los derechos del Consorcio por razón de dichas obras adicionales, las cuales por añadidura no corresponden al desarrollo del objeto del convenio, no puede entonces este tribunal pronunciarse sobre tales derechos.

6. Inversión adicional.

En su demanda reformada, la parte demandante solicitó (pretensión segunda) "Declarar que el valor de la inversión adicional realizada por las convocantes y reconocida por Telecom durante la ejecución del convenio fue la suma total de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$3.305.658.59) o la suma superior que se demuestre en este proceso". Como consecuencia de lo anterior, solicitó (pretensión séptima) condenar a Telecom a pagar a las convocantes un monto global que incluye: "2. La suma de tres millones trescientos cinco mil seiscientos cincuenta y ocho dólares con cincuenta y nueve centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$3.305.658.59) o la suma superior que se demuestre en este proceso por concepto de inversión adicional". A tal efecto precisó que esta inversión corresponde a obras y trabajos adicionales realizados por el Consorcio, para atender cambios en la infraestructura que fueron solicitados por Telecom o fueron realizados para atender las necesidades surgidas durante la ejecución del convenio. Expresó la demandante que en el vigésimo octavo comité de coordinación, de fecha 28 de mayo de 1999, se acordó una inversión adicional correspondiente a la suma de US$2.415.740.26. Agregó que dicha suma correspondía a la consolidación de las inversiones adicionales aprobadas en comités anteriores. Lo anterior por

cuanto la inversión adicional debía incorporarse en el modelo económico para garantizar el retorno financiero según lo acordado en el anexo correspondiente.

Advierte el demandante que en la primera reunión del comité de coordinación se acordó quiénes serían los representantes de las partes en el mismo, cuáles serían sus funciones y la forma de adoptar decisiones. De esta manera, la inversión se aprobó por quien se le había hecho saber al Consorcio y se le había dado la confianza que estaba facultado para hacerlo. Precisa que esta creencia del Consorcio fue creada y consolidada de buena fe, teniendo en cuenta la conducta de Telecom y sus presidentes y representantes legales. De esta manera concluye que si dichos funcionarios no estuvieren habilitados para aprobar la inversión adicional realizada, Telecom creó la apariencia de que estaban facultados en debida forma.

Agrega que la infraestructura instalada fruto de esta inversión adicional ha sido y está siendo explotada por Telecom (o por Coltel por autorización de Telecom), de tal forma que mal haría esta en beneficiarse de una inversión realizada por el Consorcio en su favor, sin que exista retribución al respecto.

En la contestación a la demanda, Telecom reconoció como cierto el hecho que en reunión del 28 de mayo de 1999, se aprobó una inversión adicional por valor de USD$2.415.740.26, pero se opuso al reconocimiento de dicha inversión pues no fue aprobada por el representante legal de Telecom, y mucho menos fue objeto de una modificación del convenio original. Hace referencia al texto del contrato para concluir que no basta que el comité se pronuncie sobre una supuesta adición a la inversión, sino que contractualmente se requiere que la presidencia de Telecom o, en su defecto, el funcionario que se menciona en el convenio, se hubiesen pronunciado aprobando dicha adición a la inversión, lo cual no ocurrió. Además, no procede ningún reconocimiento en el convenio de las inversiones “a favor” del asociado, particularmente cuando dichas inversiones no figuran dentro de lo formalmente acordado por las partes, lo que hace imposible aplicar estipulación alguna del convenio. Agrega Telecom, que aun en el evento de que se hubiese aprobado la modificación del contrato a fin de incorporar la inversión adicional, ello no implicaría que Telecom habría tenido la obligación de reconocer a las convocantes el monto de tal inversión adicional, en tanto es claro que en ninguna parte del convenio se halla consagrada tal obligación, pues las compensaciones que Telecom puede hacer a favor de las convocantes no incluyen lo correspondiente a pagos de la inversión realizada. El convenio en ninguna parte garantiza el repago de la inversión ni retorno alguno sobre esta a favor de Teleconsorcio S.A. El riesgo de la inversión fue asumido por las convocantes, por lo que de acuerdo con la naturaleza del convenio y su clausulado, Telecom no está obligado a garantizarle la recuperación de ningún tipo de inversión. Señala que las compensaciones que se pactaron a favor de las convocantes se refieren únicamente a los ingresos generados por las líneas vendidas durante la ejecución del convenio y al valor de rescate que arroje la liquidación del mismo. En ninguna parte se acordó incrementar ninguna de estas compensaciones para reconocer o pagar inversiones adicionales a las establecidas en el convenio, y menos aún cuando tales inversiones no fueron acordadas siguiendo los procedimientos señalados en el convenio.

En relación con esta materia es de verse que el expediente indica lo siguiente:

El texto del acta de la vigésima octava reunión del comité de coordinación realizada el 28 de mayo de 1999 dice así (fl. 1316 del cdno. pbas. 4):

“Teleconsorcio plantea la necesidad de regularizar los aspectos de inversión adicional, que ha requerido el proyecto, y que algunos de ellos ya se encuentran aprobados en otras actas. Telecom y Teleconsorcio acuerdan establecer el resumen de las inversiones adicionales aprobadas anteriormente en comité de zona.

El resumen de los adicionales con base a los documentos y actas firmadas son:

1. Endeudamiento externo, por un valor de $133’466,000 pesos equivalentes a $124,194.32 dólares acordado en acta 14 A, de fecha 31 de julio de 1997.

2. Arriendos de sitios para ELU por un valor de $811,701 dólares acordado en acta 14 A, de fecha 31 de julio de 1997.

3. Acometida interna, por valor de $60.672 dólares de acuerdo a carta enviada por Capitel de fecha 06 de marzo de 1998 y discriminada en documento entregado en el acta 27 de abril de 1999.

4. Servicios públicos por un valor de $134.794.94 dólares de acuerdo a carta enviada por Capitel de abril 16 de 1998, este valor se encuentra discriminado en documento enviado a la asistencia administrativa y financiera con fecha 28 mayo 1999 GF 258-99 por parte de la gerencia financiera de Telecom.

5. Canalización somera por un valor de $437.472 dólares, de acuerdo al acta 28 del día 28 de mayo de 1999.

6. Canalización adicional carrera 10 del centro de Bogotá, por un valor de $98.300 dólares de acuerdo al acta 28 del día 28 de mayo de 1999.

7. Fibra adicional por un valor de $165.000 dólares de acuerdo al acta 28 del día 28 de mayo de 1999.

8. Operación del SAT por un valor de $563.605 dólares de acuerdo al acta 28 del día 28 de mayo de 1999.

De acuerdo al resumen anterior la inversión adicional aprobada por parte de Telecom y Teleconsorcio es de $2’415.740.26 dólares. Este valor se incorporará al plan de negocios del convenio C-060-95 con el fin de garantizar el retorno financiero de Consorcio de acuerdo con los anexos financieros”.

Como se puede apreciar, el texto anterior es claro en el sentido de reconocer dicha inversión adicional con el fin de que la misma ingrese al modelo financiero. Ahora bien, no aparece acreditado en el expediente que dicha cifra se haya incorporado formalmente en el modelo financiero.

La primera cuestión de cuyo análisis de ocuparse el tribunal, consiste en determinar si el comité de coordinación tenía poderes suficientes para adoptar las decisiones de las que da cuenta el acta transcrita y las anteriores a la que la misma se refiere y en las cuales se habían aprobado algunas de dichas inversiones.

Desde este punto de vista, ha de reiterarse que el convenio regula en su cláusula décima el comité de coordinación cuya razón de ser, así como el sentido general de sus funciones, fueron analizadas con el detenimiento debido en aparte anterior de estas consideraciones. De allí se desprende que los funcionarios designados por cada uno de los asociados para integrar el aludido comité, tienen el carácter de representantes de ellos, de tal suerte que, dentro de la órbita de las funciones a dicho cuerpo encomendadas, podían comprometerlos.

Sin embargo, no está por demás recalcar varios elementos que para el estudio del tema de este acápite cobran particular relevancia. En primer lugar, el marco legal de las funciones del comité estará determinado por aquellas facultades que expresamente se le otorgaron. Igualmente podrá realizar los actos necesarios para este fin (C.Co., art. 1263) y los comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuya gestión se le haya encomendado (C.Co., art. 840).

Por consiguiente, en primer lugar, las funciones del comité son las que enumera la cláusula mencionada expresamente. Adicionalmente, dicha cláusula dispone que son funciones del comité aquellas que son acordes con sus objetivos, lo cual implica que puede realizar todas aquellas actividades necesarias para desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, para dar soluciones efectivas en la prestación del servicio a los usuarios dentro del marco del convenio. A lo anterior se agrega que algunas otras estipulaciones contenidas en los documentos contractuales señalan facultades al comité.

En tal sentido la cláusula cuarta, al regular las obligaciones del Consorcio, establece que a este le corresponde: “d) Por su cuenta y con cargo al valor asignado dentro de la oferta para el rubro de mercadeo, El comité de coordinación fijará la intensidad en que se llevará a cabo la publicidad, promoción y mercadeo para conseguir usuarios que suscriban contratos de servicio con Telecom”. Así mismo, la cláusula quinta establece como derechos de el Consorcio: “d) Recibir los ingresos a que tiene derecho el Consorcio por la inversión y gastos autorizados por el comité de coordinación que efectúe en desarrollo de las previsiones de este convenio”. La cláusula séptima del convenio contempla entre los derechos de Telecom “i) A deducir de los ingresos brutos los costos autorizados y demás que determine el comité de coordinación”. Por otra parte, la cláusula vigésima séptima dispone que “En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas, 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 (2ª) instancia conformada por el presidente de Telecom y el

representante del Consorcio, quienes buscarán una solución, aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, el asunto se resolverá mediante conciliación o arbitraje, conforme a las leyes colombianas, los cuales solo procederán para aquellos casos que involucren cuantías superiores al diez por ciento (10%) del valor de la inversión. Caso contrario, se aplicará lo dispuesto en la cláusula referente a "comité de coordinación"".

Por otro lado, el anexo financiero contempló en su numeral 5º:

"El comité de coordinación será el encargado de hacer revisiones al modelo económico en las siguientes situaciones:

1. Como resultado del Estudio de demanda.

2. Anualmente como resultado de la operación.

3. Al iniciar el último año como resultado de la evaluación general del convenio.

4. A criterio del comité, cuando lo estime conveniente.

Estas revisiones tendrán por objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico para asegurar al Consorcio los retornos financieros proyectados dentro de los márgenes de riesgo determinados".

Igualmente el numeral 5.1 dispone que es función del comité de coordinación supervisar el desarrollo del estudio de demanda, evaluar sus resultados y determinar los medios apropiados para ejecutar el presupuesto asignado. Igualmente el comité debe aprobar para cada fase la reconfiguración de la red, con base en el estudio de demanda, y determinar con base en los precios unitarios del contrato, el monto total de inversión revisado para cada una de las fases. Así mismo, cuando el anexo financiero contempla las revisiones anuales dispone que "El modelo económico ajustado será revisado en uno o varios de los siguientes aspectos a efecto de asegurar la realización de los resultados previstos en este modelo: - nivel de participación en los ingresos. - Duración del convenio de asociación; - Valor de rescate". Agrega el anexo que "El comité de coordinación definirá el (los) aspecto (s) a revisar".

De esta manera, como es natural en esta clase de contratos de colaboración cuya ejecución se prolonga en el tiempo, las partes contemplaron un mecanismo a través del cual ellas podían tomar las decisiones que fueran necesarias para hacer frente a las diferentes circunstancias que se presentaran durante la ejecución y de esta manera lograr la finalidad pretendida. Es por ello que el convenio otorga amplias funciones el comité, incluyendo la de revisar el modelo económico.

Dichas funciones sin embargo, como ya antes se explicó, no podían llegar a cambiar las bases fundamentales del convenio, pues la razón de ser del comité era precisamente lograr los objetivos del mismo. Es por ello que la facultad de revisar el modelo económico no era ilimitada porque ella procedía, en primer lugar, como consecuencia del estudio de demanda, en segundo lugar, en los casos previstos en el anexo financiero, y finalmente, cuando lo considerara conveniente, con el objeto de incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico.

Si bien el comité debía determinar los requerimientos adicionales de infraestructura y equipos a cargo de el Consorcio, los actos finales se debían sujetar a la aprobación del presidente de Telecom o del funcionario que dentro de la organización de Telecom tuviera a su cargo la dirección y orientación de las actividades que se refiere el convenio. Por consiguiente, en principio, el comité no podría autorizar nuevas inversiones por razón de requerimientos adicionales de infraestructura y equipos. Sin embargo, debe observarse que el anexo financiero contempló que el comité debería aprobar la reconfiguración de la red como consecuencia del estudio de demanda, y determinar con base en los precios unitarios del contrato, el monto total de inversión revisado para cada una de las fases, por lo cual la determinación final de los montos requeridos de inversión, de conformidad con los resultados del estudio de demanda, correspondía adoptarlos al comité de coordinación, con sujeción a los límites de cuantía previstos en el convenio, como se verá más adelante.

De otra parte, como ya se dijo, el convenio no se limitó a asignar al comité una función de coordinación, pues

igualmente y con la finalidad de asegurar el desarrollo del convenio, le otorgó funciones para resolver los conflictos entre las partes, contemplando incluso que si la cuantía del litigio no excedía del 10% del valor de la inversión, en todo caso debía acudirse al comité de coordinación.

Así las cosas, encuentra el tribunal que si bien, por una parte, las partes convinieron que las inversiones por razón de requerimientos adicionales de infraestructura debían ser autorizados por el presidente de Telecom, por la otra, ellas mismas consintieron en que los conflictos cuyo monto fuera inferior al diez por ciento del valor de la inversión, debían ser resueltos por el comité de coordinación, sin más limitaciones. Así las cosas, al conciliar dichas reglas contractuales, debe concluirse que no es posible entonces, y como lo pretende la convocada, desconocer las decisiones que en materia de inversiones haya adoptado el comité, dentro del límite pactado, porque ello sería privar de efectos este mecanismo de solución de controversias.

Adicionalmente, en el presente caso encuentra el tribunal que el comité lo que hizo fue determinar un monto de inversión adicional por razón de los conceptos de que da cuenta el acta 28. No se trataba propiamente de autorizar la realización de nuevas inversiones por razón de requerimientos adicionales de infraestructura o equipo, pues si se revisa dicha acta el valor obtenido corresponde a diversos conceptos (endeudamiento, arriendo de sitios, acometida interna, servicios públicos, canalización, fibra óptica, y operación del SAT), los cuales se causaron en el desarrollo del convenio, por razón de las circunstancias que se presentaron en su ejecución y en algunos casos a solicitud de Telecom.

Ahora bien, desde otro punto de vista al examinar el dictamen pericial en el cual se determinó el valor de la inversión adicional (dictamen pericial financiero, respuesta al cuestionario del Consorcio) se expresó (fl. 46 del cdno. de pbas. 27):

“Se ha confrontado la información contenida en el cuadro 1 con los valores y fechas de las actas y cartas a que se hace referencia, y se ha constado que los datos corresponden a los registrados.

A partir de los valores y fechas registrados como Inversión Adicional del convenio C-060-95 en el cuadro 1, se ha realizado la estimación del 90% del valor futuro de cada uno de los valores, a la fecha de marzo 27 de 2002, usando para ello una tasa de descuento del 12% anual. El resultado obtenido es US$3.305.658,59, igual al valor indicado en la pregunta”.

Ahora bien, como quiera que de acuerdo con lo expuesto y teniendo en cuenta los ingresos recibidos y el valor de rescate que se reconocerá, el Consorcio obtendrá en total el 66.1% de la inversión realizada, considera el tribunal que es en esta misma proporción que se le debe reconocer la inversión adicional, pues dicha inversión debía incorporarse al modelo económico, quedando sometida al esquema contractual de distribución de riesgos en la forma expuesta. Por consiguiente, se reconocerá la suma de US$2.427.823.

Por consiguiente, teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal le dará despacho favorable a la pretensión de reconocimiento de inversión adicional en la cuantía que acaba de indicarse.

7. Gravamen a los movimientos financieros.

En su demanda reformada la parte convocante solicitó (pretensión tercera) “Declarar que como resultado del cálculo del valor adicional del 3 por mil por concepto de ‘gravamen a los movimientos financieros’, el valor del nuevo impuesto corresponde a la suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190.588,60), o la suma superior que se demuestre en este proceso, valor que Telecom debió pagar a las convocantes a más tardar el 26 de abril de 2002”. Como consecuencia de lo anterior, en su séptima pretensión solicitó condenar a Telecom en el monto allí señalado, incluyendo: “3. La suma de ciento noventa mil quinientos ochenta y ocho dólares con sesenta centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US$190.588,60), o la suma superior que se demuestre en este proceso, por concepto de inversión adicional”.

A tal efecto señala el Consorcio debe pagar dicha cifra de conformidad con el numeral 2.4 del anexo financiero, en la cuantía señalada por el perito.

En su contestación a la demanda, Telecom se opuso a dicha pretensión y expresó que el sentido de la cláusula décimo segunda del convenio apunta a que aquellos impuestos que se causen con del mismo, sean asumidos por la parte que de origen a ellos, máxime si se trata de cargas impositivas generales. El nuevo impuesto tiene incidencia sobre la población en general, por lo que no puede entenderse como un hecho que afecta de manera especial la economía de este convenio. Advierte que no tendría sentido que en un convenio regido por el derecho privado, en el que las partes se comportan como iguales, una de ellas deba asumir, además de su propia carga proveniente del impuesto del tres por mil, la misma carga derivada de las transacciones financieras de la asociada. Igualmente señala que tampoco podría justificarse tal hecho desde el punto de vista de la teoría del "Hecho del Príncipe", en tanto que no está probado que la existencia de ese impuesto haya quebrantado la economía del contrato. Agrega que la interpretación de la demandante es equivocada pues lo que se establece en el convenio no es que Telecom debe pagar el impuesto sino que el mismo debe incorporarse en el modelo financiero.

Planteada así, en los términos que anteceden la cuestión a que alude este acápite, resulta pertinente observar lo siguiente:

La cláusula décima segunda del convenio dispone:

"Los impuestos derechos, tasas y contribuciones que se causen con ocasión del convenio estarán a cargo y deberán ser cancelados por la parte que les dé origen a los mismos. En caso de que se causen por las dos partes se asumirá por montos iguales. Los impuestos, derechos, tasas y contribuciones que se causen en la importación de los bienes o aquellos que resulten a raíz de la propiedad de bienes instalados, objeto del convenio, correrán por cuenta de quien sea propietario de los mismos. En caso de modificarse la legislación tributaria, cambiaria y/o aduanera sobre las cuales se calculó el plan de negocios, se modificará el modelo económico, afectando una de las siguientes variables: plazo, participaciones o valor de rescate" (se resalta).

Por su parte, el numeral 2.4 del anexo financiero establece los diferentes impuestos que fueron considerados en el modelo económico y así mismo dispone:

"Cualquier cambio en la tarifa de los impuestos, nuevo impuesto, tasa, derecho o contribución, estará sujeta a revisión. Esta revisión deberá tender a mantener el nivel de retorno financiero en términos de los valores presentes netos asumidos en el modelo económico".

De lo expuesto resulta que si bien inicialmente las partes convinieron que los impuestos que se causaran estarían a cargo de la parte que dio origen a ellos, o que si se causaran por las dos partes se asumirían por partes iguales, tal regla solo se refería a los impuestos existentes a la fecha del convenio, pues si se modificaba el régimen tributario, modificando la tarifa de los impuestos o creando un nuevo impuesto, debía modificarse el modelo con el fin de mantener el nivel de retorno financiero. Por consiguiente, en la medida en que los asociados libremente pactaron el tratamiento contractualmente establecido, deberá sujetarse el tribunal, sin que haya lugar a aplicar la teoría del hecho del príncipe y determinar si se rompió o no el equilibrio financiero.

En efecto, precisamente tratándose de un contrato de derecho privado las partes son libres de determinar los efectos que deben producir sobre la relación que los vincula, los hechos que se presenten durante el desarrollo del convenio y el juez debe atenerse a ellos por el respeto a la fuerza obligatoria del contrato.

Vale la pena, además, aclarar que la estipulación mencionada no riñe con la estructura del negocio. En efecto, el Consorcio se comprometió a hacer unas inversiones que se cuantificaron, cuyo valor se podría recuperar durante la ejecución del convenio, de conformidad con lo previsto en el modelo económico. Dicho modelo se elaboró teniendo en cuenta una serie de variables, incluyendo el régimen tributario. Por tal motivo es razonable que, si se establece un nuevo impuesto, el mismo sea incorporado al modelo económico.

Ahora bien, en su dictamen pericial, el perito financiero señaló (respuestas a las preguntas del Consorcio, página 5ª):

"Con base en la certificación del gravamen de los movimientos financieros (GMF) solicitada a Teleconsorcio y expedida por la Revisoría Fiscal Ernst & Young para Teleconsorcio y Telepremier, se ha elaborado nuevamente el registro mensual y se ha encontrado una diferencia frente a los valores contenidos en la columna

GMF (pesos)" del cuadro 2.

"A partir del registro del GMF se han convertido los valores a pesos con la tasa representativa del mercado del final del mes correspondiente. El valor en dólares se ha actualizado a marzo de 2002 usando una tasa de descuento del 12%.

De acuerdo con los resultados que se muestran en el siguiente cuadro, el monto actualizado en dólares a marzo 27 de 2002 de las sumas que Teleconsorcio y Telepremier pagaron por concepto del gravamen a los movimientos financieros asciende a la suma de US$210.570.38".

En relación con este punto, el tribunal considera que debe aplicar la misma metodología que estableció para la inversión adicional, por lo cual reconocerá el 66.1% del valor pagado, el cual asciende US$139.187.

Así las cosas, las pretensiones en mención prosperan y para tal fin será esta última cifra la que tomará el tribunal puesto que ella tiene en consideración la tasa de descuento prevista en el modelo económico y el porcentaje que debe asumir el Consorcio.

8. Desviaciones y pendientes técnicos.

En la pretensión décimo sexta de su demanda de reconvención, Telecom solicitó "Que se declare el incumplimiento del contrato C-060-95 por parte de las reconvenidas, por cuanto la infraestructura aportada por estas no cumple íntegramente con las especificaciones técnicas contenidas en el contrato, la solicitud de oferta y el anexo técnico, de conformidad con lo que se pruebe en el presente proceso". Igualmente pidió "Que se declare que las reconvenidas deben cumplir íntegramente con los requerimientos técnicos de la infraestructura a entregar, de conformidad con el convenio y demás documentos contractuales", por lo cual solicitó que "… se declare que las reconvenidas tienen la obligación de solucionar los incumplimientos técnicos que se reclaman en la presente demanda de reconvención, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso, en el plazo que el tribunal de arbitramento disponga para tal efecto". En subsidio de lo anterior, solicitó que en el evento en que se probara "la imposibilidad material para la solución de algunas (o de todas) las desviaciones técnicas señaladas en la presente demanda de reconvención, se declare la obligación por parte de las reconvenidas, de reconocer a Telecom el valor por concepto del daño emergente causado, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso".

Por consiguiente, debe proceder el tribunal a analizar si la infraestructura cumple o no con las especificaciones técnicas contenidas en el convenio y los demás documentos contractuales.

A este respecto debe advertir el tribunal que la propia demanda de reconvención distingue entre desviaciones técnicas y pendientes técnicos.

En efecto, en el hecho sexagésimo octavo de la demanda de reconvención Telecom denomina "desviaciones técnicas" "todos y cada uno de los incumplimientos técnicos que resultan ser imputables a las reconvenidas" y que "generan un impacto considerable, bien sea en la continuidad, en la calidad o en la disponibilidad de los servicios públicos que son prestados mediante la infraestructura que hace parte de este convenio". Por el contrario, los pendientes técnicos son "actividades que debían ser ejecutadas por las reconvenidas pero que se encuentran pendientes de realizar y, que en todo caso, revisten un impacto menor para la prestación del servicio sin perjuicio de su deber de ejecutarlas".

En esta medida se analizarán en el presente laudo, por separado, las desviaciones técnicas y los pendientes técnicos.

8.1. Marco conceptual.

Antes de entrar a analizar cada una de las desviaciones y pendientes técnicos reclamados por la parte demandada, estima el tribunal pertinente precisar algunos de los principios que establece el contrato en materia de especificaciones técnicas.

La cláusula tercera del convenio dispone:

“Alcance del convenio. Con el fin de prestar los servicios de Telecomunicaciones de que trata este convenio, las partes acuerdan que el Consorcio pondrá a disposición de Telecom las facilidades por él ofrecidas, incluidos los equipos de conmutación, transmisión, interconexión, electromecánica, equipos complementarios, redes externas e infraestructura que sea requerida para el fin señalado.... Durante la ejecución del proyecto se podrán efectuar, por mutuo acuerdo de las partes, modificaciones al alcance de la obra o de los bienes, siempre y cuando los mismos no hayan sido fabricados y/o despachados, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal k) de la cláusula cuarta, respecto de los cambios o modificaciones por necesidades de actualización tecnológica o ensanche...” (se resalta).

La cláusula cuarta establece las obligaciones del Consorcio y a tal efecto incluye:

“a) Entregar, instalar y poner en funcionamiento las redes y equipos necesarios e idóneos con todos sus accesorios, incluyendo los repuestos necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, todo de conformidad con lo establecido en el anexo técnico: la infraestructura y los equipos aportados para la prestación del servicio serán nuevos y de última tecnología, de primera calidad y compatibles e interconectables con las redes y sistemas existentes de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, de Telecom y de los demás operadores de la red en la ciudad.

(...).

c) Poner a disposición de Telecom todos los equipos e infraestructura requeridos para el suministro del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y Soacha, los mismos que fueron detallados en la oferta de asociación y en los anexos del presente convenio, en la que se halla implícito todo lo necesario para el cumplimiento del objeto del presente convenio.

k) Cambiar o modificar el equipo instalado en la red, cuando se requiera por las necesidades de actualización tecnológica o ensanche, tomando las precauciones necesarias para que la interrupción del servicio sea mínima, en concordancia con lo establecido en la cláusula de “comité de coordinación” de este convenio” (se resalta).

Por otra parte, la cláusula primera del convenio dispone en sus parágrafos 1º y 2º lo siguiente:

“PAR. 1º—Hacen parte del presente convenio en orden de prelación: el convenio, el anexo financiero, los anexos técnicos que se elaborarán de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2º, la solicitud de cotización, incluidas las circulares 1 y 2 y el acta de audiencia realizada el 22 de noviembre de 1995 y la oferta.

PAR. 2º—Para efectos de las especificaciones técnicas se entienden incluidas, en orden de prelación, la solicitud de cotización, las actas de acuerdo sobre condiciones técnicas producto de la negociación y la oferta. No obstante las partes se comprometen a suscribir los anexos técnicos dentro de los treinta días calendario siguientes a la fecha de suscripción del presente convenio, para cuya elaboración se tendrán en cuenta en orden de prelación, los documentos mencionados en el presente parágrafo” (se resalta).

La cláusula décima primera dispone:

“El Consorcio manifiesta que durante todo el término de este convenio, los equipos que aporte serán los adecuados para la prestación del servicio. Que si los mismos no cumplen con las condiciones requeridas para la prestación de los servicios serán reemplazados o reparados, a su costa” (se resalta).

La cláusula trigésima segunda dispone:

“El Consorcio tiene derecho, sin afectar en forma adversa la operación de Telecom, a modificar la infraestructura por él aportada, previa justificación de la conveniencia de tal acto y siempre que sea aprobada por el comité de coordinación, a sus expensas y para sus propósitos. El Consorcio será responsable por cualquier reclamación, responsabilidad, pérdida o daño directo que pudo haberse evitado si no hubiere hecho dicha modificación” (se resalta).

El anexo 9 establece las obligaciones técnicas de las partes (fl. 306 del cdno. de pbas. 1).

De acuerdo con el texto del contrato, el Consorcio debía poner a disposición de Telecom las facilidades ofrecidas,

lo cual incluía los equipos requeridos para la prestación del servicio de Telecomunicaciones. Para tal propósito, previó el contrato que harían parte del mismo, los documentos mencionados en el parágrafo 1º de la cláusula primera y que para efecto de las especificaciones técnicas se entenderían incluidas en orden de prelación: la solicitud de cotización, las actas de acuerdo sobre condiciones técnicas producto de la negociación y la oferta. Documentos que se tendrían en cuenta para elaborar los anexos técnicos. Vale la pena destacar que de conformidad con tales documentos en las especificaciones se halla implícito todo lo necesario para el cumplimiento del objeto del convenio. Además, el Consorcio se obligó a cambiar o modificar el equipo instalado en la red, cuando se requiriera por las necesidades de actualización tecnológica o ensanche. Igualmente el Consorcio declaró que "durante todo el término de este convenio, los equipos que aporte serán los adecuados para la prestación del servicio". Se precisó que los equipos debían ser de primera calidad, compatibles e interconectables.

De lo anterior resulta que las partes se esforzaron por precisar cuáles serían los bienes que se debían suministrar y sus especificaciones, sin perjuicio de también hacer referencia a que sería lo necesario para asegurar la prestación del servicio. Por consiguiente, el Consorcio no estaba obligado simplemente a suministrar los bienes que eventualmente se pudieran considerar necesarios para la prestación del servicio, pues ello debía determinarse a la luz del contrato. Adicionalmente, los bienes que se suministraran debían ser de primera calidad y de última tecnología.

8.2. Desviaciones técnicas.

8.2.1. Utilización simultánea del servicio de llamada tripartita.

En la demanda de reconvención reformada, Telecom señaló (hecho sexagésimo noveno) que las reconvenidas tenían la obligación de proveer capacidad suficiente para que el 10% de los usuarios de la zona E pueda acceder al servicio de conferencia tripartita simultáneamente, lo cual, según se indica en la demanda, requiere la instalación de 3.568 tarjetas 2TWT y únicamente se encuentran instaladas 27 tarjetas. A tal efecto en su alegato de conclusión se refirió a los diversos documentos que sustentan su posición, y en particular a la solicitud de cotización, a la oferta y al anexo técnico.

Por su parte, el Consorcio señala que no es cierto que se debía instalar el número de tarjetas que aduce Telecom, ni que la instalación realizada por el Consorcio no cumpla con el 10% de capacidad de utilización simultánea. Advierte que las 37 tarjetas instaladas son suficientes para cumplir con el convenio. Se refiere al dictamen pericial en el cual se señala que no es técnicamente apropiado instalar el número de tarjetas que solicita Telecom y que no es real suponer que el servicio de conferencia tripartita va a generar un tráfico de la magnitud del que se podría cursar con el número de tarjetas solicitadas. Por lo anterior concluye que las tablas del numeral 1.1 del anexo técnico 6 no podrían tener sentido alguno si las referencias porcentuales se hicieran exclusivamente respecto del universo de usuarios, a despecho de las consideraciones de tráfico, y advierte que es claro que las partes tenían la intención de ofrecer a los usuarios del servicio básico de telefonía un servicio de llamada tripartita en las condiciones que usualmente se ofrece, de acuerdo con las costumbres comerciales. Agrega que deja dudas la buena fe de un operador que exige una obligación técnica y económicamente absurda.

Sobre el particular encuentra el tribunal lo siguiente:

En la página 77 del capítulo III de la solicitud de cotización (cdno. de pbas. 1, fl. 87) se expresa:

"Para cada servicio se dan los porcentajes de capacidad mínima. Cada proveedor distribuirá esta capacidad en estrato de su zona de acuerdo a la demanda. Esta capacidad mínima se solicita de acuerdo a la capacidad de acceso (número de usuarios que pueden acceder al servicio) y capacidad de utilización simultánea (número de usuarios que puede acceder simultáneamente al servicio)".

En la página 79 de dicho documento se precisa (fl. 80 del cdno. de pbas. 1):

"Servicios telefónicos básicos.

Servicio	**Capacidad de**	**Capacidad de**

	acceso	utilización simultánea
Conferencia Tripartita	20%	10%

Por otra parte en la oferta técnica del Consorcio se expresa en el capítulo 4 (fls. 27 y 28):

“Servicios telefónicos básicos.

Cumplido.

(...).

En cuanto a los porcentajes de capacidad mínima, cumplimos con lo especificado. La distribución en la(s) zona(s), para los servicios en los que sea aplicable se determinará posteriormente, de acuerdo a la demanda de los mismos”.

Por su parte, el anexo 6 del contrato dispone (fl. 598 del cdno. de pbas. 2):

“1.1. Especificación de los servicios de la red de telefonía local - Bogotá.

Se proveen los siguientes servicios:

1.1.1. Servicios telefónicos básicos:

Servicio	Capacidad de acceso	Capacidad de utilización simultánea
...		
Conferencia Tripartita	20%	10%

En el dictamen pericial rendido por el perito Sergio Sotomayor, este señaló (página 6):

“En total están instaladas tres (3) tarjetas de prueba 2TWT (TEST) y veinticinco (25) tarjetas troncales de tres vías de dos circuitos, 2TWT”.

Así mismo expresó:

“Con el número de tarjetas 2TWT instaladas en la zona E, simultáneamente pueden acceder al servicio de conferencia tripartita cincuenta (50) usuarios de la zona, es decir, el 0.07% de los usuarios, tomando como referencia los 74,580 usuarios de la zona E que se tenían a 3 de mayo de 2004, según información de Telecom”.

Igualmente precisó el perito que “Para que el 10% de 74.580 usuarios puedan acceder de manera simultánea al servicio de conferencia tripartita se necesitarían 3,729 tarjetas 2TWT”. Así mismo el señor perito indicó el número de abonados que en Bogotá cuentan con servicio de llamada tripartita (págs. 101 y ss.).

Agregó el perito que es usual aplicar teorías de tráfico para el dimensionamiento de rutas troncales en las centrales telefónicas y señala que se utiliza la formula desarrollada por el matemático Earlang para determinar el número de circuitos necesarios. Indica también “... que no es técnicamente apropiado instalar 3, 568 tarjetas 2TWT ya que se tendría una capacidad muy superior a la que se puede estimar como necesaria para proveer el servicio de llamada tripartita”.

En sus aclaraciones al dictamen pericial el perito contestó (pág. 7 y ss. de las aclaraciones):

“La especificación técnica definida en cuanto a la capacidad de utilización simultánea del servicio de conferencia tripartita, es del 10% de los usuarios, sin embargo, si esta especificación se aplica de manera directa, sin

consideraciones sobre el tráfico que puede generar este servicio, el dimensionamiento de los equipos resultaría ilógico desde el punto de vista técnico".

Así mismo, el perito analizó varios escenarios y en cada uno señaló el número de tarjetas que se requerirían. En el primer escenario, que implicó aplicar de manera directa lo dicho en el convenio, el perito precisó que para 110.000 usuarios se requerirían 5.500 tarjetas y "Como ya se expuso en el informe presentado, con esta cantidad de tarjetas se tendría una capacidad de tráfico promedio por usuario para llamadas tripartita mayor al tráfico promedio total estimado para el diseño del sistema: suponer que el tráfico de llamadas tripartita va a ser mayor al tráfico telefónico normal resulta ilógico técnicamente e irreal en la práctica. Además los equipos restantes de conmutación y transmisión no estarían dimensionados para cursar este supuesto volumen de tráfico" (se resalta).

En los otros dos escenarios que plantea el perito, que son el que utiliza la metodología propuesta por el Consorcio y el que utiliza las condiciones de tráfico informadas por EPM Bogotá, se obtiene igualmente un número muy inferior de tarjetas a las solicitadas por Telecom.

Agrega el perito en sus aclaraciones al dictamen, (pág. 119) que "Efectivamente con los cálculos efectuados en la respuesta a la pregunta 33 del cuestionario de Teleconsorcio se obtiene un exceso de capacidad que puede calificarse de ilógico o absurdo desde el punto de vista técnico y antieconómico".

A tal efecto después de hacer una serie de cálculos concluye que: "Todos los datos anteriores dejan ver que no es real suponer que el servicio de conferencia tripartita va a generar un tráfico de la magnitud que se podría cursar con 3,568 o con 5,500 tarjetas 2TWT".

Igualmente en la página 121 de las aclaraciones al dictamen, expresa:

"Como puede observarse, con el número de abonados que cuentan y han contado con el servicio de llamada tripartita en la zona E, la probabilidad de que 7.458 usuarios generen en el mismo instante llamadas tripartitas es de cero (0)".

Sobre este punto observa el tribunal lo siguiente:

Como lo señala la doctrina contemporánea (Jacques Ghestin, Christopher Jamin y Marc Billiau. Traité de Droit Civil. Les Effets du Contrat. 2ª Ed. LGDJ, París 1994, páginas 28 y 29), la ambigüedad de un texto contractual puede ser intrínseca o extrínseca. La ambigüedad intrínseca resulta de la pluralidad de sentidos que puede tener una palabra o una expresión. La ambigüedad extrínseca puede resultar de diferentes circunstancias, como por ejemplo, del hecho que una cláusula en sí misma clara y precisa, no lo sea frente a las demás estipulaciones de las partes. Igualmente puede resultar de la confrontación de actos materialmente distintos pero que concurren al mismo objeto (la aceptación que dio lugar al contrato y el texto escrito del mismo elaborado posteriormente) o de la confrontación del texto con la realidad en el cual las partes se encuentran colocadas al momento de ejecutar sus obligaciones [6] .

A este respecto, debe recordarse que el Código Civil establece en el artículo 1622 que "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad", por lo cual, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, al interpretar el contrato se debe "examinar el conjunto de cláusulas 'analizando e interpretando unas por otras, de modo que todas ellas guarden armonía entre sí, que se ajusten a la naturaleza y finalidad de la convención y que concurran a satisfacer la común intención de las partes'. El contrato es un concierto de voluntades que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas, porque de esta suerte se podría desarticular y romper aquella unidad, se sembraría la confusión y se correría el riesgo de contrariar el querer de las partes, haciéndole producir a la convención efectos que estas acaso no sospecharon" (Sentencia del 7 de octubre de 1976, la cual reitera lo expuesto en sentencias del 15 de marzo de 1965, G.J. tomos 111 y 112, página 71 y junio 15 de 1972, G.J. tomo 142, pagina 218).

A lo anterior vale la pena agregar, desde otro punto de vista, que en materia de interpretación del contrato la doctrina (Philippe Stoffel Munck. L"abus dans le contrat. Ed LGJD. París 2000, páginas 488 y siguientes) ha señalado que las partes que celebran un contrato lo hacen considerando las diversas hipótesis que se pueden

presentar y si bien no es posible saber siempre cuáles son tales hipótesis, si es posible considerar cuáles debían ser, por lo cual el juez debe considerar si en la hipótesis concreta, dos contratantes razonables hubieran considerado que se aplicaría la interpretación de la cláusula, para así desechar aquellas interpretaciones que evidentemente no pueden corresponder al querer de las partes.

Además, cuando los contratantes celebran un contrato lo hacen para desarrollar una operación económica. Desde este punto de vista la finalidad que buscan satisfacer a través del contrato es inseparable de la voluntad (Jean Francis Overstake. Essai de classification des contrats speciaux. Ed LGDJ Paris 1969, página 125) y por ello "una cláusula clara y precisa cesa de serlo y debe ser interpretada cuando ella es contraria al objetivo perseguido por las partes" (Starck Roland y Boyer, Contrat, citado por Stoffel, Ob. cit, página 489). Por ello concluye la doctrina que independientemente del fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, la claridad gramatical del contrato debe ser relativizada para respetar las previsiones en torno a las cuales el contrato se ha formado y que se ordenan en torno al objetivo económico perseguido (Soffel, Ob. cit., página 495).

Lo anterior además corresponde al deber de interpretar y ejecutar los contratos de buena fe. En efecto, la buena fe impone el deber de observar una conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte (Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones, tomo I, página 102. Ed Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969) y en particular a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación. En la medida en que la buena fe se funda en la lealtad debida para lograr la finalidad del contrato, dicha finalidad debe guiar la interpretación del contrato. Una interpretación que es contraria a la finalidad del contrato es contraria a la noción de buena fe (Beatrice Jaluzot. La bonne foi dans les contrats. Etude Comparative de droit francais, allemand et japonais. Ed Dalloz. París 2001, página 173, citando a la doctrina alemana). En tal sentido se indica que la buena fe no permite a una parte atenerse al tenor literal del contrato para eludir su espíritu (Jean Carbonnier. Droit Civil Obligations. Página 190).

Así las cosas, considera fundamental el tribunal tomar como criterio para efectos de determinar la interpretación del contrato, la finalidad del mismo. Dicha finalidad consiste, de conformidad con la cláusula primera del convenio, en la "prestación del servicio público domiciliario de telefonía básica conmutada para la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y Soacha en la zona E". Es por ello que se previó la necesidad de realizar estudios sobre la demanda y que "la instalación se hará de acuerdo con la demanda real" (cláusula décima quinta). En este mismo sentido el numeral 3.2.1.5.5 de la solicitud de cotización de Telecom (fl. 105 cdno. de pbas. 1) denominada "Parámetros de dimensionamiento" se dice que "Para elaborar los dimensionamientos específicos de cada área de servicio, el oferente deberá realizar su estudio de acuerdo con los parámetros de tráfico y dimensionamiento que aparecen en la tabla 1. El asociado hará su estudio de demanda en cada una de las áreas durante el desarrollo del convenio para los ajustes correspondientes".

Desde este punto de vista es evidente que de acuerdo con las respuestas dadas por el perito técnico, la interpretación literal del anexo técnico, en la forma que plantea Telecom, conduciría a suministrar un número de tarjetas que no solo superan desproporcionadamente las que se requerirían para prestar el servicio, sino que igualmente no corresponden al resto de la infraestructura suministrada.

Así las cosas, no es posible aceptar la interpretación de Telecom, pues no es concordante con el conjunto del contrato y la finalidad del mismo, por lo cual teniendo en cuenta lo anterior y la solicitud de cotización, se debe concluir que el número de tarjetas debe corresponder a los estudios de tráfico. A este respecto el señor perito consideró que la metodología propuesta por el Consorcio es válida, pero que los valores aplicados pueden ser objeto de revisión, evento en el cual serían necesarias 27 tarjetas, frente a las 25 instaladas.

Por lo anterior se accederá a la petición pero solo en el sentido de disponer que se deben instalar dichas dos tarjetas adicionales.

8.2.2. Señalización por canal común 7.

En su demanda de reconvención (hechos septuagésimo a septuagésimo séptimo) expresa Telecom que las reconvenidas se comprometieron a adelantar los cambios que requiriera el equipo instalado cuando sea preciso por necesidades de actualización tecnológica o ensanche. Expresa que el Ministerio de Comunicaciones adoptó el

volumen I de la segunda versión de la Norma Nacional de Señalización por Canal Común 7 (SSC7) y que las reconvenidas, como dueñas de las instalaciones, tienen la obligación de adaptar la red para establecer dicha señalización, en los términos de la Resolución 541 de 1998, en concordancia con la Resolución 469 de 2002, expedida por la CRT.

En su alegato de conclusión precisó la parte demandante en reconvención que la señalización es el intercambio de información o mensajes dentro de una red de telecomunicaciones para controlar, establecer, supervisar, conmutar y gestionar las comunicaciones. Agrega que la señalización por canal común es aquella que se realiza mediante el envío de mensajes para el control y gestión de las telecomunicaciones, por un canal independiente a los canales que transportan las comunicaciones propiamente dichas. Por otra parte, explicó que la modificación de la norma nacional tuvo por objeto solucionar algunos inconvenientes de la primera versión e incorporar las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, por lo cual las mismas no reflejan cosa distinta que el avance tecnológico en la materia. Expresa, además, que los equipos deben ser interconectables con los de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, la cual hace uso de la norma nacional de señalización por canal común número 7 adoptada por el Ministerio de Comunicaciones, para lo cual hace referencia a un documento publicado en la página de internet de ETB. Igualmente se remite a un documento publicado en la página de internet de Comcel, entidad que también hace uso de la misma norma.

Expresa Telecom que si bien en la actualidad existe interconexión, ello no quiere decir que se cumpla con la totalidad de los requisitos técnicos necesarios para establecerla en condiciones óptimas. Advierte que la Resolución 087 señala que independientemente del sistema de señalización utilizada, el operador debe asegurar el acceso de abonado y la interconexión teniendo como mínimo lo definido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, pero ello es sin perjuicio de las normas colombianas. Expresa que si bien la Resolución 469 de 2002 estableció la libertad de los operadores para establecer el sistema de señalización entre sus redes, sin embargo las condiciones de señalización no son libres, porque se deben cumplir los estándares internacionales y la normatividad colombiana.

Advierte que en forma contraria a la apreciación jurídica del ingeniero Sergio Sotomayor, la Resolución 541 de 1998 está vigente y de hecho el Decreto 25 de 2002 se refiere a ella. De dicho decreto se desprende que la única norma imperativa es la norma nacional de SCC 7. Con la interpretación del perito, la Resolución 541 carecería de utilidad, pues su único campo de aplicación sería cuando la CRT decidiera resolver un conflicto de señalización. Advierte que en el comité de coordinación 25 se comenzó a plantear por Telecom el problema de facturación generado por la falta de implementación de la segunda versión. Señala que existen versiones contradictorias de los testigos, pues el ingeniero Alberto Salazar, señaló que se cumplía cabalmente, mientras el ingeniero Juan Francisco Salazar expresó que como consecuencia de la no implementación de la segunda versión se presentaban problemas con la facturación como, por ejemplo, en caso de desvío o transferencia de llamadas.

Agrega que precisamente al responder la solicitud de aclaración formulada al perito técnico, se hicieron pruebas de llamadas a celulares y en la tabla que el mismo presentó se indica que no se ha obtenido prueba de la facturación al abonado y, por el contrario, en otros casos la facturación no se hace al abonado que transfiere la llamada al celular. De esta manera, en los casos en que las llamadas han sido transferidas a un número celular, la red presenta problemas pues factura al abonado llamante el desvío de la llamada o en su defecto no lo factura a nadie.

Señala que lo que hizo el Consorcio no fue adoptar la nueva versión sino parches y que los propios funcionarios de el Consorcio eran conscientes de la necesidad pues lo trataron como pendiente técnico. Agrega que en la declaración de la señora Uribe la misma declaró que el Consorcio entendía que era un punto que no estaba cumpliendo y por tanto lo atiende.

Por su parte la parte, el Consorcio señala que la zona E tiene la versión 1 de la Norma de Señalización por Canal Común 7 adaptada a la interconectabilidad con el entorno en que funcionan las centrales, con adiciones para solucionar los problemas técnicos encontrados durante el desarrollo del convenio.

Agrega que el convenio no incluye provisión que obligue a adaptar la red a las normas que se expidan con posterioridad. Además, las cláusulas trigésima y décima establecen que frente a legislación nueva la parte afectada queda exonerada de ser considerada en incumplimiento e insta a las partes a desarrollar de buena fe una solución

equitativa y al comité de coordinación a llegar a acuerdos sobre el particular, lo cual se aplica a la nueva versión de señalización. De esta manera, no habría incumplimiento. Agrega que la norma no está vigente, pues los operadores tienen la posibilidad de acordar libremente la norma de señalización. Además, durante la vigencia de la norma la misma solo se habría aplicado a la Central Progreso que es la única que cumple con las condiciones de la norma. Señala que no existen inconvenientes que impidan la adecuada interconexión con los demás operadores y que el único potencial inconveniente era la ausencia de numero de la parte redireccionante pero que el señor perito después de las pruebas efectuadas concluyó que este problema no se está presentado. Expresa que al momento de celebrar el convenio ni cuando entró a operar la infraestructura existían a cargo del Consorcio la obligación de implantar la segunda versión numero 7. Después, la norma fue derogada y por ello tampoco era obligatoria al terminar el convenio y si lo hubiera sido su observancia correspondía a Telecom.

Sobre el particular observa el tribunal:

Esta claramente acreditado que existió un cambio en la regulación y por ello es importante precisar la vigencia de la misma, aspecto jurídico que le corresponde analizar al tribunal y que tiene necesariamente incidencia en la decisión que se adopte. Así las cosas se observa:

La segunda versión de la Norma Nacional de Señalización por Canal Común 7 fue adoptada por la Resolución 0541 del Ministerio de Comunicaciones del 27 de febrero de 1998, es decir con posterioridad a la celebración del convenio que es objeto del presente proceso.

Por Resolución 087 de 1997 la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, reguló “en forma integral los servicios de telefonía pública básica conmutada (TPBC) en Colombia”. Dicha Resolución fue modificada por la Resolución 469 del 4 de enero de 2002, “Por la cual se modifica la Resolución CRT 087 de 1997 y se expide un Régimen Unificado de Interconexión, RUDI”. En el artículo 4.2.1.12 de la resolución modificada se establece:

“Los operadores de servicios de telecomunicaciones están en libertad de negociar con los demás operadores la adopción de la norma de señalización que resulte más apropiada para efectos de interconexión de sus redes.

El operador solicitante puede requerir cualquier sistema de señalización al operador interconectante, siempre que pueda ofrecerlo en algún punto de su red sin causar daño a la misma, a sus operarios o perjudicar los servicios que dicho operador debe prestar.

Los operadores interconectantes deben ofrecer a los operadores solicitantes cuando menos las opciones de señalización que ofrecen a otros operadores ya interconectados”.

El artículo 4.2.1.15 de la Resolución mencionada dispone:

“Independientemente del sistema de señalización utilizado, el operador debe asegurar en el acceso al abonado y en la interconexión, la adecuada provisión de las funcionalidades y prestaciones inherentes a la naturaleza del servicio, tomando como mínimo las definidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones o los estándares internacionales aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en la normatividad Colombiana”.

En la misma resolución se dice en el artículo 4.2.2.9:

“En las interconexiones que se realicen para prestar servicios de TPBC, TMC y PCS se utilizará la norma de señalización por canal común número 7-SSC7, de acuerdo con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones o sus desarrollos particulares, u otra que las partes acuerden siempre que ofrezca las mismas funcionalidades y prestaciones. Sin embargo, en las interconexiones entre operadores para la prestación de servicios de TMR se podrá utilizar una norma de señalización diferente” (se resalta).

Como se puede apreciar, la resolución permite el uso de señalizaciones diferentes a la correspondiente al canal común número 7 -SSC7, pero siempre y cuando ofrezcan las mismas funcionalidades y prestaciones de esta última, que son inherentes al servicio. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es alcance de la expresión: “sin perjuicio de lo dispuesto en la normatividad colombiana” contenida en el artículo 4.2.1.15 de la resolución mencionada. A juicio del tribunal es claro que ello no puede significar que en todo caso debe aplicarse la segunda versión de la

norma de señalización por canal común número 7, pues ello sería claramente contradictorio con las demás disposiciones de la resolución que autorizan el empleo de otros sistemas de señalización. Por consiguiente, cuando la norma se refiere a lo dispuesto en la normatividad colombiana, debe entenderse en el sentido que la señalización que se utilice debe permitir el cumplimiento de lo dispuesto por la normatividad vigente en Colombia.

Por otra parte, el artículo 53 del Decreto 25 de 2002 dispuso:

"Solución de conflictos entre operadores de Telecomunicaciones. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, resolverá los conflictos entre operadores, que lleguen a presentarse con motivo de la aplicación de los planes técnicos básicos aquí señalados, mediante un procedimiento objetivo, teniendo en cuenta las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, los principios generales del derecho y el mayor beneficio para los usuarios.

En la solución de conflictos sobre señalización, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones puede optar por la aplicación del sistema de señalización por canal común número 7, contenido en la ultima versión de la serie de recomendaciones Q expedidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT-T, desarrollos particulares de la misma o cualquier otro estándar internacional que garantice la interoperabilidad de las redes de interfuncionamiento de los servicios, así como la norma nacional de señalización por canal común número 7-SSC 7".

Este decreto coincide en su filosofía con la resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la medida en que permite a esta última, para resolver los conflictos que se presenten en materia de señalización, no solo aplicar la última versión de la serie de recomendaciones expedidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones, sino igualmente desarrollos particulares o cualquier otro estándar que permita la interoperabilidad e interfuncionamiento y el cumplimiento de la señalización por canal común número 7. Obsérvese que la norma no impone aplicar la norma de señalización nacional por canal común número 7, lo que implica es que será el órgano técnico competente el que determinará en caso de conflicto, de acuerdo con los criterios fijados cuál sistema aplicar.

De lo anterior concluye el tribunal que actualmente los operadores pueden utilizar la norma de señalización por canal común número 7, u otra que convengan, siempre que la misma ofrezca las mismas prestaciones y funcionalidades.

Ahora bien, frente a la vigencia del convenio objeto del presente proceso se observa que cuando se celebró el convenio no estaba vigente la segunda versión de la señalización por canal común número 7. La misma es obligatoria a partir de 1998, pero a la finalización del convenio, las normas permiten acoger otra norma de señalización, siempre y cuando ofrezca las mismas prestaciones y funcionalidades de la señalización por canal número 7, de acuerdo con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Partiendo de lo anterior es entonces pertinente analizar la prueba pericial. En relación con este aspecto encuentra el tribunal que en el dictamen pericial (pregunta 12 del cuestionario de Teleconsorcio) se le preguntó al perito de planta interna si existían inconvenientes en la señalización de la red que impidieran la adecuada interconexión. El perito manifestó lo siguiente (pág. 75):

"De acuerdo con el reporte parcial de pruebas de señalización siete de Telecom número 111802000-1628 del 5 de diciembre de 2002, se encontraron algunos problemas en la señalización entre las cuales está el presentado más adelante que se genera por las diferencias existentes entre la Versión Uno y la Versión Dos de la Norma Nacional 7".

"Según la información a la que se tuvo acceso y lo comentado por el personal de la central progreso, en este momento no existen inconvenientes en la señalización de la red que impidan la adecuada interconexión con los demás operadores. Por otra parte, en la solicitud de información que se hizo a los operadores ninguno manifestó que tuviera algún problema de interconexión relacionado con la señalización" (se resalta).

Agrega el perito que:

“Los problemas informados por Telecom podrían tener una consecuencia indirecta en la interconexión, no en la posibilidad misma de prestación del servicio, pero si en el intercambio entre operadores de la información relacionada con el servicio y las repercusiones sobre el usuario”.

Lo anterior se refiere básicamente a los eventos en que se redirecciona la llamada, pues no se envía el numero redireccionante, por lo cual puede generarse, dice el perito (pág. 76), que al no generarse el envío de dicho número la llamada se cobra como local. Igualmente puede ocurrir que en lugar de perderse el consumo de larga distancia, este sea imputado al llamante, el cual reclamara por no haber generado llamada de larga distancia.

Por ello concluye el perito, que como quiera que dicha situación no está considerada en la versión 1, pero si lo está en la versión 2, se pueden “generar consecuencias que afectan al usuario y pérdida de recursos por falta de facturación o imposibilidad del recaudo de algún valor facturado”.

En las aclaraciones al dictamen pericial, el perito de planta interna al contestar “si alguno de los servicios contratados observa en su funcionamiento actual las limitaciones referidas en su respuesta”, contestó (página 123 de las aclaraciones al dictamen):

“El numeral 2.1.1 ausencia del ‘Número de la Parte Redireccionante’ en desvíos de llamadas del reporte parcial de pruebas de señalización siete de Telecom no 11180200-1628 del 5 de 2002, es un caso relacionado con las limitaciones referidas en la respuesta. Como resultado de las pruebas efectuadas se pudo comprobar que no existen problemas en la facturación de llamadas transferidas a números DDI, DDN y TMC, como inicialmente se sospechaba” (se resaltado).

Así mismo al ser preguntado si la red dispuesta por Teleconsorcio cumple con los requisitos mínimos de señalización por canal común número 7 expresó (página 15 de las aclaraciones al dictamen):

“En los términos en los que está planteada en el presente la Resolución 087, es decir, teniendo en cuenta la resolución modificatoria CRT 462 de 2002, es posible afirmar, que la red dispuesta por Teleconsorcio en el desarrollo del convenio, cumple con los requisitos mínimos en materia de señalización por Canal Común 7 y está en concordancia con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en materia de señalización”.

Así las cosas, si como quedó expuesto, actualmente no es obligatorio utilizar exactamente la versión 2 de la norma nacional de Señalización por Canal Común 7, pues puede utilizarse otra norma siempre y cuando ofrezca las mismas prestaciones y funcionalidades de dicho sistema, de acuerdo con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, y si de otro lado, la diferencia advertida por Telecom por razón de no utilizar la versión 2 de dicha norma de señalización consistía en los problemas de facturación, los cuales no existen, según manifiesta el perito, debe concluirse que actualmente no existe incumplimiento de lo dispuesto en el convenio.

Por lo demás, no sobra anotar que si hubiese existido algún incumplimiento durante la vigencia del contrato, no se acreditó que el mismo hubiera causado perjuicios, y en todo caso actualmente no existe.

Finalmente, debe señalar el tribunal que no puede tomar en consideración los documentos a los que hace referencia Telecom y que aparecen en una página web de internet, en la medida en que no han sido regularmente aportados al proceso. En todo caso en su dictamen pericial, el perito señaló (fl. 76) las versiones de señalización que utilizan las diversas empresas de Telecomunicaciones y las mismas no corresponden solamente a la segunda versión de la señalización por Canal Común Número 7 [7] .

8.2.3. Código secreto.

En los hechos septuagésimo octavo a octogésimo de la demanda de reconvención Telecom expresa que de conformidad con las disposiciones que rigen la prestación de servicios de telefonía, los usuarios tiene el derecho de escoger los servicios que deseen, por lo cual las reconvenidas debían suministrar equipos idóneos para ofrecer al usuario la posibilidad de restringir los servicios, particularmente a través de la utilización del código secreto. En la zona E no es posible prestar adecuadamente ese servicio, pues debido a la configuración del código secreto se

pueden levantar todas las restricciones que el suscriptor tenga en la línea telefónica, y no solo aquellas que deberían levantase con el código. Como quiera que los equipos suministrados deben tener las condiciones necesarias para la prestación adecuada del servicio, los mismos deben permitir cumplir las normas regulatorias vigentes. En su alegato de conclusión Telecom precisó que el código secreto permite desbloquear servicios que las partes han excluido expresamente del contrato de servicios uniformes (por ejemplo llamadas a determinado tipo de números), lo cual conduce a que se desconozca la voluntad de las partes al celebrar el contrato de condiciones uniformes. Precisa Telecom que de acuerdo con las normas que regulan la materia, ella está obligada a prestar el servicio de código secreto y a bloquear las llamadas con prima cuando lo solicite el usuario. Son dos obligaciones distintas que Telecom no puede prestar simultáneamente. De esta manera, como se puede acordar en el contrato de condiciones uniformes bloquear las llamadas a celulares o a larga distancia y a través del código secreto se levanta la restricción Telecom ha violado dichos acuerdos dadas las deficiencias de código secreto.

Por su parte el Consorcio sostiene que la obligación era entregar, instalar y poner en funcionamiento la infraestructura que se requiera para el cumplimiento del objeto del convenio, de conformidad con el anexo técnico. Además, advierte que los servicios que puede escoger el usuario son los que el operador esté en condiciones de prestar. Finalmente expresa que el servicio funciona con la especificación tradicional de NEC para Telecom. En su alegato de conclusión agrega que las condiciones del código secreto no hacen parte de las obligaciones contractuales y no constituye facilidades necesarias o indispensables para el óptimo funcionamiento del equipo.

Sobre el particular encuentra el tribunal lo siguiente:

El numeral 1.1.1 del anexo técnico 6 del contrato incluye el código secreto como uno de los servicios que deben prestarse (fl. 598 del cdno. de pbas. 2).

De otra parte, el perito en planta interna precisó (págs. 14 y 15 del dictamen) que el código secreto es un servicio de bloqueo que permite al abonado habilitar y deshabilitar a voluntad la posibilidad de efectuar cierto tipo de llamadas desde su línea telefónica. En relación con el denominado “empaquetamiento de servicios”, explicó que los operadores de telefonía local pueden empaquetar servicios, pero que igualmente la normatividad les exige desagregar los servicios cuando el usuario lo solicite. Además, agregó que es un derecho del usuario elegir el operador que le prestará los servicios de Telecomunicaciones. Finalmente, señaló el perito que una cosa es el manejo comercial de la prestación de servicios y otra una posibilidad de bloqueo que solo puede ser ejercida por el usuario, por lo cual no encuentra relación entre el empaquetamiento de servicios y el código secreto.

Por otro lado, el perito en planta interna en la respuesta a la pregunta 16 de Telecom (página 16 del dictamen) señaló que se había hecho una prueba sobre el código secreto y de ello concluyó:

“... La operación se efectuó correctamente y las llamadas salientes fueron bloqueadas de acuerdo con las características de la categoría de restricción programada”.

Adicionalmente dijo el perito:

“Normalmente, cuando una línea telefónica es entregada en servicio, a través de ella se tiene acceso a todas las llamadas enunciadas en la lista anterior, pero si el usuario lo solicita, el operador puede modificar la programación o características de la línea telefónica para impedir algún tipo de llamadas. Sin embargo, se observó que el usuario haciendo uso del código secreto, puede modificar la programación que se le haya dado a su línea desde la central telefónica. Lo anterior quiere decir que a través del uso del código secreto el usuario no solo cuenta con la posibilidad de bloquear y desbloquear las llamadas a las que desea acceso según lo solicitado al operador, sino que también puede habilitar nuevamente el acceso al tipo de llamadas que previamente solicitó le fuera excluido, lo cual genera problemas administrativos por quejas presentadas debido a llamadas efectuadas que corresponden al tipo que el usuario solicitó bloquear”.

Igualmente expresó el perito en planta interna:

“Para analizar la situación descrita desde el punto de vista técnico, se estudiaron las normas y recomendaciones internacionales existentes, entre ellas la recomendación UIT- 1.255.5 sobre prohibición de llamadas salientes, la cual contempla la posibilidad de restringir todas las llamadas salientes o las llamadas salientes pertenecientes a

grupos especiales de llamadas. Esta recomendación no incluye especificaciones tan detalladas o relacionadas con las modificaciones que puede hacer el usuario utilizando el servicio y las que se pueden hacer desde la central telefónica".

Señaló el perito que el Decreto 25 de 2002, por el cual se adoptan los planes técnicos básicos, adoptó en su artículo 30 para la numeración de servicios suplementarios una norma del Instituto Europeo de Estandarización. Dicha norma muestra que existen diferentes clases o tipos de servicio de código secreto o bloqueo de llamada saliente por lo cual concluye:

"De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que en el convenio no se determinó que tipo de código secreto se instalaría, ni se definieron limites a la capacidad de control del usuario, considero que desde el punto de vista técnico el servicio de código secreto esta funcionando adecuadamente ya que el sistema instalado responde de manera acorde a la instrucción o programación dada desde el aparato telefónico del usuario, sin embargo, no desconozco el conflicto que puede surgir entre los solicitado expresamente por el usuario y lo que haga utilizando el servicio, pero como ya lo mencioné, veo esta situación como un problema administración o de relación comercial entre el operador y el usuario" (se resalta).

Desde este punto de vista, en la medida en que el servicio de código secreto no se encuentra definido precisamente en su alcance y, en todo caso, existen diferentes clases o tipos de servicio de código secreto, de conformidad con la norma técnica adoptada, así mismo que el contrato no precisa claramente cuál es el servicio secreto que debía instalarse, y que el servicio funciona adecuadamente, debe concluirse que en este caso se cumplió con el contrato.

8.2.4. Prestación del servicio de identificación de llamadas.

En los hechos octogésimo primero a octogésimo tercero Telecom señala que por virtud de la Resolución 308 de 2000 de la CRT los operadores deben prestar el servicio de identificación de llamadas. Expresa que Telecom propuso a las reconvenidas una solución equitativa para implementarla, pero que ellas se negaron. Agrega Telecom en su alegato de conclusión, que esta obligación no tiene fundamento legal sino contractual, pues las reconvenidas deben atender los requerimientos impuestos por la regulación de telecomunicaciones, que les es aplicable como propietarios de redes de telecomunicaciones.

Precisa Telecom que al examinar la legislación, y a semejanza de lo que ocurre en otros países, existen dos títulos habilitantes: uno que habilita a la empresa estatal para prestar el servicio de telefonía publica básica conmutada y otro que faculta al propietario de la red, que se encuentra habilitado para la construcción y explotación en los términos del contrato de asociación, por la Ley 37 de 1993. Como hay dos títulos habilitantes, el titular de cada uno debe cumplir con las responsabilidades que le corresponden, esto es: el operador con la reglamentación del servicio, y el propietario con la regulación relativa a las condiciones de la red y a sus características físicas. No es lógico que el operador, que no es propietario de la infraestructura, se encargue de las obligaciones de los propietarios de la red, por ello la modificación o actualización de la red, como consecuencia del cambio de normatividad es del asociado. De esta manera, la modificación del régimen introducida por la Resolución 308 tiene como sujeto pasivo a las reconvenidas, pues se encuentra dirigida al propietario de la red. Agrega Telecom que los cambios en la regulación son riesgos que las partes asumen al momento de desarrollar una empresa conjunta y cada una los soporta de acuerdo con las obligaciones que le corresponden en el contrato de asociación. Por lo anterior afirma que Telecom debía soportar aquellos cambios regulatorios que —por ejemplo— obligaran a efectuar modificaciones en los esquemas de facturación, mientras que los cambios regulatorios dirigidos a las características de la infraestructura utilizada para la prestación del servicio debían ser asumidos por el propietario de la infraestructura, que a su vez era quien tenía la obligación de disponer esta en las condiciones óptimas para la prestación del servicio. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad que las partes buscaran algún esquema que permitiera el cumplimiento de la obligación en las condiciones más favorables para el convenio, de conformidad con la cláusula 30.

Por su parte el Consorcio sostiene que por Resolución 378 de 2001 se prorrogó la Resolución 308 de 2000, y se previó que los operadores de telefonía básica conmutada debían concertar con la superintendencia un cronograma para garantizar la implementación del servicio de identificación de llamadas a más tardar el 31 de marzo de 2002, esto es, después de la fecha de terminación del convenio. Por lo cual a la fecha de terminación del convenio no

existía la obligación. Agrega el Consorcio que el artículo 3o de dicha Resolución contempló la posibilidad de garantizar la facilidad de identificación llamada maliciosa en aquellos casos en que el operador demuestre, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que no es económicamente viable la prestación del servicio suplementario de identificación de llamadas. Expresa el Consorcio que la prórroga de plazo y la falta de acuerdo de Telecom con la Superintendencia a la fecha de terminación del convenio implica que para esa fecha no existía obligación a cargo de Telecom frente a la CRT de cumplir con este servicio. Finalmente, advierte que la solución propuesta de Telecom no era equitativa, por lo cual se negó a implementar los cambios, pues ello implicaba para el Consorcio asumir unos mayores costos, cuando los costos de recuperación son inciertos. Por ello no hubo acuerdo sobre el particular.

En relación con este aspecto observa el tribunal:

Ambas partes coinciden en el hecho de que la Resolución 308 de 2000 impuso la obligación de establecer el servicio de identificación de llamadas. En efecto por dicha Resolución se adicionó el artículo 7.42 a la Resolución 89 de 1997, en virtud del cual "Los operadores de TPBC, TMC y PCS deben ofrecer el servicio de identificación de llamadas a sus suscriptores o usuarios...".

El artículo 2º de la resolución dispuso:

"Todos los operadores de Telecomunicaciones a los que se aplica la presente resolución, deberán dar cumplimiento a las obligaciones previstas en la misma, a más tardar el 15 de enero de 2001. Salvo lo dispuesto en el artículo 7.44 de la Resolución CRT 087 de 1997, quienes de manera razonada justifiquen que requieren efectuar adecuaciones en sus equipos de conmutación para ofrecer el servicio de identificación de llamadas a sus suscriptores o usuarios, deberán dar cumplimiento a las obligaciones previstas en la presente resolución, a más tardar el 31 de marzo de 2001".

Por su parte, la Resolución 378 de 2001 dispuso en su artículo 2º:

"Los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada, TPBC, que han solicitado prórroga del plazo fijado en el artículo segundo de la Resolución CRT 308 de 2000, deberán concertar con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios un cronograma para garantizar la implementación, a más tardar el 31 de marzo de 2002, del servicio de identificación de llamadas a sus suscriptores o usuarios, atendiendo los siguientes criterios, sin perjuicio de los que determine dicha superintendencia: ..." (se resalta).

El artículo 3º de dicha resolución dispuso:

"Si alguno de los operadores del servicio de telefonía pública básica conmutada, TPBC, que han solicitado prórroga del plazo fijado en el artículo segundo de la Resolución CRT 308 de 2000, demuestra ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que no le es económicamente viable la prestación del servicio suplementario de identificación de llamadas a sus suscriptores o usuarios, deberá garantizar el ofrecimiento de la facilidad de identificación de llamada maliciosa (MCI), cuando exista la respectiva orden judicial" (se resalta).

De las resoluciones parcialmente transcritas se desprende que la CRT impuso la obligación de prestar el servicio de identificación de llamadas, el cual debía ofrecerse a más tardar el 15 de enero de 2001, salvo cuando hubiere necesidad de hacer adecuaciones en la planta, evento en el cual el plazo se vencía el 31 de marzo de 2001. Por otra parte, la Resolución 378 de 2001 prorrogó el plazo y previó que se debía adoptar un cronograma con la Superintendencia de Servicios Públicos para implementar el servicio a más tardar el 31 de marzo de 2002. Sin embargo, dicha prórroga no fue general, sino que solo se aplica a quienes la habían solicitado.

Ahora bien, está acreditado con el dictamen del perito de planta interna que el servicio de identificación de llamadas no se presta actualmente en la zona. En efecto, al contestar la pregunta 12 expresó (página 14 del dictamen):

"La configuración actual de la red instalada por Teleconsorcio, no permite prestar el servicio de identificador de llamada".

Como quiera que en el expediente no se acreditó que Telecom solicitó prorroga del plazo mencionado para establecer el servicio de identificación de llamadas, ha de concluirse que el mismo se vencía el 31 de marzo de 2001.

Así las cosas, cuando el contrato terminó existía la obligación de ofrecer el servicio de identificación de llamadas y por ello los equipos instalados debían estar en capacidad de ofrecerlo. Siendo así las cosas, es necesario determinar cuál de las dos partes en este convenio debe asumir el costo.

En primer lugar, Telecom hace referencia a la existencia de un doble título de habilitación y señala que por ello el propietario de la infraestructura es quien debe asumir los costos del servicio. Desde este punto de vista debe observar el tribunal que, de una parte, la ley no contempla que quien construye una infraestructura, en la forma como se hizo en el presente caso, requiera una habilitación del Estado. Por otro lado, en todo caso, la Resolución 308 de 2001 impone la obligación de prestar dicho servicio al operador de Telecomunicaciones. Por consiguiente, de las normas que regulan la materia no es posible deducir que le corresponde al Consorcio asumir el costo de instalación de tal servicio.

En segundo lugar, y en lo que se refiere específicamente a las estipulaciones contractuales, considera necesario el tribunal examinar los diversos pactos a través de los cuales, de una manera o de otra, se regularon las obligaciones de las partes en esta materia y los riesgos que asumían.

A este respecto, en primer lugar, debe observarse que el convenio señaló (par. 2º de la cláusula primera) que se entendían incluidas las especificaciones técnicas contenidas en la solicitud de cotización, las actas de acuerdo sobre condiciones técnicas producto de la negociación y la oferta. Dichas especificaciones servirían para elaborar los anexos técnicos correspondientes. A su turno, la cláusula tercera del convenio precisó que el Consorcio pondría a disposición de Telecom las facilidades “por él ofrecidas” y que durante la ejecución del proyecto se podrían efectuar, por mutuo acuerdo de las partes, modificaciones al alcance de la obra o de los bienes sin perjuicio de lo dispuesto en el literal k) de la cláusula cuarta. Así mismo, la cláusula cuarta estableció las obligaciones del Consorcio y entre ellas contempló (lit. a) la de instalar y poner en funcionamiento las redes y equipos necesarios, "todo de conformidad con lo establecido en el anexo técnico”. Por su parte, el literal c) de la misma cláusula establece que el Consorcio debe poner a disposición de Telecom los equipos e infraestructura requeridos “los mismos que fueron detallados en la oferta de asociación y en los anexos del presente convenio, en la que se halla implícito todo lo necesario para el cumplimiento del objeto del presente convenio”. Igualmente se establece la obligación de “e) Reparar y/o reemplazar los equipos que presenten defectos, sin costo adicional para Telecom O para el convenio”. Por otra parte, entre las funciones del comité de coordinación se incluyó la de (cláusula décima) “c) Establecer conjuntamente los requerimientos adicionales de infraestructura y equipos a cargo de el Consorcio que se necesiten para la adecuada prestación de los servicios en el área de interés”.

De estas cláusulas se deduce que en principio la obligación del Consorcio se refería a los equipos que el mismo había ofrecido, los cuales se habían detallado en el anexo técnico. Además si por alguna razón se hubiese omitido algún elemento necesario para prestar el servicio de telefonía fija pública conmutada, el mismo debía entenderse incluido.

Adicionalmente a dichas cláusulas existen otras que también tienen que ver con esta materia.

De una parte, el literal k) de la cláusula cuarta establece como obligación del Consorcio:

“Cambiar o modificar el equipo instalado en la red, cuando se requiera por las necesidades de actualización tecnológica o ensanche, tomando las precauciones necesarias para que la interrupción del servicio sea mínima, en concordancia con lo establecido en la cláusula de “comité de coordinación” de este convenio”.

Lo anterior implica que el Consorcio asumió los riesgos de equipo por razón de cambios tecnológicos o cuando fuera necesario ampliar la capacidad.

La cláusula décimo novena del convenio previó los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito y dispuso:

“... Si ocurriese un evento de fuerza mayor, la parte afectada notificará oportunamente a la otra. En caso de que la

fuerza mayor demore la entrega, instalación o puesta en funcionamiento del equipamiento por parte del Consorcio o la prestación del servicio por parte de Telecom, los términos establecidos en el convenio, según sea el caso serán ajustados de conformidad, mediante acuerdo de las partes. Si la fuerza mayor se presentare en equipos que estuvieren en servicio, el comité de coordinación, decidirá acerca del plazo prudencial del restablecimiento del servicio, para lo cual el Consorcio se compromete a reemplazarlos sin importar para ello el tiempo y el procedimiento que conlleve la reclamación de la compañía aseguradora".

En concordancia con lo anterior la cláusula décima sexta del convenio dispuso:

"El Consorcio acepta la responsabilidad de reemplazar cualquier equipo suministrado por este que sea dañado y/o destruido, excepto hasta el grado en que dicho daño o destrucción haya sido causado por actos u omisiones de Telecom. Telecom acepta igualmente la responsabilidad de reemplazar o pagar cualquier equipo que se dañe o destruya, cuando tal evento haya sido causado por acción u omisión propia. Cuando ocurran daños o destrucciones causados por un tercero, se optará por recurrir al seguro que el Consorcio tenga constituido por los equipos".

De esta manera, el caso fortuito o la fuerza mayor implicaban una ampliación en los plazos, pero el riesgo de pérdida de los equipos por dichas causas los asumía el Consorcio, sin perjuicio de que se acudiera a la aseguradora.

Por otra parte, la cláusula trigésima del convenio C-060 dispone:

"Este convenio está sujeto a todas las leyes y regulaciones colombianas. En caso de que el cumplimiento de este convenio o de cualquier parte del mismo, por cualquiera de las partes sea demorado o imposible como consecuencia de cualesquiera leyes o regulaciones de Colombia, la parte afectada no será considerada como en incumplimiento en razón de dicha demora u omisión para cumplir, y las partes consultarán de buena fe para desarrollar una solución equitativa del asunto con el debido cuidado de los respectivos intereses de las partes. El Consorcio como sociedad extranjera dará cumplimiento a las disposiciones legales civiles y/o comerciales necesarias para emprender negocios en Colombia, para la ejecución de este convenio y para la inversión extranjera en el país" (se resalta).

De conformidad con esta cláusula, siempre que una ley o regulación impidiera o demorara la ejecución del convenio, las partes de buena fe buscarían una solución equitativa. Lo anterior implica que los riesgos regulatorios fueron asumidos por ambas partes las que para el efecto debían buscar una solución equitativa.

En concordancia con lo anterior, la cláusula décima al precisar las funciones del comité de coordinación señaló la de "a) Llegar a acuerdo sobre acciones a desarrollar en el evento en que la toma de medidas gubernamentales u otros factores relativos a resultados no previstos, modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales previstas en el convenio".

Así las cosas, a juicio del tribunal cuando la autoridad competente expidiera nuevas regulaciones que implicaran cambios de los equipos, las consecuencias de los mismos debían ser asumidas por ambas partes a través de una fórmula equitativa y, para tal efecto, le correspondía al comité de coordinación adoptar las decisiones correspondientes.

De otro lado, se ha invocado la cláusula décima primera que dispone:

"El Consorcio manifiesta que durante todo el término de este convenio, los equipos que aporte serán los adecuados para la prestación del servicio. Que si los mismos no cumplen con las condiciones requeridas para la prestación de los servicios serán reemplazados o reparados, a su costa".

Esta cláusula contiene, en primer lugar, una garantía de que los equipos son adecuados para el fin para el cual se destinan y que mantendrán dicha aptitud durante todo el término del convenio. Ahora bien, cabe preguntarse si dicha estipulación puede interpretarse en el sentido que el Consorcio se comprometía a ajustar los equipos a cualquier cambio regulatorio que se presentara. El tribunal no lo cree así por las siguientes razones: en primer lugar, porque como se vio, las partes a lo largo del contrato reiteradamente señalaron que los equipos que se instalarían serían aquellos ofrecidos y descritos en los anexos técnicos que fueron elaborados por las partes. Adicionalmente, cuando las partes quisieron imponerle al Consorcio la obligación de adecuar o reemplazar los

equipos lo hicieron expresamente, tal y como se desprende del literal k) de la cláusula cuarta, ya mencionado. Por otro lado, de la cláusula trigésima se desprende que los cambios regulatorios serían asumidos por ambas partes y por ello el comité de coordinación debía adoptar los acuerdos que fueran necesarios sobre las acciones a desarrollar en el caso de que se presentaran decisiones gubernamentales u otros eventos que modificaran sustancialmente las condiciones del convenio. Finalmente, y si lo anterior no fuera suficiente, debe recordarse que en el evento en que subsistiera alguna duda, la misma debería resolverse a favor del deudor (C.C., art. 1624), lo cual excluiría dar un alcance amplio a la regla contenida en la cláusula décima primera.

Así las cosas, lo que debía ocurrir en el presente caso es que las partes buscaran una solución equitativa. Así lo entendió Telecom, pues en reunión del comité de coordinación 37, celebrada en diciembre del año 2000, se expresó (fl. 1538 del cdno. de pbas. 4):

“Se pretendía acordar como se iba a aplicar la solución equitativa (cláusula 30 del convenio) para financiar la implementación del servicio Caller ID exigido por la CRT (Res. 308/2000) con plazo de implementación del servicio hasta marzo 31/2001. La posición de Telecom es que el Teleconsorcio debe implementar la solución y recuperar la inversión con la participación de los ingresos netos por concepto de cargo de activación y cargo fijo mensual. Para Teleconsorcio este servicio no estaba estipulado inicialmente en los anexos técnicos por lo que Telecom debe asumir los costos de solución. Una vez discutido y analizado el punto no se llegó a un acuerdo”.

Como se aprecia, el asociado de Telecom se negó aceptar esta fórmula.

Así también se desprende de la declaración rendida ante el tribunal por el ingeniero Juan F Salazar quien expresó: (fl. 312 cdno. de pbas. 16A).

“Telecom lo que planteó frente a esta obligatoriedad del servicio de identificación de llamadas, al asociado se le dijo hay una cláusula recuerdo de búsqueda de acuerdos, solución equitativa creo que se llamaba (sic) pues tratemos de que este servicio lo prestemos en un modelo de solución equitativa, entonces establezcamos unas tarifas para prestar ese servicio de identificador de llamadas a los usuarios y producto del ingreso o de las ventas de servicio de identificación de llamadas a los usuarios que así lo soliciten que el Consorcio hubiera recibido esos ingresos para poder tener algún tipo de ingresos y compensar esa adecuación tecnológica que habría que hacer a las centrales y cumplir con esta obligatoriedad del convenio, en resumen lo que había era por un lado una interpretación de los asociados en ese momento de Telecom en liquidación, en este caso el Consorcio Nec de que no era su obligación o su interpretación no daba a que tendría que adaptar la infraestructura para cumplir estas denominadas por Telecom desviaciones técnicas...”.

Ahora bien, considera procedente el tribunal precisar el alcance de la denominada solución equitativa. A este respecto conviene recordar el significado que se le debe otorgar a la equidad. Señalaba Aristóteles en la Ética Nicomaquea (libro quinto, numeral 10) que la equidad no es igual a lo justo legal pero no es de un género diferente del de la justicia. La equidad es de la misma índole que lo justo legal pero es superior porque es lo justo natural en relación con el caso concreto. Anota Recasenz Fiches (Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 3ª Ed. Porrua. México. 1980, páginas 260 y siguientes) al desarrollar el concepto de Aristóteles, que el legislador toma en cuenta el caso usual, pero no el excepcional y allí es donde puede jugar la equidad, cuando de ser aplicada la norma general produciría un resultado disparatado o contrario al que pretendía el legislador. Así las cosas el juez en tal caso debe buscar la solución adecuada para el caso concreto, como lo habría hecho el legislador si lo hubiera considerado, lo cual implica que no puede simplemente emplear su criterio personal, sino que debe tener en cuenta las valoraciones contenidas en la ley.

De la misma manera, si en un contrato se señala que se debe buscar una solución equitativa, ello implica una solución para el caso concreto como lo habrían hecho las partes al celebrar el contrato si hubiesen considerado dicha hipótesis y teniendo en cuenta el conjunto de las disposiciones contractuales.

Desde este punto de vista, observa el tribunal que del conjunto de estipulaciones contractuales se desprende que las partes convinieron que el Consorcio debía instalar los equipos conforme a los parámetros técnicos definidos y el mismo recibiría una parte de los ingresos que generaran la prestación de los servicios correspondientes con la finalidad que, por lo menos desde el punto de vista de las proyecciones financieras realizadas, pudiera llegar a

recuperar su inversión y los costos y gastos con una tasa de descuento en dólares de los Estados Unidos, del 12% anual (num. 4.4. del anexo financiero).

Concluye el tribunal que en este caso lo que procedía era buscar una fórmula equitativa y proceder a la instalación y a su reconocimiento de acuerdo con ella.

Observa así el tribunal que el convenio se estructura en torno al modelo económico y que toda nueva inversión debía incorporarse a él. Como ya se señaló, dicho modelo permite al Consorcio recuperar el 66.1% de la inversión. Por consiguiente, para determinar el valor que deberá reconocer el Consorcio deberá partirse del porcentaje que no se hubiera recuperado a través del modelo, esto es, el 33.9%, en la medida en que ello refleja los riesgos que asumieron las partes en virtud del contrato, en la forma que lo entiende el tribunal. Por consiguiente, como el señor perito consideró que el valor de este servicio era de USD$1,265,296.00, deberá reconocerse la suma de USD$428.935

8.2.5. Inadecuado funcionamiento de las Line Testing Consoles (LTC).

En los hechos octogésimo cuarto a octogésimo quinto de la demanda de reconvención Telecom señaló que era obligación de las reconvenidas instalar consolas de prueba en línea y las que se instalaron presentan una serie de deficiencias técnicas como son: los diagnósticos no son confiables y son lentos; hay diferencias en las mediciones de red; en las ELUs no se pueden ejecutar pruebas de monitoreo, ni se pueden monitorear los abonados RDSI ,y no se pueden hacer pruebas al aparato telefónico. Por ello no es posible brindar una adecuada operación y mantenimiento a la red y a los abonados. En su alegato de conclusión Telecom señaló que hay un inadecuado funcionamiento de las mismas, particularmente por la diferencia en los resultados de las pruebas eléctricas reportados por la LTC frente a las pruebas de campo efectuadas con otros instrumentos.

Por su parte, el Consorcio sostiene que las consolas se instalaron de acuerdo con lo ofrecido y acordado en el anexo técnico. Advierte, además, que no existían especificaciones de la consola, que las mismas ya habían sido suministradas en el pasado por el Consorcio en cumplimiento de otros contratos y que por ello era lógico que no tuvieran especificaciones, pues ya se conocía su funcionamiento. Además, agregó que la central suministra una serie de pruebas y es útil para la operación y mantenimiento de la red. Si bien en algunos casos mostró diferencias con otro equipo de medición suministrado por el convenio, ello no es incumplimiento pues no hay especificaciones previstas. Advierte que para estas mediciones existe otra herramienta que fue suministrada.

Sobre el particular observa el tribunal:

De acuerdo con lo expuesto por el perito en planta interna las LTC son: “Terminales de cómputo que cuentan con programas y componentes que permiten efectuar pruebas y mediciones sobre las líneas de abonado y los aparatos telefónicos conectadas a dichas líneas, con el fin de evaluar las condiciones de funcionamiento y obtener información que permita determinar la causa de una posible falla y así poder proceder a adelantar la acción que se considere pertinente”.

Ahora bien, el perito realizó una serie de pruebas en relación con las consolas y expuso sus conclusiones en la respuesta a la pregunta 19 de la siguiente forma (páginas 20 y siguientes del dictamen):

“Funciones de prueba de línea verificadas.

(...).

Resultado:

Se efectuaron varias mediciones de las características eléctricas de diferentes líneas de abonado. En todas las pruebas se obtuvieron los resultados esperados excepto en una de las mediciones en que la resistencia de una línea de abonado presentó una diferencia demasiado alta con respecto a los resultados obtenidos con un instrumento de medición. Aunque la precisión de los métodos de medida es muy diferente, el de la LTC y el del instrumento de medición, el valor obtenido excedía el 5% de tolerancia especificada en el manual de la LTC con una diferencia entre los dos resultados del orden del 50%.

No fue posible determinar la causa de este último resultado en que la medición obtenida no cumplía con la tolerancia definida por el fabricante.

La función de originación FLT no funcionó. Las verificaciones de funciones restantes fueron satisfactorias.

Funciones de pruebas generales de aparatos telefónicos verificadas.

(...).

Resultado.

Todas las verificaciones de las funciones para probar aparatos telefónicos fueron satisfactorias.

Las funciones relacionadas con prueba del aparato telefónico monederos no se verificaron".

En las aclaraciones al dictamen el perito de planta interna señaló (pág. 130):

"De acuerdo con lo solicitado, se procedió a verificar si con las consolas LTC y STC conectadas directamente a Central Progreso es posible realizar pruebas de líneas RDSI. Inicialmente se obtuvo el mismo resultado anterior, es decir, no fue posible efectuar pruebas de líneas RDSI; posteriormente después de una revisión adelantada por NEC en la que se efectuaron correcciones, la funciones para pruebas de líneas RDSI quedaron habilitadas.

Después de las correcciones hechas por NEC se comprobó que si es posible efectuar pruebas de líneas RDSI con las consolas LTC y STC conectadas directamente a la central progreso".

Por otra parte, igualmente el perito señaló (aclaraciones al dictamen, página 131) que la línea FLT de la consola en la central Progreso no se encontraba configurada o habilitada desde el momento de instalación de los equipos, pero que "La línea FLT fue configurada para operar con la consola LTC conectada en forma directa a la central: se efectuaron varias pruebas de originación de llamadas con la línea FLT y se comprobó que la función FLT trabaja adecuadamente".

Por otra parte, el ingeniero Alberto Salazar señaló que esta consola se viene utilizando en Colombia con más de 400.000 líneas en cien centrales y no ha generado problemas (fl. 170 del cdno. de pbas. 16A).

Igualmente la ingeniera Verónica Uribe expresó que este tipo de consola se suministró en contratos anteriores con Telecom y la misma la ha utilizado como herramienta de apoyo (fl. 529 del cdno. de pbas. 16B):

"Dr. Araque: manifestó usted anteriormente que de todas maneras Telecom ya había tenido oportunidad de recibir para otras teleasociadas unas… LTC, unas consolas de estas, cuéntele por favor si esas consolas LTC recibidas con anterioridad al convenio C-060 difieren en mucho de las que se aportaron bajo el convenio?

Sra. Uribe: corresponden al mismo tipo de función y tienen las mismas facilidades, básicamente iguales.

Dr. Araque: tuvo conocimiento personal y directo que en esos otros contratos en los cuales se hubieran aportado estas LTC Telecom hubiera puesto en funcionamiento y durado la utilización de estos equipos tal como era su normal destinación?

Sra. Uribe: sí, en todas las centrales en las que Telecom contaba con este tipo de equipo les daba el uso de herramienta de apoyo para el personal que hace la labor de mantenimiento a la parte de la red externa, eso lo estaba haciendo Telecom en su central".

Por su parte, el Ingeniero Germán Sánchez Neira expresó que las consolas habían presentado problema para monitorear ciertos abonados y que no daban unas medidas confiables (fl. 354 del cdno. de pbas. 16A):

"Dra. Monroy: han presentado inconvenientes la LTC en la zona E?

Sr. Sánchez: sí, básicamente dos, uno la LTC no permite monitorear todos los abonados, específicamente lo que son los abonados repci bris que son abonados ya corporativos que generan más o menos buena facturación no se

pueden monitorear desde las LTC, o sea toca esperar hasta que el abonado ponga el reporte, no puede ser uno proactivo sino toca esperar a que el abonado ponga el reporte para solucionar el problema que tengan en… lo otro los demás abonados no dan unas medidas confiables, o sea una cosa es lo que dice la LTC y otra cosa es lo que esta pasando digamos en el terreno, es implica para verificar las cosas un doble trabajo porque no se puede confiar en el LTC y toca ir a terreno a verificar qué es lo que esta pasando, eso implica desplazamiento del personal, gastos de vehículos, tiempo y no una oportuna atención al abonado".

Desde este punto de vista, encuentra el tribunal que está acreditado que las consolas se entregaron y están funcionando. Igualmente es cierto que las mismas presentaron algunos problemas de medición y monitoreo. Algunos de dichos problemas se han resuelto como se desprende del dictamen pericial. Sin embargo, persisten problemas de medición. En este punto considera el tribunal que si bien en los documentos contractuales no se previeron especificaciones, lo cierto es que la consola estaba prevista para cumplir una determinada función y adicionalmente el contrato establece que los equipos deben ser de primera calidad y de última tecnología.

En esta medida es claro que en este aspecto hay un incumplimiento.

En las aclaraciones a su dictamen el perito señaló (página 37) que no es posible realizar modificaciones a las consolas, por lo cual suministró el valor de los componentes o equipos de la central que se encargan de hacer las mediciones eléctricas y que es de USD$33.306. Como quiera que la tasación pericial así efectuada, es clara y convincente en sus fundamentos, y, además, respecto de ella no se formularon objeciones por las partes, considera procedente el tribunal adoptar dicho valor. Por consiguiente, se condenará al Consorcio a pagar este valor.

8.2.6. Howler.

En los hechos octogésimo séptimo a octogésimo noveno de la demanda de reconvención, Telecom expresa que en el diseño de la red se previó prestar el servicio de Howler que consiste en que cuando el usuario deja descolgado el aparato telefónico recibe la señal de un tono aullador, pero que en la zona E cuando dos usuarios dejan descolgado en forma simultánea el aparato telefónico solo uno de ellos recibe el tono aullador.

El Consorcio señaló en su contestación que el Howler cumple lo pactado.

Sobre el particular encuentra el tribunal que en el dictamen pericial de planta interna el perito se refirió al número de tarjetas Howler instaladas (página 22 del dictamen) e igualmente se refirió al problema técnico que anotaba Telecom en su demanda y al respecto dijo:

"Cuando dos abonados de red directa dejan descolgado simultáneamente su aparato telefónico, después de transcurridos aproximadamente 30 segundos, en el auricular de uno de los aparatos telefónicos se escucha un tono que advierte al abonado que el teléfono esta descolgado (tono aullador) mientras que en el segundo aparato telefónico se suspende completamente la emisión de cualquier tono".

De otro lado, al ser preguntado si son suficientes las troncales Howler, el perito contestó que "no es posible determinar si las troncales Howler son suficientes o no, para prestar el servicio aullador, pues para ello se requiere información que muestre cuál es la utilización del servicio bajo condiciones normales y durante un período de medición apropiado".

Adicionalmente, al ser preguntado el perito si el funcionamiento del servicio Howler satisface las condiciones técnicas, contestó:

"No fue posible determinar cuáles fueron las condiciones de servicio pactadas por las partes, ya que ni en la solicitud de oferta ni en el anexo técnico se encontró que este fuera uno de los servicios solicitados, ni aparecen especificaciones técnicas referentes al servicio Howler".

Así las cosas, considera el tribunal que en la medida en que técnicamente no es posible establecer cuáles eran los requisitos técnicos del servicio Howler y tampoco se ha establecido que el instalado no corresponde a los equipos de alta calidad (que es la referencia prevista en la cláusula cuarta del convenio), no es posible considerar que existe un incumplimiento.

8.2.7. Ausencia de multiplexores a 64K.

En los hechos nonagésimo a nonagésimo primero de su demanda de reconvención, Telecom señaló que las reconvenidas se comprometieron a aportar, como parte de la infraestructura del convenio, seis E1"s con sus respectivos multiplexores, pero que las reconvenidas no aportaron los multiplexores a que se comprometieron.

El Consorcio, por su parte, señala que los multiplexores debían instalarse en la red de transporte entre las centrales de la zona y las centrales de Telecom. Por tanto estos multiplexores no se concibieron para dar servicio de valor agregado. Además, el anexo financiero no contempla ingresos adicionales por este servicio. Agrega el Consorcio que el convenio en su anexo técnico previó en forma imprecisa el servicio de Canales de Datos a 64K para 6 E1s conectados directamente con la red de transporte. Esta especificación era confusa por lo cual fue necesario revisar otros documentos para entender cuál era el servicio planteado. En la solicitud de cotización se detallaba el suministro de 6 multiplexores de 64K en la central principal de zona para enlazarse con las otras centrales de zona y con las centrales de Telecom. No era claro si el suministro de los Multiplexores era la manera de implementar el Servicio de Datos referido en el anexo técnico o se trataba de una solicitud de Telecom que fue suprimida en la negociación. Como quiera que durante la ejecución del convenio las partes no lograron identificar la función ni el servicio que pudieran prestar los multiplexores, el Consorcio no hizo la inversión por no encontrarla prudente ni en lo técnico ni en lo económico.

Sobre el particular observa el tribunal:

Señaló el perito de planta interna (página 24 del dictamen pericial):

“Un multiplexor es un equipo que permite enviar varias comunicaciones por un mismo medio físico de transmisión. El multiplexor reúne varias comunicaciones o entradas independientes y las envía con algún orden especifico por un solo canal físico de transmisión”.

De acuerdo con lo expuesto por el perito el uso de multiplexores permite un uso más eficiente de la red.

Ahora bien, la solicitud de cotización estableció en su capítulo III apartado 3.2.2.6.4 (fl. 119 del cdno. de pbas. 1) lo siguiente:

“La red de transporte debe incluir un mínimo de un enlace E1 con sus respectivos multiplexores a 64 Kbps entre cada central principal de zona entre si y entre estas y cada central de Telecom. En total se ofrecerán 6 E1 con sus respectivos multiplexores y adicionalmente 8 E1 sin multiplexores para ofrecimientos de enlaces completos a 2 Mbps entre zonas”.

En el capítulo III, numeral 3.2.2.6.4 canales aislados de la misma solicitud se dispone (fl. 119 del cdno. 1).

“La red de transporte debe incluir un mínimo de un enlace E1 con sus respectivos multiplexores a 64 Kbps entre cada central principal de zona entre sí y entre estas y cada central de Telecom. En total se ofrecerán 6 E1 con sus respectivos multiplexores y adicionalmente 8 E1 sin multiplexores para ofrecimientos de enlaces completos a 2 Mbps entre zonas”.

En el anexo 6 (pág. 264) se incluye el servicio de datos: (fl. 599 del cdno. de pbas. 2):

“Servicio de datos

Servicio	**Capacidad de acceso**	**Capacidad de utilización simultánea**
Canales de 64K (V.35, G.703) 6 E1	100%	N/A

De lo anterior se desprende que efectivamente las especificaciones contractuales contemplaron la existencia de 6

E1 con sus respectivos multiplexores y que dichos multiplexores debían ser a 64Kbs.

De otra parte, en las aclaraciones al dictamen pericial se solicitó al perito precisar si entre los multiplexores instalados se encuentran seis equipos con las siguientes características:

“Permiten multiplexar E1 en canales de 64K o múltiplos de 64K

Los E1 multiplexados por tales equipos se encuentran en la red de transporte”.

El perito contestó (página 39 de las aclaraciones al dictamen):

“Entre los multiplexores listados no se encuentran 6 multiplexores con las características descritas

En la red de transporte instalada y con los equipos actualmente disponibles no es posible multiplexar 6 E1, en canales de 64K, o múltiplos de 64K, ni es posible la prestación de servicios de transmisión de datos con canales de 64K o múltiplos de 64K, a partir de tales E1”.

Así las cosas, en la medida en que el Consorcio no suministró los multiplexores de conformidad con lo previsto en las especificaciones, deberá condenarse a la entrega de los mismos.

Si ello no fuera posible deberá pagarse su valor. A tal efecto, el perito señaló que los multiplexores pueden ser configurados de muchas maneras que inciden en su precio y dado que ni en el convenio ni en la solicitud de aclaraciones se precisaron especificaciones lo configuró con 8 puertos, para un valor total de US54.893.5.

8.2.8. Desviaciones técnicas en RDSI.

En los hechos nonagésimo segundo al nonagésimo noveno de su demanda de reconvención Telecom expresa que las reconvenidas se comprometieron a aportar la infraestructura para prestar servicios RDSI (BRI) en toda la zona. Sin embargo, en la zona es imposible proveer dichos servicios a los usuarios que no se encuentran ubicados cerca de una central o en ciertos distritos de la zona E donde el asociado instaló equipos PDH BOSCH. Señala Telecom que el asociado conocía que se comercializarían servicios RDSI y se instalarían según la demanda y las reconvenidas ofrecieron que se instalarían concentradores remotos (ELU) que prestaban la funcionalidad de servicios RDSI, pero las ELU no tienen dicha funcionalidad. Las reconvenidas no dispusieron de los equipos necesarios para la prestación de los servicios RDIS básicos sino que solo dispusieron de 32 líneas RDSI.

Igualmente señala que las reconvenidas se comprometieran a aportar la infraestructura necesaria para la prestación de los servicios de canales E1 y RDSI-PRI en la zona E. Pero en la actualidad no es posible proveer canales E1 (2 Mbps Dedicados o conmutados) ni RDSI-PRI en la totalidad de la zona E pues con los equipos PDH BOSCH no se cubre toda la zona.

En su alegato de conclusión, después de hacer referencia a la importancia del servicio RDSI, Telecom afirma, además, que las reconvenidas tardaron mucho tiempo en implementar una solución que permitiera la prestación del servicio, adoptando finalmente una no contemplada en el convenio que no permitía el cubrimiento de toda la zona y que por su llegada tardía, se encontró con un mercado copado por su competidor. Precisa que la reclamación de Telecom en este caso se refiere a la imposibilidad de prestar servicios RDSI desde las ELU, lo que a su vez hace imposible prestar el servicio en toda la zona del convenio. Afirma que como se trataba de un servicio nuevo en la solicitud de cotización, se dispuso que las partes incluyeran en su oferta equipos y programas para treinta y dos abonados RDSI con 2B+D y cuatro accesos primarios con 30B+D, no como requerimiento técnico, sino como mecanismo de evaluación de las diferentes ofertas presentadas, pues el número final de usuarios RDSI sería aquel determinado por la demanda del servicio. Agrega que las respuestas del perito deben ser evaluadas teniendo en cuenta que la referencia a la central San Carlos se debe al contenido de la solicitud de cotización que de manera expresa incluyó los 32 puertos RDSI básicos y los 4 primarios para poder efectuar la comparación de las ofertas, sin perjuicio de la obligación de permitir el acceso al servicio desde cualquier punto de la zona. La mención efectuada en el numeral 1º del anexo 6 permite entender que el servicio debía ser prestado a los usuarios de la zona, y no a los 32 usuarios que requirieran de este servicio y vivieran alrededor de la central de San Carlos.

Por su parte, el Consorcio señala que no es cierto que se hubiera solicitado que la infraestructura para la prestación de servicios RDSI fuera para toda la zona E. Así mismo, Telecom tampoco solicitó que los equipos concentradores tuvieran esta funcionalidad. Agrega que para instalar la funcionalidad RDSI BRI en todas las ELUs hubiera sido necesario un acuerdo pues es una funcionalidad adicional. Advierte que Telecom conocía que no se ofrecía el servicio RDSI para toda la zona sino solo para la red directa de una central y que la comercialización se haría con base en un estudio de demanda que determinaría dónde se justificaba prestar dichos servicios. Es por ello que en el anexo financiero no se contemplan ingresos adicionales por la venta de servicios RDSI BRI en la zona. Señala que en el comité de coordinación Nº 21 se ratificó que se instalarían los equipos pactados únicamente en la Central de Progreso. Advierte que de acuerdo con lo expresado por el perito no hay claridad sobre en que casos debería haber servicio RDSI, por lo cual cualquier duda debe interpretarse a favor del deudor. Igualmente en cuanto a los servicios RDSI BRI agrega que se suministraron los cuatro contratados.

Sobre el particular encuentra el tribunal lo siguiente:

En primer lugar, está claro que de acuerdo con el dictamen pericial el servicio RDSI BRI no se presta en toda la zona E. En efecto, al ser preguntado el perito de planta interna si era posible prestar los servicios de Red Digital de Servicios Integrados RDSI BRIs desde las ELU"s instaladas por el Consorcio contestó (página 26 del dictamen):

“La configuración actual de las ELUs, instaladas en la red, no permite prestar servicios RDSI BRI.

Para que las ELUs instaladas estuviesen en capacidad de permitir conexiones RDSI BRI, sería necesario instalar componentes adicionales de hardware y software en cada una de ellas.

Desde algunos de los sitios donde se encuentran ubicadas las ELUs, es posible prestar servicios RDSI BRI a través de los equipos BOSCH que allí se instalaron”.

Igualmente precisó que:

“No es posible realizar enlaces de 2 Mbps y RDSI PRI a través de las ELUs instaladas en la zona E”.

Agregó que:

“Como no es posible utilizar las ELUs instaladas para proveer enlaces a 2 Mbps y RDSI PRI, la red de distribución de las ELUs no puede aprovecharse para llegar hasta los usuarios finales interesados en estos servicios y es necesario contar con una red de acceso independiente”.

Ahora bien, es necesario entonces determinar si la ausencia de dicha posibilidad constituye un incumplimiento del contrato.

Sobre el particular encuentra el tribunal lo siguiente:

En el numeral 3.2.2.6.2 de la solicitud de cotización Telecom expresó (fl. 118 del cdno. de pbas. 1):

“Se plantea iniciar un plan comercial de red digital de servicios integrados y de servicios de red inteligente en aquellos lugares que la demanda así lo justifique, para lo cual el oferente seleccionado en su estudio de demanda lo debe proponer a los usuarios. Para efectos de comparación se debe incluir en la oferta equipos y programas para treinta y dos abonados RSDI con 2B+D y cuatro accesos primarios con 30B+D.”

El numeral 3.2.2.6.1. de la oferta técnica (fl. 036) señala:

“Incluimos en nuestra oferta los equipos y programas para prestar el servicio de RDSI en las cantidades requeridas, e incluimos los terminales de red NT, que cumplen con la Norma Nacional NT - SI - 0200 - 94.”.

El numeral 17 del acta de acuerdo correspondiente a la parte técnica del 19 de diciembre de 1995 (fl. 440 del cdno. de pbas. 25) expresa:

“Asunto: Telecom plantea que de acuerdo con el estudio técnico y con la oferta de NEC, los servicio RDSI los

ofrecen solo en una de las centrales de la zona pero debe garantizarse estos servicios a cualquier usuario dentro de la zona.

NEC responde lo siguiente: 'Una vez se haya efectuado el estudio de demanda se determinará cómo se prestará en la práctica estos servicios a los usuarios".

"De acuerdo con lo anterior, las partes manifiestan de acuerdo".

En el anexo 6 se dispone (fl. 597 del cdno. de pbas. 2):

"Se instalarán dos centrales locales, una denominada Centro con capacidad para 51.600 líneas en su etapa final. Esta central contiene el Hardware y el Software para soportar los puertos RDSI requeridos en los términos de referencia, de acuerdo con el resultado de el estudio de demanda se determinará como se prestarán en la práctica estos servicios a los usuarios dentro de la zona".

En el mismo anexo (fl. 603 del cdno. de pbas. 2) se establece:

"La NEAX61 ELU es un sistema de acceso de abonado capaz de proveer servicios de RDSI de banda ancha en virtualmente cualquier lugar ya sea comercial o residencial o rural o urbano.

Una de las características de la NEAX61 ELU es que ofrece un amplio rango de capacidad de interfaces para aplicación de servicios que van desde POTS hasta capacidades de RDSI de banda ancha, incluyendo servicios de multimedia. También se pueden implementar servicios de comunicaciones personales basados en técnicas de radio transmisión".

Del texto de la solicitud de cotización se desprenden dos ideas claras: de una parte que existía la intención de realizar un plan comercial de la Red Digital de Servicios Integrados en aquellos lugares en que la demanda lo justificara, por lo cual era un aspecto que debía ser analizado dentro del estudio de demanda y, de otro lado, que se debía incluir un determinado número de equipos para efectos de comparación.

Por consiguiente, si del estudio de demanda se desprendía que en determinados lugares existía demanda por dicho servicio se adelantaría un plan comercial para el efecto. Ahora bien, la solicitud de cotización no precisa claramente cómo se realizaría dicho plan comercial.

De otra parte, el texto de la oferta señala que se incluyen los equipos para prestar el servicio en las cantidades requeridas. Como quiera que las únicas cantidades que se habían determinado eran aquellas que eran necesarias para la comparación, se puede concluir que es a las mismas a las que se refiere la oferta.

Adicionalmente en el texto del acta de acuerdo correspondiente a la parte técnica, se planteó claramente que la oferta del Consorcio solo ofrecía los servicios en las centrales y que una vez hecho el estudio de demanda se determinaría cómo se prestaría el servicio. Punto sobre el cual Telecom estuvo de acuerdo.

Finalmente, en forma congruente con lo anterior, en el anexo 6 claramente se precisa que de acuerdo con el resultado del estudio de demanda se determinará como se prestarán en la práctica estos servicios a los usuarios dentro de la zona. Como se puede apreciar en este mismo documento quedó por definir la forma como se prestaría el servicio.

A lo anterior se agrega que al perito se le preguntó si de acuerdo con lo señalado en numeral 2.1. del anexo 6 (página 268) las ELU a ser dispuestas por Teleconsorcio deberían tener la capacidad para la prestación de servicios RDSI y enlaces a 2 MBs y contestó:

"De acuerdo con la descripción que se hace de la NEAX61ELU en el numeral 2.1 del anexo 6, esta cuenta con un amplio rango de alternativas de interfaces para prestar diferentes servicios incluyendo RDSI.

En cuanto a la capacidad para prestar servicios de enlaces a 2 Mbps, en la descripción sobre interfaces para aplicación de servicios no se hace una mención específica sobre enlaces a 2 Mbps.

Los enlaces a 2 Mbps PCM son mencionados pero al hacer referencia a los medios de transmisión que se podrían emplear, es decir, a las opciones existentes para la conexión entre la ELU y la central. El numeral 2.1. define más adelante que la conexión de las ELUs con centrales matrices o remotas se realiza por medio de enlaces a 2 Mbps PCM a través de fibra óptica".

Al responder la aclaración solicitada por Telecom el perito señaló (página 42):

"El numeral 2.1 del anexo 6 trascrito en el punto anterior es claro al incluir los servicios RDSI dentro de las capacidades de las ELUs, sin embargo, en otros numerales de los anexos técnicos, no es claro que esta sea una característica a incluir en las ELUs a instalar".

El perito se refiere a diversos numerales del anexo y en particular al numeral 1º del anexo 6 que ya se ha trascrito y dijo:

"Este numeral nuevamente define que la central Centro contiene el equipamiento necesario para los puertos RDSI y además dice que de acuerdo con el resultado del estudio de demanda se determinará como se prestará en la práctica estos servicios a los usuarios dentro de la zona". Según lo anterior, en el momento que se preparó el anexo técnico había factores no decididos con respecto al servicio RDSI, aunque el anexo técnico no da detalles sobre el alcance de esta última frase al referirse "como se prestará en la práctica estos servicios"

"De otro lado, en ninguna de las listas detalladas de precios de las ELUS, que hacen parte de los anexos técnicos, se presenta el valor de componentes para servicios RDSI.

Como puede apreciarse hasta aquí los anexos técnicos no definen con total claridad si las ELUs deberían estar equipadas para prestar servicios RDSI, hay varios apartes en los que se mencionan los equipos para RDSI de manera separada a las ELUs y en las listas de precios no hay componentes para RDSI en las ELUs, pero por otra parte el numeral 2.1. del anexo técnico 6 incluye los servicios RDSI dentro de las capacidad de las ELUs".

En la página 134 de las mismas aclaraciones al dictamen, el perito hace referencia al numeral 17 del acta de acuerdo correspondiente a la parte técnica del 19 de diciembre de 1995, ya citada, y expresa:

"Como puede observarse en las anteriores especificaciones de los anexos técnicos, los equipos necesarios para servicios RDSI serían instalados en una sola central, la que inicialmente se denominó Centro. El contenido del acta de acuerdo del 19 de diciembre de 1995 deja ver que Telecom tenía claro que de acuerdo con la oferta y el "estudio técnico", los servicios RDSI se ofrecían en una sola central de la zona.

Con respecto a si las ELUs del proyecto original están o no equipadas con funciones de RDSI, reitero lo dicho en la respuesta dada a la solicitud de aclaraciones y complementaciones a la pregunta 18 de Telecom...".

Así mismo, en la respuesta a la solicitud de aclaraciones al dictamen presentada por el Consorcio (pregunta 21, página 133) acerca de si las partes tenían claro que el proyecto técnico original consideraba hardware y software de RDSI solamente en una central Host, el perito contestó:

"En la descripción que se hace de la central Centro se incluyen 32 puertos de acceso básico BRI y 4 puertos de acceso primario (PRI) para RDSI, como parte del equipamiento de esta central. En la central de San Carlos no hay equipamiento para servicios RDSI".

En sus aclaraciones al dictamen, reiteró la respuesta a la pregunta 18 (página 135) en la cual dice:

"Como puede apreciarse hasta aquí, los anexos técnicos no definen con total claridad si las ELUs deberían estar equipadas para prestar servicios RDSI; hay varios apartes en los que se mencionan los equipos para RDSI de manera separada a las ELUs y en las listas de precios no hay componentes para RDSI en las ELUS, pero por otra parte el numeral 2.1 del anexo técnico 6 incluye los servicios RDSI dentro de las capacidades de la ELUS".

De lo anterior resulta que el perito no encontró que los documentos técnicos precisaran con claridad que el Consorcio se había obligado a prestar el servicio RDSI en toda la zona E.

Además, el Ingeniero Gabriel Martínez en su testimonio expresó (fl. 97 del cdno. de pbas. 16A):

"Entonces básicamente lo que se quería con el contrato era hacer un piloto comercial sobre los servicios REDSI (sic), se pedía entonces una cantidad de accesos determinada, eran 30 accesos básicos y 4 accesos primarios, en la propuesta nosotros ofrecimos y pusimos claros que la central de San Carlos o no sé si era Centro pero en una de las centrales que se ofreció, que era la que cubría el centro de Bogotá, en esa central se iba a poner los 32 accesos básicos y los 4 accesos primarios y esa fue la propuesta y dentro de la negociación lo que recuerdo es que se acordó que se dejaban esas cantidades y dependiendo del estudio de demanda se podrían modificar. Básicamente eso es lo que yo recuerdo sobre lo que se perseguía con los accesos REDSI, entonces la propuesta y el contrato tenían 4 accesos primarios y 30 accesos básicos ubicados en la central que quedaba en el centro de Bogotá (se subraya)".

El ingeniero Juan Francisco Salazar declaró (fl. 309 reverso del cdno. de pbas. 16A):

"Sr. Salazar: (…) También por ejemplo encontramos situaciones como los servicios de red digital de servicios integrados, estos servicios son servicios de telefonía pero que dan unas facilidades adicionales, unos servicios especiales a la telefonía convencional que dentro del convenio se establecía con accesibilidad al 100% de la zona del convenio, se estableció inicialmente dentro del convenio que solamente se iban a tener cuatro servicios de esta red digital de servicios integrados denominado ejercicio primario que son servicios por ejemplo que necesitan empresas como por ejemplo la cámara de comercio que tiene muchas extensiones dentro de su edificio y no quiere tener un número grandísimo de líneas que lleguen sino que lleguen agrupadas en un enlace, pero que se pretendía dentro del convenio y así quedó establecido que podían distribuirse esos cuatro servicios primarios dentro de cualquier parte de la zona, también estaban incluidos dentro de ese convenio 32 accesos básicos de esta red digital que podían distribuirse dentro de toda la zona del convenio, pero que en la realidad solamente podían darse en un 12% de la zona del convenio, eso quiere decir que la accesibilidad 100% a la que se comprometió el asociado no se estaba cumpliendo.

En el convenio se estableció que esos servicios digitales se podían dar con una accesibilidad del 100%, es decir si el usuario estaba en la esquina noroccidente del área del convenio pues podía si quería el servicio se lo íbamos a poder instalar allá, pero lo que en efecto ocurrió es que solamente repito en las zonas en donde estaban centrales matrices del convenio se estaban pudiendo dar ese tipo de servicios, las centrales matrices están cubriendo más o menos con un 12% de toda la cobertura de la zona objeto del convenio.

Esto simplemente implicaba que los servicios no se iban a poder vender de la manera que se esperaba y que tecnológicamente la red no estaba preparada para ofrecer este servicio de una manera masiva en el momento en que así se requiriera" (se subraya).

Como se puede apreciar el testigo Martínez señaló que la idea era hacer un piloto de servicios RDSI. Por su parte el ingeniero Salazar si bien reconoce el número de accesos básicos que deberían existir de acuerdo con la oferta y la solicitud de cotización, posteriormente precisa que el servicio debía ofrecerse en toda la zona. Sin embargo frente a dicha afirmación se encuentra el contenido mismo de la solicitud de cotización y los demás documentos contractuales a los cuales se ha hecho referencia.

Por otra parte en el anexo financiero no encuentra el tribunal que se haga referencia a los ingresos por dicho servicio, lo cual debió haberse previsto si desde un principio se hubiese contemplado la prestación del servicio en toda la zona.

De todo lo anterior concluye el tribunal que las partes no establecieron que el servicio RDSI debía prestarse en toda la zona E, sino que una vez realizado el estudio de demanda las partes determinarían la forma como se prestaría tal servicio. Ahora bien, no hay prueba en el expediente de un acuerdo de las partes sobre tal circunstancia. Así mismo tampoco hay prueba de que la causa por la cual no existe un acuerdo en esta materia sea una eventual negativa del Consorcio.

Adicionalmente, de conformidad con la prueba pericial tampoco está establecido que todas las ELUs debieran estar equipadas para prestar servicios RDSI, por lo cual la interpretación debe inclinarse a favor del deudor, de

conformidad con el criterio que establece el artículo 1624 del Código Civil.

Por lo anterior dicha reclamación no prospera.

8.2.9. Conexiones semipermanentes.

En los hechos centésimo a centésimo primero Telecom afirma que las reconvenidas se comprometieron a aportar la infraestructura para proveer conexiones semipermanentes desde las ELU. Pero que a la fecha no es posible proveer dichas conexiones, porque la infraestructura no tiene dicha capacidad.

El Consorcio, por su parte, señala que una vez que Telecom reportó los problemas de los canales semipermanentes, el Consorcio realizó la revisión correspondiente y realizó la modificación del software, con lo cual las conexiones semipermanentes funcionan correctamente, tal y como lo señala el perito.

Sobre el particular observa el tribunal lo siguiente:

La solicitud de cotización dispone (fl. 80 del cdno. de pbas. 1):

"Servicio	**Capacidad de acceso**	**Capacidad de utilización simultánea**
Conexiones semipermanentes – Transmisiones analógicas a menos de 64K	100%	N/A"

Los anexos técnicos del convenio (fl. 599 del cdno. de pbas. 2) disponen:

"Servicio	**Capacidad de acceso**	**Capacidad de utilización simultánea**
Conexiones semipermanentes – Transmisiones analógicas a menos de 64K	100%	N/A"

En el dictamen del perito de planta interna se expresó inicialmente (pág. 28):

"En las pruebas efectuadas desde la ELU, la comunicación de voz a través de la conexión semipermanente funcionó adecuadamente, mientras que la comunicación de datos no fue posible".

Posteriormente, en la solicitud de aclaraciones al dictamen, el Consorcio solicitó precisar las razones por las cuales la prueba de datos no funcionó y realizar una nueva prueba. El perito contestó (pág. 141):

"Después de los resultados obtenidos en las nuevas pruebas efectuadas, es posible concluir que las pruebas anteriores de transmisión de datos a través de conexiones semipermanentes no funcionaron debido al tipo de módem utilizado o a la configuración de los mismos, ...".

Señaló que para las nuevas pruebas se utilizaron dos módems pertenecientes a Telecom (pág. 142) y agregó:

"Con estos módems se efectuaron pruebas de conexión semipermanente entre equipos de línea de red directa, entre equipo de línea de red directa y equipo de línea de ELU de la misma central, entre equipos de línea de ELUs de la misma central y entre equipos de línea de ELUs pertenecientes a centrales diferentes.

En todas las pruebas de comunicación de voz funcionó adecuadamente al igual que las comunicaciones de datos a 9.600 bps".

Así mismo, en sus aclaraciones al dictamen, concluyó (página 49)

“De acuerdo con lo expuesto, las conexiones semipermanentes para transmisiones analógicas a menos de 64Kbps, funcionan según los requerimientos del anexo técnico”.

En esta medida está claro que no existe desviación técnica en materia de las conexiones semipermanentes.

8.2.10. Sistema de gestión NCOM 200

En los hechos centésimo segundo a centésimo tercero Telecom afirma que las reconvenidas se obligaron a suministrar el sistema de gestión de conmutación NCOM 200 para gestionar líneas antes del 1o de abril de 1997, el cual solo suministraron tardíamente y el que presenta una serie de deficiencias que no han sido corregidas. Agrega igualmente en su alegato de conclusión que la persona que ha operado el sistema fue capacitada por NEC.

Por su parte, el Consorcio expresa que si bien hubo retraso en la entrega del sistema, las partes convinieron un sistema alternativo que se implementó. En su alegato expresa que si bien no se había previsto fecha para la entrada en operación del NCOM era conveniente que entrara en operación con las primeras líneas. Por ello NEC estableció un sistema provisional, que se encuentra funcionando como respaldo el Consorcio afirma que se suministró el equipo, el cual funcionó normalmente, salvo algunas fallas que o no eran atribuibles al equipo mismo o bien fueron esporádicas y corregidas. Los inconvenientes con el sistema eran debidos a la mala manipulación y mantenimiento del mismo. Agrega que existen unas actas de verificación y hojas de verificación de equipos que fueron suscritas por ambas partes. De este modo, el sistema fue debidamente probado y verificado por las partes. Expresa que las fallas no afectaron el funcionamiento del convenio y por ello Telecom no hizo uso de la facultad que le otorgaba para reemplazar, reparar o realizar cualquier actividad con cargo al Consorcio. Señala que la demanda no es clara sobre la supuesta deficiencia y cita normas que deben probarse. Además, el perito no pudo pronunciarse de manera categórica porque el sistema está fuera de servicio por una falla que no pudo ser corregida porque en ese momento se produjo la liquidación de Telecom. Finalmente, señala que el actual operador no requiere la operación del NCOM para prestar el servicio. Advierte que la falta de colaboración en la práctica de la prueba pericial debe ser valorada como indicio en contra de Telecom.

Sobre el particular observa el tribunal:

En el anexo técnico se incluyó lo siguiente (fl. 338 del cdno. 1):

“3.1.2. Equipos de supervisión

3.1.2.1. Equipo de supervisión para red de conmutación sistema NCOM200 (NEC Computarized Operation and Maintenance System) equipado con dos estaciones de trabajo para Operación y mantenimiento, un monitor de alarma y un panel de alarma audible, una consola de prueba de troncal remota (B-STC) y dos consolas de prueba de línea (B-LTC), con las interfaces para interconexión con las tres centrales de conmutación, y el software para el correcto funcionamiento y operación del sistema de supervisión”.

Igualmente se expresó (fl. 632 del cdno. de pbas. 2):

“El sistema NCOM200 procesa los datos de O&M estadísticamente, tomados de todos los sistemas de conmutación bajo su control, y permite que el operador de la red recupere cualquier porción de los datos en forma de reporte de fácil entendimiento”.

Ahora bien, obra en el expediente la comunicación de Telecom 111180000-100 de febrero 3 de 2003, por la cual solicita el reemplazo inmediato y la comunicación remitida el 21 de abril de 2003 por parte del Teleconsorcio en la cual analiza cada tipo de fallas y concluye señalando que se ha cumplido por su parte con el contrato.

En la respuesta a la pregunta 33 de Telecom el perito de planta interna señaló en el dictamen inicial (página 29):

“En cuanto a la verificación del funcionamiento del sistema, no fue posible efectuar tal verificación debido a que el sistema NCOM200 se encuentra fuera de operación debido a una falla que aún no ha sido corregida.

Con respecto a la situación actual de este sistema de gestión, Teleconsorcio me informó y envió copia de la comunicación del 9 de febrero de 2004 en la que a la solicitud de coordinación para efectuar los trabajos necesarios para poner en funcionamiento el sistema, se responde manifestando que Colombia Telecomunicaciones no tiene interés en poner en funcionamiento el sistema NCOM".

Igualmente en el dictamen se expresa que (página 30):

"De acuerdo con la información verbal suministra por el personal de operación de la Central Progreso, el sistema de gestión NCOM200 presentó fallas repetidas desde su instalación y continuamente quedaba fuera de servicio. Actualmente, el sistema NCOM200 no está funcionando debido a una falla".

En el dictamen el perito suministró una tabla de fallas del sistema con base en la información que le fue suministrada y concluyó:

"Aunque la documentación suministrada fue parcial, de la revisión de los reportes recibidos, de la cantidad de reportes generados y de la situación descrita por los funcionarios de la Central Progreso se puede concluir que la frecuencia con que se presentan fallas en el funcionamiento del NCOM200 no ha sido normal. Los datos sobre tiempo fuera de servicio no son completos, pero los que aparecen en los reportes recibidos son altos".

El perito en la respuesta a la pregunta 30 de la solicitud de aclaraciones al dictamen, señaló (página 145):

"Mediante el oficio 11180000-000100 Telecom solicitó a Teleconsorcio 'de manera inmediata el reemplazo del sistema NCOM' debido a la 'gran cantidad de problemas técnicos relacionados con el funcionamiento'. En dicho oficio se adjuntaron las comunicaciones por las cuales Telecom reportó a Teleconsorcio los diversos problemas del sistema de gestión de conmutación y también hizo referencia a los comités de coordinación 16 del 14 de octubre de 1997, 18 de enero 22 de 1998, 17 de diciembre 4 de 1997, 29 de octubre 26 de 1999, 42 de diciembre 19 de 2001, 43 de febrero 5 de 2002 y 44 de marzo 21 de 2002, en los que se trataron problemas de NCOM.

Por su parte, Teleconsorcio respondió a Telecom mediante la comunicación G.G. 46-03 afirmando que el sistema de gestión NCOM instalado en la zona E cumple con lo solicitado, ofertado y contratado por Telecom" y clasificó los problemas mencionados por Telecom de la siguiente manera:

1. Fallas en los terminales de NCOM o de otros terminales.

2. Fallas de operación y mantenimiento del sistema NCOM.

3. Fallas de Hardware de la plataforma NCOM instalado.

4. Fallas de Software del sistema.

5. Fallas en consultas por parte de Telecom.

Sobre estos tipos de falla Teleconsorcio dice que 'no encontramos ninguno que tenga que ver directamente con la funcionalidad misma del sistema de gestión instalado en la zona E, por ende no vemos razón alguna que justifique la solicitud de cambio del sistema de gestión realizada por Telecom'.

También mencionó Teleconsorcio que además del sistema NCOM "Telecom ha contado con un sistema adicional que de común acuerdo se instaló.

Teleconsorcio afirma en la parte final de su comunicación que 'los problemas expuestos por Telecom para solicitar el cambio del sistema de gestión NCOM, los cuales ocurrieron durante los seis años de operación fueron resueltos o explicados debidamente, y no implican como se expone en este documento el no cumplimento de lo solicitado, ofertado y contrato en el convenio C-060-95.

Adicionalmente queremos recalcar que durante los cinco años de la vigencia del convenio no ha existido personal a cargo del sistema de gestión NCOM de manera estable en la zona E, que tenga los conocimientos y experiencia necesarios para realizar un mantenimiento adecuado a un sistema que utiliza bases de datos relacionales que deben

ser depuradas todas las semanas para un correcto funcionamiento’”.

En su dictamen el perito presentó la lista de reporte de fallas reportadas por Telecom y la clasificación que hizo el Consorcio. Igualmente precisó, de acuerdo con las comunicaciones del Consocio, la forma como fueron atendidos cada uno de los problemas. Así mismo, hizo referencia a las actas del comité de coordinación en las cuales se discutieron los asuntos relacionados con el NCOM y la forma como fueron respondidos por Teleconsorcio.

El perito de planta interna en la respuesta a la aclaración 31 expresó (páginas 155 y 156):

“Después de revisar los reportes de fallas del NCOM, listados en la tabla anterior, y la clasificación efectuada por Teleconsorcio, presentada en la respuesta a la solicitud de aclaración 30 de Teleconsorcio, tengo los siguientes comentarios:

Coincido con Teleconsorcio en que hay un grupo de fallas de los equipos, terminales y CPU, que no son atribuibles al sistema NCOM mismo y podrían ocurrir con la marca de equipos utilizada (SUN) o con otra marca. En todo caso, ante daños repetitivos es conveniente hacer un seguimiento para descartar problemas de fábrica de algún modelo o lote de fabricación de los equipos.

En el acta 44 del 21 de marzo de 2002 se afirma que no se han vuelto a presentar problemas con los enlaces, Posteriormente se presentó una falla del enlace con Asturias pero debido a un problema en el cable de conexión del módem y no a las razones que generaban fallas repetidas en los enlaces. Según lo anterior aparentemente el problema o problemas que generaban fallas repetidas en los enlaces fueron resueltos.

Algunas de las situaciones reportadas, aunque de alguna gravedad o impacto, no fueron repetitivas y por tanto no me voy a referir a ellas, además, fueron resueltas en su momento por Teleconsorcio.

La falla o situación que genera el mayor traumatismo tiene que ver con los bloqueos del sistema NCOM 200. Según los reportes, entre el mes de agosto de 2000 y diciembre de 2002, se presentaron al menos 45 bloqueos del NCOM200 (incluyendo solo los que se pueden contar en los reportes; algunos reportes se refieren a bloqueos repetidos sin especificar cuántos).

Con respecto a este último punto, Teleconsorcio asegura que se debe a un problema de mala operación ocasionado por falta de capacitación e inexperiencia del personal a cargo, sin embargo, si bien es cierto que el persona que actualmente labora en la central Progreso no recibió capacitación sobre la operación y mantenimiento del sistema NCOM 200, Telecom en varios de sus reportes afirma haber seguido las recomendaciones y procedimientos indicados por Teleconsorcio y/o NEC y aún así el sistema falló.

Como en este momento no es posible efectuar pruebas o verificaciones directamente en el sistema NCOM200 ni realizar un seguimiento a su funcionamiento, ya que se encuentra fuera de operación, no puedo determinar si los bloqueos del NCOM2000 se deben a una deficiencia en la operación, como afirma Teleconsorcio, o a defectos inherentes al sistema mismo”.

De toda la prueba recaudada y en particular del contenido del dictamen pericial concluye el tribunal lo siguiente:

Efectivamente se produjeron fallas en el sistema NCOM, muchas de las cuales fueron solucionadas por Teleconsorcio. Sin embargo, existieron fallas repetitivas de relevancia cuyo origen no era posible determinar porque no fue posible realizar pruebas directamente en el sistema.

Está claro que el sistema presenta bloqueos, sin embargo Teleconsorcio alega que ellos ocurren por razón de mala operación, mientras que Telecom considera que el programa no es adecuado. Como quiera que el sistema fue entregado y Telecom sostiene que el mismo no funciona adecuadamente, a dicha parte le correspondía la carga de la prueba. En la medida en que no fue posible realizar pruebas para determinar las causas de tales bloqueos y por ello no se ha podido acreditar que el equipo suministrado no cumple con las especificaciones, encuentra el tribunal que no puede considerar establecido el incumplimiento.

8.2.11. Sistema de gestión inalámbrico DCTS-LMS.

En el hecho centésimo cuarto de su demanda de reconvención Telecom afirma que el sistema de gestión de inalámbrico DCTS-LMS, actualmente instalado por las reconvenidas y en funcionamiento, presenta deficiencias en las funciones de gestión de alarmas (despliegue de alarmas en tiempo real), en funciones de gestión de seguridad (administración de usuarios) y en funciones de gestión de desempeño (manejo de estadísticas e históricos). En su alegato de conclusión Telecom precisó que reclama por razón de la carencia de una función encargada de manejo de históricos y estadísticas. Advierte Telecom que el numeral 6.2.2.1 del anexo técnico 6, incluye la función de manejo de estadísticas e históricos como parte del sistema.

El Consorcio se refirió a los diferentes aspectos reclamados sosteniendo que no se presentan las deficiencias señaladas por Telecom. Advierte que el sistema de gestión de inalámbrico corresponde al sistema DCTS contratado. Por lo tanto, más bien se trata una situación de desviación de especificación, que no es dable corregir en los precisos términos del contrato o bien que puede ser subsanada mediante un "equivalente técnico" dentro de las funciones de la central de conmutación, en aplicación de los sucedáneos técnicos previstos en el literal a) del anexo técnico 8.

Sobre el particular observa el tribunal:

En cuanto a las funciones de gestión de alarmas el perito de planta interna, después de hacer pruebas, concluyó (página 33 del dictamen original):

"Las funciones de monitoreo y reporte de alarmas incluidas en el anexo técnico están incorporadas en el sistema instalado. En el convenio no se encontró alguna especificación relacionada con el tiempo máximo de retardo desde que se produce una falla hasta que aparece el reporte respectivo en el DCTS-LMS, sin embargo, se pudo observar que los retardos que aparecen en la tabla anterior son suficientemente largos para generar confusión y de alguna manera afectar las labores y posibles conclusiones a las que puede llegar el persona operativo encargado de la supervisión del sistema inalámbrico".

Posteriormente el perito aclaró (aclaraciones al dictamen, página 157) que la confusión que se puede generar ocurre porque el tiempo que transcurre, da lugar a que el operador del DCTS y en el técnico de mantenimiento no saben si el trabajo efectuado generó o no los resultados esperados.

Igualmente expresó el perito:

"No puedo asegurar si la capacitación a los demás funcionarios eliminaría por completo la posible incertidumbre o confusión descrita, ya que parte del retardo se debe a las características de operación propias del DCTS-LMS y de otra parte a las condiciones del ambiente bajo las cuales está instalado y operando el sistema inalámbrico, asunto al que me referiré más adelante en la respuesta 34".

Finalmente señaló el perito (aclaraciones al dictamen, página 15):

"No conozco un sistema de gestión, diferente al DCTS-LMS, con características más veloces, que estuviera disponible en el mercado en la fecha de instalación del sistema inalámbrico DCTS".

Por lo demás, en su dictamen pericial, al analizar si el sistema de gestión cumple con las características del numeral 6.2.1. del anexo técnico, señaló respecto del monitoreo de alarmas "El sistema DCTS-LMS cumple con esta funcionalidad".

Así las cosas, observa el tribunal que como señaló el perito, el problema que se puede presentar es el tiempo máximo de retardo desde que se produce una falla hasta que aparece el reporte respectivo. Ahora bien, el perito también advirtió que sobre dicho aspecto no se contempla ninguna especificación en los anexos técnicos y que además no conoce otros sistemas con características más veloces.

Desde este punto conviene recordar que para determinar la responsabilidad del proveedor de un bien es necesario establecer, de una parte, cuál era la calidad del equipo que se debía suministrar y, en segundo lugar, si el equipo suministrado tiene dicha calidad.

En el presente caso en la cláusula cuarta del convenio se dispuso que la infraestructura y los equipos aportados para la prestación del servicio “serán nuevos y de última tecnología y de primera calidad”. Desde este punto de vista, en la medida en que el perito señala que no conoce sistemas más veloces y no se ha acreditado que las características de un equipo de primera calidad serían superiores es claro que no se puede reconocer en este aspecto el incumplimiento.

Por otro lado, en lo que se refiere a la gestión de seguridad (administración de usuarios), el perito de planta interna señaló (página 33 del dictamen):

“El DCTS-LMS no cuenta con una función que permita jerarquizar y establecer algún tipo de control sobre los operadores del mismo. Todos los operadores ingresan al sistema con un mismo nombre de usuario y la misma clave secreta. Bajo estas condiciones no es posible establecer algún tipo de control o seguimiento a las actividades y/o modificaciones hechas por cada operador. Dentro del menú DCTS-LMS se encuentra una opción para administración de operadores. Pero no se encuentra habilitada en el sistema instalado.

Si bien la situación descrita no es la más conveniente para la administración de usuarios u operadores de DCTS-LMS, no se encontró dentro de la documentación del convenio estudiada, especificaciones relacionadas con la administración de usuarios que permitieran efectuar una comparación entre lo pactado y el modo de funcionamiento del DCTS-LMS”.

Al igual que en el caso anterior, en la medida en que no está demostrado que se dejaron de cumplir las especificaciones y adicionalmente tampoco está acreditado cuáles serían las características que en esta materia tiene un equipo de primera calidad, no es posible imponer una condena.

Finalmente en cuanto la gestión de desempeño, que implica el manejo de estadísticas e históricos el perito expresó (pagina 34 del dictamen):

“El DCTS-LMS registra todos los eventos ocurridos en un archivo "log" que es grabado cada vez que se alcanza una cantidad de registros preestablecida en el sistema (debe tener la opción de grabación habilitada). El DCTS-LMS no cuenta con alguna función o herramienta que permita manipular los archivos log para generar datos estadísticos pero es posible abrir y manipular estos archivos utilizando otros programas de uso común.

Hasta este punto no es posible calificar si esta forma de operación representa o no alguna desviación con respecto a lo pactado, ya que en la documentación del convenio revisada no se encontraron especificaciones detalladas sobre este tema, sin embargo, dentro de las especificaciones descritas en el numeral 6.2.2.1. del anexo técnico figura la función de “Reporte de estadísticas de tráfico”, función con la que no cuenta el DCTS-LMS, por lo tanto, esta es una desviación con respecto a lo pactado”.

Igualmente al responder la pregunta 25 de Teleconsorcio (página 92) el perito contestó sobre las estadísticas de tráfico cursado:

“El DCTS-LMS no cumple con esta función; para mediciones de tráfico y reportes estadísticos se debe recurrir a las facilidades incluidas en la central”.

Al responde la pregunta 35, el perito señaló que pidió información a Teleconsorcio sobre la inclusión de dicha funcionalidad y al respecto Teleconsorcio contestó que no era posible desarrollar módulos adicionales para el sistema y planteó que se utilizaran las funciones de tráfico de la central NEAX61e.

Por lo anterior el perito expresó (página 57 de las aclaraciones) que si se asume que el valor del sistema es la suma de las funciones que debía tener según el anexo y que todas tienen igual valor, el de esta función sería de una sexta parte, lo cual arrojaría un valor FOB US$4.083.33. Pero si se toma como referencia el valor de las unidades VDU que figuran en la lista de precios, las tres unidades tendrían un costo de US 25.955.40, por lo cual el valor de la función de reporte de estadísticas de tráfico será de US$4.325.90.

Por lo anterior el tribunal condenará al Consorcio a pagar la suma de US4.083.33 que es el que deduce el perito del valor del equipo instalado.

8.2.12. Puertos asincrónicos y sincrónicos.

En los hechos centésimo quinto y centésimo sexto Telecom afirma que las reconvenidas se comprometieron a aportar 4 puertos asincrónicos y 2 puertos sincrónicos en cada nodo de conmutación para la conexión con el sistema de gestión metropolitano. Así mismo que las reconvenidas ofertaron el hardware y el software requeridos para la puesta en servicio del centro de gestión. Sin embargo las reconvenidas si bien implementaron los 4 puertos asincrónicos no han aportado los 2 puertos sincrónicos para la comunicación con el sistema de gestión metropolitano.

Por su parte el Consorcio expresa que los puertos no se entregaron porque estos no prestarían ningún servicio o utilidad para la red ya que la solución adoptada por Telecom no requiere dicha interfaz. Agrega que Telecom se comprometió a desarrollar un sistema de gestión metropolitano y que no lo ha desarrollado por lo cual el Consorcio quedó exonerado de la prestación correlativa.

Sobre el particular observa el tribunal lo siguiente:

En la página 135 de la solicitud de cotización numeral 3.3.3 Sistema de gestión metropolitano, se expresa (fl. 147 del cdno. 1):

“El sistema de gestión metropolitano será contratado o desarrollado por Telecom.

(...).

Los elementos de red deben proveer información suficiente para la gestión de alarmas, calidad del servicio, tráfico, configuración. ... Esta información podrá ser obtenida por el sistema de gestión metropolitano por una de las dos siguientes formas:

A través de una comunicación entre los sistemas de gestión zonales y el sistema de gestión metropolitano. ...

A través de la conexión directa del sistema de gestión metropolitano con los elementos de red que conforman la red telefónica metropolitana en las diferentes zonas. Para esto, se requiere que los nodos de conmutación estén dotados de 4 puertos asincrónicos y 2 sincrónicos, y que el proveedor suministre el software y de cada uno de los proveedores hardware necesarios para la comunicación con el sistema de gestión metropolitano.

Estos puertos no incluyen los puertos necesarios para la comunicación entre los nodos de conmutación y los sistemas de gestión zonales”.

La oferta técnica señala (capítulo 4. Respuestas punto a punto al capítulo III de los pliegos. Fl. 69. 3.3.3 Sistema de gestión metropolitano):

“Entendido

Las centrales de conmutación proveen toda la información necesaria para que el centro de gestión metropolitano pueda realizar adecuadamente su función. Se entiende que las centrales solo suministran información técnica de su comportamiento, tales como alarmas, de calidad del servicio, trafico. La interfaz (hardware y software) entre el centro de supervisión zonal y el centro de gestión metropolitano no forma parte de la presente oferta. Se proveen interfaces asincrónicas y sincrónicas, entendiendo que se refiere a protocolos sincrónicos y asincrónicos. En este sentido ofrecemos interfaces RS232C y X.25HDLC, en las cantidades especificadas en los términos de referencia”.

Los anexos técnicos del contrato contemplan (3.1.2 Equipos de supervisión, fl. 338 cdno. de pbas. 2):

“3.1.2.1. Equipo de supervisión para red de conmutación ... En cada central se incluyen cuatro puertos asincrónicos y dos sincrónicos, así como el suministro del hardware y software para la interconexión de las centrales con el centro de gestión metropolitano, el cual será suministrado por Telecom con sus propios recursos, y se interconectará con las centrales utilizando protocolos propietarios del fabricante de las centrales”.

Al contestar la pregunta 36 de Telecom, el perito de planta interna expresó (página 34):

“En la red suministrada por Teleconsorcio no fueron instalados puertos sincrónicos para conexión con el sistema de gestión metropolitano”.

En la aclaración a dicha pregunta el perito en planta interna precisó (página 58 de las aclaraciones al dictamen):

“Teniendo en cuenta que no fueron instalados puertos sincrónicos para la conexión con el sistema de gestión Metropolitano, las centrales instaladas no cumplen con esta especificación técnica del convenio”.

De otra parte, en la respuesta a la pregunta 27 de Teleconsorcio el perito de planta interna, después de transcribir el numeral 3.3.3. del capítulo 3 de la solicitud de oferta, expresó (página 95):

“Según lo anterior, es claro que los puertos sincrónicos eran solicitados para la comunicación con el sistema de gestión metropolitano”.

Igualmente expresó que “... según la información suministrada por funcionarios de Colombia Telecomunicaciones, el proyecto del sistema de gestión metropolitano aún no se ha desarrollado”.

De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que el Consorcio no suministró los puertos sincrónicos, tal y como estaba previsto en el convenio.

Ahora bien, en cuanto al hecho de que Telecom no haya desarrollado el proyecto de gestión metropolitano considera el tribunal que tal circunstancia no exonera al Consorcio del incumplimiento de sus obligaciones. En efecto, si se examina el convenio no se encuentra que en el mismo Telecom se haya obligado a desarrollar dicho sistema y sobre todo que tal hecho pudiera considerarse una obligación correlativa a cargo de Telecom que pudiera justificar que el Consorcio no hubiera cumplido su obligación.

En esta medida se condenará a instalar los puertos sincrónicos a los que se ha hecho referencia.

En el evento en que ello sea imposible y como quiera que el perito valoró dicho incumplimiento en la suma de US$49.505.7, más USD$13.284.3 por instalación, dichas sumas deberán ser pagadas por el Consorcio.

8.2.13. Documentación.

En los hechos centésimo séptimo y centésimo octavo de su demanda de reconvención Telecom afirma que las reconvenidas no entregaron a Telecom los manuales de instalación de los sistemas de gestión de conmutación NCOM200, de gestión de inalámbricos DCTS-LMS y de gestión de transmisión INC-100, a los que se comprometieron, los cuales son necesarios para las actividades de operación y mantenimiento, y cuya ausencia puede afectar la continuidad del servicio. Señala además Telecom que como quiera que el Consorcio no probó la entrega de dichos manuales está acreditado el incumplimiento.

El Consorcio señala que entregó la documentación prevista en el convenio y que el fabricante considera necesaria para el correcto funcionamiento de los equipos.

Sobre el particular observa el tribunal:

En los anexos técnicos (fl. 639 del cdno. de pbas. 2) se expresa:

“NEC provee la documentación del sistema NCOM200E y sus actualizaciones”.

En el anexo 9 (Obligaciones técnicas de las partes, cdno. de pbas. 2 fl. 571) se indica entre las obligaciones del socio:

“— Entrenamiento y documentación para el correcto funcionamiento de los equipos suministrados”.

En el literal b) de la cláusula cuarta del convenio C-060-95, se estableció como obligación del Consorcio

“Entrenar y transferir los conocimientos necesarios al personal de Telecom que permita la operación, explotación y mantenimiento de los equipos. (…)”.

Por su parte, en el dictamen del perito en planta interna al contestar si la documentación mencionada en el cuadro 2 anexo, cumple con los requisitos del anexo técnico y si ella es suficiente para el correcto funcionamiento del sistema, teniendo en cuenta que los equipos se entregaron instalados y operando, el mismo contesto:

“La documentación relacionada por Teleconsorcio en el cuadro 2, anexo al cuestionario, cumple con los requisitos establecidos en el anexo técnico y es suficiente para operar y mantener el correcto funcionamiento del sistema bajo las condiciones mencionadas en la pregunta, es decir, que los equipos estén instalados y en condiciones operativas adecuadas ya que la instalación y soporte son obligaciones del asociado”.

Observa el tribunal que en razón a lo anterior, no prospera la petición de Telecom en esta materia.

8.2.14. Falta de protección en transmisión.

En el hecho centésimo noveno de la demanda de reconvención Telecom señaló que las reconvenidas se comprometieron a aportar protección en transmisión, preferiblemente 1+1 o interconexión en anillo, para concentradores remotos (ELU’s) con capacidad de 256 abonados telefónicos o más. Agrega que si bien las ELU’s con capacidad de 480 abonados fueron dotadas con protección en transmisión 1+1, dicha protección presenta deficiencias técnicas, pues en caso de falla por ruptura de fibra o falla en el equipo de transmisión, el tráfico cursado por el mismo se pierde, no puede ser mantenido, degradando de esta forma la calidad y continuidad del servicio. Igualmente, para el caso de las ELU’s con capacidad de 720 abonados, la protección suministrada para los 4 módulos correspondientes a los primeros 480 abonados, se comporta de forma similar a la descrita anteriormente, presentando deficiencias técnicas. Los dos módulos restantes, con 240 abonados, no cuentan con protección de ninguna clase, siendo necesario que en caso de ruptura de fibra, el personal de operación y mantenimiento tenga que desplazarse hasta el sitio para habilitar manualmente las fibras de reserva.

Por su parte, el Consorcio señala que la protección es para concentradores con capacidad para 256 abonados y no 240. Agrega que los equipos cuentan con el sistema de protección previsto en el anexo técnico. Además señala que se acordó dar una protección especial a las ELU´s de grandes clientes.

Sobre el particular observa el tribunal:

La solicitud de cotización establecía (num. 3.4.2. b) (fl. 151 cdno. de pbas. 1):

“Para concentradores de 256 abonados o más en la red de acceso se proveerá protección en transmisión, preferiblemente 1+1 o interconexión en anillo”.

Los anexos técnicos indican (anexo 6, num. 6.3, fl. 654 del cdno. de pbas. 2):

“Para concentradores de 256 abonados o más en la red de acceso se proveerá protección en transmisión, preferiblemente 1+1 o interconexión en anillo”.

En su dictamen, el perito de planta interna señaló (página 96):

“La protección descrita es del 100% para ELUs de 480 líneas, pero para ELUs de 720 líneas esta protección solo está habilitada para las primeras 480 líneas, es decir 240 líneas de este tipo de ELUs no cuentan con esta protección”.

Al ser preguntado sobre la protección que de acuerdo con el anexo técnico debía proveer el Consorcio, el perito, después de referirse al anexo 6, ya trascrito, precisó (página 100):

“Como puede observarse, el anexo técnico estableció que los concentradores de 256 o más abonados debían tener protección en transmisión. En cuanto al tipo de protección, el anexo estableció un requisito abierto en el que definió como las opciones preferibles, la configuración 1+1 o la interconexión en anillo”.

En sus aclaraciones al dictamen, el señor perito precisó (página 61):

“Conforme con lo anterior, los concentradores de 480 líneas y los de más de 480 líneas deben cumplir con las

condiciones establecidas para concentradores de 256 abonados. el convenio no establece condiciones espaciales para concentradores de más de 480 líneas. El convenio tampoco establece, para interconexión en anillo si la transferencia entre los dos lados del anillo debe ser manual o automática.

En concordancia con una aclaración solicitada por Teleconsorcio aclaró que en los concentradores de 720 línea de las centrales Progreso y Asturias, 240 líneas no tiene transferencia automática entre los dos lados de los anillos de fibra óptica, pero todos los módulos de línea de los concentradores, incluyendo las 240 líneas a las que me he referido, cuenta con protección a nivel de equipo por estar conectado a dos (2) interfaces de Transmisión Digital-DTI_ Esa protección de equipo también esta implementada en los concertadores de la central Marruecos".

Por ello afirma:

"Según la aclaración anterior, los concentradores de más de 480 línea de las centrales Progreso y Asturias cuenta con la protección de transmisión exigida en el anexo técnico del convenio...

Los concentradores de la central Marruecos tiene protección a nivel de equipo por medio de tarjetas DTI pero no están protegidos por anillos de fibra óptica".

Así mismo, el perito se refirió a la decisión del comité técnico del 24 de marzo de 1999 (acta que obra a fl. 130 del cdno. 10) para mejorar la protección de ELUs, sin que ello implicará una protección del 100% y señala (página 101):

"Telecom aceptó la propuesta inicial pero solicitó que en los equipos en sitios donde existían grandes clientes se implementara una configuración con una protección del 100% de los abonados".

Finalmente, el perito concluyó (página 101):

"Según lo observado durante las visitas efectuadas a la zona E, y de acuerdo con la información revisada en la estación Progreso, las modificaciones acordadas para habilitar la protección por medio de las DTI en los porcentajes descritos fueron efectuadas, sin embargo hasta el momento las partes no han llegado a un acuerdo sobre las ELUs modelo 720L correspondientes a grandes clientes y por tanto no hay ELUs 720L con protección del 100%".

De lo expuesto deduce el tribunal lo siguiente:

Los términos de referencia contemplaron que habría protección en transmisión y que la misma sería preferiblemente 1+1 o en anillo. Como lo anota el perito en planta interna, ello implicaba que no se definía por completo cuál era el sistema de protección a usar, por lo cual dicha protección no tenía que ser automática. Ahora bien, el perito precisó que las centrales de Progreso y Asturias estaban protegidas, pero que la central de Marruecos tiene protección a nivel de equipo.

Así las cosas, debe concluir el tribunal que desde este punto de vista no existe una desviación técnica. No sobra anotar que lo anterior es sin perjuicio de lo relativo al anillo de la central de Marruecos que se examina en otro aparte de esta laudo.

Ahora bien, en cuanto se refiere a la protección a los grandes usuarios, sobre la cual las partes se pronunciaron en el comité técnico del 24 de marzo de 1999, en la medida que las partes no han llegado a un acuerdo sobre la forma de mejorar las protección de las ELUs modelo 720L, es claro que tampoco puede hablarse de una desviación técnica.

8.2.15. Conectores FC-PC.

En los hechos centésimo undécimo y centésimo duodécimo de la demanda de reconvención Telecom señala que los conectores a ser instalados en el distribuidor de fibra óptica ODF de la central Progreso debían ser del tipo FC-PC. Sin embargo, las reconvenidas instalaron en el distribuidor de fibra óptica ODF de la Central Progreso, correspondiente a la conexión de las ELUs a esta central, conectores SC, que son de menor calidad y de características inferiores a los conectores FC-PC referidos en la solicitud de cotización y en la oferta de las

reconvenidas.

Por su parte, el Consorcio señaló que los conectores instalados garantizan el adecuado funcionamiento y que los mismos no son de calidad inferior o inferiores características a los previstos. Los conectores no han afectado el servicio y si hubiera una desviación sería desde le punto de vista económico y ella no supera los US 32.08.

Sobre el particular observa el tribunal:

En la solicitud de cotización se señala (3.4.5. Acometidas a Centrales. Pág. 141, fl. 152 del cdno. de pbas. 1):

“Los conectores en el distribuidor óptico deberán ser del tipo FC-PC”.

En los anexos técnicos (“Acometidas a centrales”) se indica (fl. 655 del cdno. de pbas. 2):

“Las acometidas a centrales tendrán las siguientes características:

— Los conectores en el distribuidor óptico deberán ser del tipo FC-PC”.

Finalmente, el anexo 8: garantías técnicas, literal a (fl. 567 del cdno. de pbas. 2) establece:

“Los equipos suministrados en todas sus partes integrantes serán exactamente los mismos descritos en la propuesta con las modificaciones que se pacten en el contrato, si fuera del caso, o su equivalente técnico”.

El señor perito de planta interna en la respuesta a la pregunta 38 formulada por Telecom expresó (página 36):

“Mediante visita efectuada a la central Progreso se constató que en el distribuidor de fibra óptica ODF de esta central no están instalados conectores del tipo FC-PC. Los conectores instalados corresponden al tipo SC”.

En las aclaraciones al dictamen pericial al contestar la pregunta de si los conectores SC corresponden a un equivalente técnico de los conectores FC-PC, señaló (página 163):

“De acuerdo con la información suministrada por Telecom mediante comunicación UC-JV-00483-04 no existen reportes de fallas debidas a los conectores SC utilizados en la central Progreso para interconectar las ELUs.

Para determinar si los conectores SC corresponden a un equivalente técnico de los conectores FCPC se revisaron las especificaciones de diferentes marcas...

Después de hacer referencia a las características de los conectores en las diferentes marcas respecto a los siguientes conceptos “insertion loss (dB)”, “Return loss” y “Durabilidad (ciclos)” precisó:

“El conector tipo SC se asegura a presión (push-pull) y el conector FCPC se asegura girando su cubierta metálica (screw thread).

De acuerdo con los datos que se aprecian en la tabla anterior, las características de funcionamiento a nivel óptico de los conectores SC y los conectores FCPC son equivalentes. En todos los casos revisados, los conectores SC y FCPC producidos por un mismo fabricante, tenían exactamente las misma especificaciones a nivel de pérdidas y durabilidad.

La única diferencia entre los conectores SC y FCPC es de tipo mecánico y las posibles ventajas o desventajas del uno sobre el otro dependen de las condiciones de instalación, por ejemplo, si se verán sometidos a vibraciones o a movimientos o tracciones mecánicas accidentales ya sea porque los conectores del distribuidor son manipulados con frecuencia o porque existe el riesgo de movimientos ocasionados por elementos o personas ajenas al operador telefónico”.

Así las cosas observa el tribunal que las especificaciones contemplaban que debía emplearse un determinado conector. Así mismo el anexo 8 disponía que podía utilizarse un equivalente técnico. Ahora bien, el señor perito advierte que las dos clases de conectores son equivalentes a nivel óptico, esto es en lo que se refiere a la transmisión de la señal óptica. Sin embargo, igualmente señala que existen diferencias de tipo mecánico y las

posibles ventajas dependen de las condiciones de instalación. En esta medida concluye el tribunal que existiendo una clara especificación y que los conectores instalados no son totalmente equivalentes a los previstos, debe concluir el tribunal que existe un incumplimiento.

Por consiguiente se condenará al Consorcio solucionar dicho incumplimiento.

Es pertinente señalar que en sus aclaraciones el perito advierte que "Para el cambio a FCPC es necesario cambiar el distribuidor y los patch cord instalados", por lo cual el costo es US$47,500.00 por el distribuidor y US$37.009,85 por el match cord y la instalación y pruebas.

8.2.16. Falta de protección en transmisión de los concentradores remotos (Red configurada en forma de árbol).

En los hechos centésimo décimo tercero y centésimo décimo cuarto de la demanda de reconvención Telecom afirmó que las reconvenidas se comprometieron a utilizar fibra óptica en la red de acceso desde las centrales hasta los concentradores y aportar protección en transmisión, preferiblemente 1+1 o interconexión en anillo, para concentradores remotos (ELU's) con capacidad de 256 abonados telefónicos o más. Adicionalmente, se comprometieron a canalizar todo cable que transporte 256 abonados o más, en los cruces de avenidas y también en todos los sitios que pueda indicar el manual de normas y especificaciones Técnicas para la construcción de redes telefónicas locales de Telecom. Lo anterior no se cumplió pues no existe protección en transmisión en los concentradores de la red dispuesta por Teleconsorcio en la zona de Marruecos, donde no se dispuso el esquema de anillo exigido por el anexo técnico, pues fue tendida con una topología de árbol, a diferencia de las zonas de Asturias y Progreso. Agrega Telecom que en el proceso de Teleconsorcio contra Radiotrónica se demandó y condenó a esta última Radiotrónica por no haber construido en esta forma la red. Por lo anterior solicita que se condene a Teleconsorcio al monto que el mismo había solicitado frente a Radiotrónica, esto es la suma de US$ 1'330.487.

El Consorcio manifiesta que atendió sus obligaciones teniendo en cuenta el alcance de las mismas y las condiciones de la zona y que, además, a pesar de no ser su obligación, trató de llegar a un acuerdo comercial con Telecom. Se refirió el Consorcio al peritaje de planta externa y señaló que el podía cumplir la protección de diversas maneras, de las cuales las preferibles eran la protección 1+1 o haciendo interconexión. En la medida en que existirían otras alternativas de protección se trata de una obligación alternativa en la cual la elección corresponde al deudor. Además, el perito de planta externa señaló las grandes dificultades que se presentarían para cerrar en forma canalizada el anillo de Marruecos. Finalmente, solicita que se descuente el valor en US$1.645.940 que corresponde al acuerdo al que llegaron las partes.

Sobre el particular observa el tribunal:

La solicitud de cotización —numeral 3.4.2 página 139, configuración de la red: (FTTR)— señala (fl. 150 del cdno. de pbas. 1):

"a) Se utilizará fibra óptica en la red de acceso desde las centrales hasta los concentradores.

b) Para concentradores de 256 abonados o más en la red de acceso se proveerá protección en transmisión preferiblemente 1 + 1 o interconexión en anillo".

El anexo 6 establece en su numeral 6.3 parte 2 (fl. 653 del cdno. de pbas. 2):

"Canalización. Se utilizará canalización siempre desde la central hasta los concentradores de capacidad igual o superior a 256 abonados. Adicionalmente en los cruces de avenidas y también en todos los sitios que pueda indicar el manual de normas y especificaciones técnicas para la construcción de redes telefónicas de redes telefónicas locales de Telecom.

(...).

Todo cable que transporte más de 256 abonados será canalizado".

El anexo 6, numeral 6.3 parte 3 dispone (fl. 654 del cdno de pbas. 2):

“Se utilizará fibra óptica desde la central de tránsito hasta las centrales locales, y de las centrales locales hasta los concentradores (ELU).

Para concentradores de 256 abonados o más en la red de acceso se proveerá protección en transmisión preferiblemente 1 +1 o interconexión en anillo”.

El perito de planta interna expresó en sus aclaraciones al dictamen (página 62):

“Los concentradores de la central Marruecos cuentan con protección a nivel de equipo pero los enlaces de fibra óptica utilizados para la transmisión están configurados en forma de “árbol” y por lo tanto no cuentan con el tipo de protección en anillo implementado en las centrales Progreso y Asturias, ni con otro diferente.

En consecuencia, los concentradores de la central Marruecos no cumplen con el requerimiento del aparte 3 del numeral 6.3 del anexo técnico 6 del convenio”.

El perito de planta externa en respuesta a la séptima pregunta formulada por Telecom, y después de citar los documentos, concluyó (página 20 del dictamen):

“En consecuencia se prevé la implementación de la protección de transmisión mediante la modalidad 1+1 o la interconexión en anillo con cables de fibra óptica canalizados.

Dichos anillos fueron debidamente implementados enlazando los respectivos concentradores con su central en Progreso y en Asturias, mas no en la central Marruecos.

Por lo tanto, desde el punto de vista del convenio y sus anexos, se había previsto que toda red de fibra óptica que enlaza los ELUs con su central matriz, emplearía la alternativa de anillo, incluyendo la central de Marruecos”.

En sus aclaraciones al dictamen, se le preguntó al señor perito de planta externa si en la zona correspondiente a la Central de Marruecos se podía realizar la interconexión en anillo en forma canalizada. A ello contestó (página 3):

“El perito procedió a recorrer la zona donde eventualmente podría cerrarse en forma canalizada el anillo de Marruecos y pudo constatar las inmensas dificultades que ello representa.

(...).

El perito considera que para superar las dificultades anotadas se requeriría proyectos especiales de ingeniería civil y de urbanismo, tales como la construcción de calles, senderos, etc. con todas las implicaciones jurídicas (compra de zonas), técnicas y económicas que ello representaría.

De no procederse de esa forma, sería posible construir subanillos en forma 100% canalizada y de manera similar a los subanillos construidos en las otras dos centrales de Progreso y Asturias que conforman la zona E.

Como una solución al problema planteado, según se deduce de la documentación mencionada en la repregunta de la cual se hace un resumen a continuación, Teleconsorcio propuso inicialmente el empleo de redes aéreas complementarias a las partes donde no se pudiese canalizar los cables de fibra óptica, solución que finalmente no se aceptó ni implementó, pues el anexo técnico exige canalización total, excluyendo las soluciones aéreas para estos enlaces de fibra. Finalmente terminó proponiendo que se le descuente de la inversión el valor de ese cerramiento.

Por su parte Telecom analizó las soluciones planteadas, incluyendo la del descuento, e incluso, como se anotó anteriormente, llegó a formular un derrotero legal para proceder a ello, el cuál finalmente no se surtió.

Durante el proceso, las partes llegaron a suscribir un acuerdo técnico sobre la identificación y cuantificación de la obra no ejecutada en Marruecos, el cual se incluye en este informe como anexo 7”.

De lo anterior se desprende que existía la obligación de construir el anillo en la Central de Marruecos. Ahora bien,

como se dijo, en su alegato de conclusión Telecom solicitó que se condenara al Consorcio en el mismo valor que fijó el tribunal arbitral que dirimió la controversia que existió entre el Consorcio y Radiotrónica, esto es, a la suma de US$1.330.487. Sin embargo, en el cuadro al final de su alegato se refirió a la cifra de US$1.645.939.8. Por su parte, el Consorcio en su alegato aceptó pagar el valor correspondiente y se remitió a la cifra fijada por las partes de US$1.645.939.8. La diferencia entre la primera y la última cifra radica en que en esta última se incluye el valor de la fibra de reserva, que también debía suministrar el Consorcio, tal y como se aprecia en la página 64 de las aclaraciones al dictamen de perito de planta interna. Desde este punto de vista considera el tribunal que debe condenarse a pagar la suma de US$1.645.939.8.

8.2.17 La red del convenio se encuentra instalada sobre postes de energía.

En los hechos centésimo décimo quinto a centésimo vigésimo sexto de la demanda de reconvención Telecom afirma que la red para algunos de los abonados, los alambrados entre la caja y el sitio del cliente y los sistemas de descarga a tierra en las estaciones celulares (CS) instalados por las reconvenidas se encuentran apoyados en postería de Codensa, persona jurídica diferente de las partes del convenio C–060–95. Señala que el Consorcio adoptó esta solución sin consultar con Codensa, sin pedir permiso a Telecom y sin escoger entre las diferentes alternativas que establecía el convenio y que podía utilizar, esto es, bien sea construir sus propios postes o subterranizar. el Consorcio acudió a esta alternativa, cuando debía haber previamente agotado las otras. Agrega que Telecom había advertido sobre el riesgo de utilización ilegal de la infraestructura y no sabia de tal hecho hasta que llegó la queja de Codensa. Igualmente expresa que el convenio para el uso de los postes solo se celebró con posterioridad al uso de los mismos. Precisa que con esta solución se impuso una carga adicional para Telecom a la terminación del convenio, pues en dicho momento la Empresa debía recibir toda la infraestructura en funcionamiento, junto con los derechos adquiridos por el Consorcio, sin tener que preocuparse por la relación entre el tercero y la parte de la red allí dispuesta. Advierte que la solicitud de cotización indica que la instalación debía hacerse de acuerdo con el manual de normas y especificaciones técnicas para la construcción de redes telefónicas Locales de Telecom, el cual señala que en lo posible no deberán usarse los postes de la energía eléctrica y en ningún caso los postes para luminarias.

Concluye pidiendo que se ordene al Consorcio instalar los postes y que donde no pueda, se garanticen los derechos de Telecom a utilizar los postes por el término de la vida útil de la infraestructura.

El Consorcio señala que existe un convenio suscrito con Codensa del cual Telecom tiene pleno conocimiento. Además, Telecom participó, conoció y consintió a lo largo del convenio en los diferentes medios que utilizó el Consorcio para instalar la infraestructura. Expresa que es cierta la obligación de atender lo dispuesto en el Manual de Normas y Especificaciones Técnicas de Telecom, así como se debe acatar la reglamentación Distrital sobre el uso del espacio público y redes de servicios públicos. Expresa que solo unas semanas antes de terminar el convenio, Telecom le hizo saber al Consorcio su intención de descontar del valor de rescate los valores futuros en que Telecom deba incurrir para usar la infraestructura. Ello impone una obligación ilimitada e irredimible y desconoce la única obligación que de acuerdo con el convenio tiene el Consorcio de ceder saneados los contratos a Telecom.

Sobre el particular observa el tribunal:

La solicitud de cotización indica en el numeral 3.6, inciso c, denominado “adquisición de lotes para la construcción de obras civiles”, lo siguiente (fl. 176 del cdno. de pbas. 1):

“Para este proyecto, el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de adquirir en forma directa los lotes en donde se hayan de construir las nuevas obras civiles que se requieran. Asia (sic) como la consecución de permisos en los inmuebles que sea necesario para la installation (sic) de concentradores si es el caso”.

Ahora bien, el convenio C-0060-95 en su cláusula tercera dispone:

“Con el fin de prestar los servicios de telecomunicación de que trata este convenio, las partes acuerdan que el Consorcio pondrá a disposición de Telecom las facilidades por él ofrecidas, incluidos los equipos de conmutación, transmisión, interconexión, electromecánica, equipos complementarios, redes externas e infraestructura que sea

requerida para el fin señalado. Tales facilidades podrán ser instaladas donde sea necesario, ya sea en predios de propiedad de Telecom o de Terceros. En este último evento se dará cumplimiento a las normas legales relativas a la utilización de espacios públicos y a las estipulaciones que declaran el establecimiento de las redes de Telecomunicaciones motivo de utilidad pública e interés social".

En la cláusula cuarta del convenio, relativa a las obligaciones del Consorcio, se dispuso en el ordinal l):

"l) Transferir la propiedad y demás derechos a Telecom a la terminación del convenio por el valor establecido en el anexo financiero de todos los bienes muebles e inmuebles, de las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos".

La cláusula séptima establece como derechos de Telecom:

"Telecom tiene los siguientes derechos: (…) h) A que se viertan a su patrimonio todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas y obtenidas por el Consorcio en las condiciones y plazos establecidos en este convenio y en el anexo financiero" .

El perito en planta externa señaló en su dictamen (página 4):

"Después de una inspección a la planta externa, construida en cumplimiento del convenio en referencia, se pudo constatar el empleo de postes pertenecientes a la red de distribución de energía eléctrica para soportar algunas líneas de abonado (de un par 2*18 AWG) en la mayoría de los ELUs".

El perito utilizó tres métodos para calcular el número de postes que arrojaron resultados distintos y, finalmente, calculó en 10.799 los postes ocupados (página 13 del dictamen). En el informe de aclaraciones al dictamen, el perito manifestó que había encontrado una inconsistencia en el método de cálculo de su informe inicial y precisó que el número de postes era de 10.961 (página 35 de las aclaraciones al dictamen).

Igualmente se refirió a la correspondencia relativa a la ocupación de los postes y a que por ello "Codensa y Teleconsorcio suscribieran un contrato (Nº SGC-019 firmado el 25 de septiembre de 2001) regularizando así esta situación; el mismo que se prorrogó mediante otrosí del 5 de diciembre de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2004".

En la 38ª reunión del comité de coordinación celebrada el 27 de abril de 2001, se expresó (fl. 1550 del cdno. de pbas. 4):

"Teleconsorcio se encuentra en conversaciones con Codensa con el fin de llegar a un acuerdo para evitar el corte del servicio por el uso de dicha infraestructura".

En las actas 40 y 41 del comité de coordinación se expusieron las posiciones antagónicas de las partes sobre la autorización para el uso de los postes de Codensa (fls. 1578 a 1579 y 1601 del cdno. de pbas. 4). A tal efecto Telecom señalaba que no se había aprobado por ella el uso de la infraestructura de Condensa, pero que una vez iniciado el servicio no se puede desconectar al usuario. Agregó que la solución del problema radica en el asociado y que en todo caso ella solo debe pagar el valor de rescate y no puede asumir obligaciones contraídas por Teleconsorcio para instalar los equipos. Teleconsorcio señaló que se estaba firmando el contrato de arrendamiento y solicitaba que se le diera el mismo tratamiento que a Nortel en esta materia.

Por su parte, el ingeniero Arlindo Rakúe, quien trabajó para el Consorcio, en su declaración ante el tribunal expresó que en los diseños solo se contemplaba postería de Teleconsorcio, pero que en Bogotá hay una gran saturación de postes y no hay espacio para hincar postes nuevos. Agregó que un decreto prohíbe hacer postes en estrato 4 y en las zonas principales y muchas comunidades se quejaban porque tenían muchos postes. Igualmente precisó que Telecom tuvo conocimiento del uso de los postes por la queja de Codensa.

"Dr. Araque: usted mencionó en algunas preguntas que se le hicieron, que Teleconsorcio utilizó postería de

Codensa.

Sr. Rakue: sí.

Dr. Araque: y también nos dijo que había unos diseños preliminares, cuéntenos por favor, si en esos diseños preliminares estaba contemplado que el Consorcio utilizaría precisamente una postería de Codensa o no estaba.

Sr. Rakue: no. En los diseños solo está constando la postería de Teleconsorcio.

Dr. Araque: solamente.

Sr. Rakue: solamente.

Dr. Araque: no estaba la de Codensa?

Sr. Rakue: no".

Así mismo señaló:

"Sr. Rakue: la presión de Telecom es que nosotros teníamos que construir toda la infraestructura nueva, pero aquí en Bogotá en temas de postes, principalmente en zona sur el espacio público está muy saturado; no hay espacio para hincar postes nuevos. Hay un decreto del IDU que creo fue el 1192, donde prohíbe hincar postes en estrato 4 y en las zonas principales y muchas comunidades se quejaban porque ya tenían muchos postes en la calle".

Igualmente expresó:

"Dr. Araque: y en esta decisión de hacer el contrato que dice usted que hizo el Consorcio con Codensa para utilizar la postería de Codensa, tuvo algún conocimiento Telecom al respecto o no lo tuvo?

Sr. Rakue: sí, Telecom tuvo conocimiento porque la primera queja de la Empresa de Energía llegó a Telecom, no directamente a Teleconsorcio y Telecom en un comité se manifestó sobre este tema y Teleconsorcio contestó diciendo que estaba en conversaciones y finalmente firmó contrato y este fue discutido en varios comités.

Dr. Araque: lo del contrato con Condensa?

Sr. Rakue: sí.

Dr. Jaramillo: sobre la respuesta inmediatamente anterior usted utilizó la expresión "cuando llegó la primera queja de la Empresa de Energía" podría explicar o precisar un poco eso a qué obedece, habida cuenta de que usted nos habla de unos contratos de utilización de postes de Codensa?

Sr. Rakue: no, la queja no llegó directamente a Teleconsorcio, llegó a Telecom y Telecom nos manifestó que había quejas de Codensa.

Dr. Jaramillo: usted sabe cuál era el origen o la razón de ser de las quejas de Codensa?

Sr. Rakue: yo creo que Codensa quería cobrar arriendo del uso de los postes, porque antes de Codensa que era Empresa de Energía de Bogotá nunca hubo queja.

Dr. Suescún: por qué ustedes inicialmente utilizaron los postes sin tener contrato, cuando reaccionó Codensa, entonces se hizo contrato de arrendamiento pero entiendo que eso fue lo que ocurrió.

Sr. Rakue: sí, exacto".

Así mismo, el ingeniero Juan Francisco Salazar expresó (fls. 319 y ss. del cdno. de pbas. 16A) que se utilizaron postes de Codensa, sin ninguna autorización, lo cual podría afectar la continuidad del servicio y que Teleconsorcio llegó a un acuerdo con Codensa para el uso de los postes.

"Dra. Monroy: sabe si existen postes pertenecientes a cortes de energía eléctrica que son utilizados para soportar

esa infraestructura de convenio?

Sr. Salazar: sí, recuerdo que en algún momento recibimos algunas comunicaciones de Codensa informándonos que existían redes operadas por nosotros, por Telecom en su momento que estaban apoyándose sobre postes de la energía y ellos nos reclamaban esta situación porque en ese momento no existía ningún tipo de autorización por parte de esa empresa para que Telecom o algunos de sus asociados en este caso Teleconsorcio usara su infraestructura de postes para apoyar líneas telefónicas sobre ellos".

"(...).

Dra. Monroy: teniendo en cuenta lo que nos comentaba antes de postes y edificaciones de terceros, eso podría de alguna manera afectar la condición de independencia de la red?

Sr. Salazar: sí, sobre todo la continuidad del servicio de manera permanente al estar parte del servicio montado sobre instalaciones de terceros, en este caso por ejemplo las instalaciones de controladores remotos o la poste… de la red de Codensa entonces estaríamos en este momento dependiendo de terceros que podrían en un momento afectar en algún momento la continuidad del servicio o las condiciones de ese uso de esa infraestructura podía estar afectando las condiciones o la continuidad del mismo servicio en este caso un servicio público domiciliario".

Dr. Suárez: sabe si Telecom autorizó a otros operadores en Capitel para utilizar la infraestructura de los postes de Codensa en desarrollo del proyecto Capitel?

Sr. Salazar: no sé, desde que estuve al frente de la gestión de la técnica de los *joint venture* no se dio esa autorización como un mecanismo definitivo o como un mecanismo que solucionara de lleno la situación del uso de la postería o de la infraestructura de terceros por parte de la red que prestaba el servicio, lo que pretendía el convenio era que hasta donde fuera realmente posible utilizara infraestructura propia para prestar el servicio de tal manera que la dependencia de terceros fuera mínima, creo, recuerdo que esa era la intención de no tener que depender de terceros y mucho menos desde un comienzo hacer un uso de infraestructura de terceros de manera no autorizada como en efecto fue lo que nos reclamó en su momento Codensa y por esa situación ellos en algún momento cuando hacían sus auditorías de uso de sus redes o bajaban los cables hacían uso no autorizado de su postería como en efecto ocurría para el caso de la zona E del convenio.

Dr. Suárez: tiene conocimiento si entre Codensa y Teleconsorcio se llegó a un acuerdo que se cristalizó en un contrato para la utilización de postes?

Sr. Salazar: recuerdo que al hacer nosotros la reclamación a Teleconsorcio sobre el uso de postería de Codensa y nosotros plantear la necesidad de tener una red autónoma que permitiera de una manera autosuficiente la prestación de servicio sin depender de terceros pues Teleconsorcio planteó como alternativa propia el de llevar a cabo o suscribir un contrato para el uso de esa infraestructura con la misma Codensa".

Dr. Suárez: sabe cuáles eran los costos del servicio de postería que prestaba Codensa para las redes del Consorcio más o menos?

Sr. Salazar: no sé, no lo recuerdo, pero creo que tenía un valor por poste utilizado y un valor por metro de canalización utilizada, creo que lo que utilizaba Teleconsorcio principalmente eran postes, no estoy seguro si era un valor así como de 3.000 o de un dólar y medio, no se si estaba en pesos o en dólares, pero un valor así como $3.000 ó $4.000 por poste utilizado, creo que esa era la relación.

Dr. Jaramillo: esa cifra era por mes?

Sr. Salazar: por mes".

De las pruebas a las que se ha hecho referencia concluye el tribunal lo siguiente: el convenio contempló la posibilidad de que las facilidades se instalaran en bienes de propiedad de Telecom o de un tercero. Lo anterior siempre y cuando se cumplieran las normas legales aplicables. Es por ello que al finalizar el contrato se contempló que se transferirían a Telecom los derechos que hubiera obtenido el Consorcio para el desarrollo del convenio. Los

documentos contractuales no establecen la obligación para el Consorcio de adquirir en todos los casos los derechos de dominio sobre los bienes en los cuales se instalarían las facilidades para prestar los servicios objeto del convenio. Si bien la solicitud de cotización contemplaba la adquisición en propiedad de los lotes donde se habría de construir o instalar la infraestructura, lo cierto es que dicha regla no necesariamente se refería a los postes, y en todo caso, la cláusula tercera del convenio otorgaba la posibilidad de que se instalaran dichas facilidades en terrenos de propiedad de Telecom o de terceros. Solución que igualmente es aplicable a los postes.

Así las cosas, en la medida en que el contrato contemplaba la posibilidad de que se instalaran las facilidades en terrenos de tercero, ello implicaba, por consiguiente, que Telecom debía asumir las consecuencias futuras de dichas relaciones.

Ahora bien, es claro que en la medida en que el convenio facultaba al Consorcio para realizar la instalación bien en terrenos de Telecom o de Terceros, el mismo podía acudir a dicha opción y su elección solo podría ser cuestionada si abusaba de dicho derecho o violaba el principio de buena fe. Sin embargo en el proceso no hay prueba de que haya existido dicho abuso ni tampoco que se haya actuado en contra del principio de la buena fe. En efecto, no se probó que se haya ejercido dicha opción con una finalidad distinta a aquella para la cual estaba prevista, que se haya optado por dicha vía sin ninguna justificación distinta a generarle una erogación a Telecom, o que el Consorcio no se haya comportado como persona prudente y diligente. Por el contrario el perito de planta externa considera normal el uso de postes de otras empresas para estos efectos. Tampoco se probó que las condiciones de dichos convenios fueran particularmente gravosas para Telecom.

Es claro de otro lado, que el Consorcio inicialmente violó el convenio, pues en una primera etapa realizó las instalaciones sin autorización de Codensa. Sin embargo, dicha situación fue corregida a través de un convenio que fue firmado posteriormente. Como quiera que la pretensión de la demanda va originada a que se cumpla el convenio y en caso de que ello no sea posible se indemnicen los perjuicios, y no aparece que se hubieren causado perjuicios por esta causa no hay lugar a disponer una indemnización de perjuicios.

8.2.18. El asociado no ha entregado los permisos de Planeación Distrital para instalar las estaciones celulares.

En el hecho centésimo décimo quinto de la reforma a la demanda de reconvención señaló Telecom que el asociado no ha entregado los permisos necesarios otorgados por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital para la instalación de las estaciones celulares.

El Consorcio argumentó, en la contestación al hecho centésimo décimo quinto de la demanda de reconvención, que cumplió con sus obligaciones de acuerdo con las limitaciones técnicas y jurídicas que imponían las normas distritales, todo ello con el conocimiento y anuencia de Telecom. En su alegato precisó que no se requería permiso de Planeación Distrital para la instalación de las estaciones celulares en predios privados.

Desde este punto de vista observa el tribunal que en el proceso no hay ninguna prueba sobre la necesidad de dichos permisos celulares, por lo cual ante la ausencia de prueba no puede el tribunal imponer condena. No sobra recordar que de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil el texto de las normas no nacionales debe probarse en el proceso.

8.2.19. El Consorcio incumplió con su obligación de subterranizar parte de la red, en desarrollo de las normas distritales.

Después de hacer referencia a las normas distritales señala Telecom que al Consorcio, (hechos centésimo vigésimo séptimo y siguientes de la demanda de reconvención) debía subterranizar parte de la red construida en ejecución del convenio C-060-95, concretamente aquella parte detallada en el listado I –el cual se anexó a la demanda de reconvención reformada– y aquella que las entidades del distrito ordenaran subterranizar, hasta tanto la propiedad de la infraestructura fuera transferida a Telecom. No obstante, el Consorcio no subterranizó la parte de la red que debía ser subterranizada, razón por la cual, para mantener la continuidad en la prestación del servicio, Telecom tuvo que adelantar dicha labor. Agregó Telecom que contractualmente correspondía al Consorcio instalar y poner a disposición de Telecom la red para la prestación del servicio, y mantener la propiedad de esa red hasta la

terminación del convenio, de tal forma que durante el término de ejecución del convenio esa red cumpliera con las normas que permitieran su normal explotación por parte de Telecom, entre ellas las disposiciones relativas al uso del espacio público. Por ello, si parte de la red no cumplía con las normas sobre utilización del espacio público, y era necesario adelantar obras civiles –canalizaciones– para dar cumplimiento a tales normas, era deber del Consorcio realizar esas obras. Por todo lo anterior, el Consorcio debe reembolsar a Telecom los gastos en los que esta incurrió por la subterranización de la red, y debe subterranizar aquellos tramos que son obligatorios en virtud de las normas distritales, hasta que transfiera la propiedad de la infraestructura a Telecom.

Por su parte, el Consorcio al contestar la demanda de reconvención aceptó que eran ciertas las normas distritales invocadas por Telecom. Adicionalmente advirtió que el Consorcio inició la instalación de las redes de conformidad con las normas y especificaciones vigentes de Telecom Además advierte que en los estratos a que se refiere el decreto invocado por Telecom en la zona E, la red se encuentra canalizada. Expresa que el Decreto 619 de 200(sic) y la Resolución 033 del 26 de enero de 2001 del IDU entraron en vigencia después de la construcción y aceptación de las obras por parte de Telecom. Agrega que Telecom dispone de un plazo de 10 años para subtarrenizar la red y ya celebró un acuerdo con el distrito para tal efecto. Expresa que no le consta la exigencia de subterranización por parte del IDU ni que Telecom haya procedido a hacerlo. Además, la obligación de subterranización recae sobre el operador y cuando se profirió la resolución del Idu la red se encontraba construida y en operación. Señala que el anexo financiero no prevé ninguna inversión adicional para acometer la modificación de la red, y no sería acorde con la equidad que el Consorcio deba hacer gratuitamente los trabajos necesarios para cumplir la nueva reglamentación. Además, tampoco se puede señalar que Teleconsorcio deba realizar las obras porque esta en mora, porque no puede haber mora si en la tesis de Telecom lo que hay es una opción para que esta adquiera los bienes.

Sobre el particular observa el tribunal lo siguiente:

Como se observa, la tesis central de Telecom consiste en que en la medida en que el Consorcio debía proveer la infraestructura y era propietario de ella el mismo debía asumir el costo de subterranización.

Desde este punto de vista considera necesario observar el tribunal que el numeral 8.2. del anexo técnico (fl. 660 cdno. de pbas. 2) dispone:

“No se instalarán cables aéreos mayores de 200 pares ni combinación que los supere”.

Lo anterior implica que contractualmente estaba previsto instalar cables aéreos hasta del límite fijado en dicho anexo.

Por consiguiente el tribunal debe precisar la forma como entraron en vigencia las normas que dispusieron la obligación de subterranizar las redes, en la medida en que ellas implicaban una variación frente a lo dispuesto en el convenio.

En primer lugar, el Decreto 1192 de 1997 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, dispuso en su artículo 13 que:

“A partir de la vigencia del presente decreto toda nueva red que comprenda los sistemas de distribución, transmisión y acometida de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y Telecomunicaciones en barrios correspondientes a zonas de conservación histórica y a los estratos 4, 5 y 6, deberá hacerse en forma subterránea. Igualmente está prohibida la instalación de postes para la conducción de redes en los andenes o separadores de las avenidas y vías arterias”.

Posteriormente el artículo 3 del Decreto Distrital 527 del 4 de junio de 1998 dispone que:

“El Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, mediante reglamento establecerá el mecanismo de reposición de las redes aéreas por subterráneas, al cual deberán sujetarse las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de Telecomunicaciones. Dicho proceso de reposición deberá llevarse a cabo en un plazo que no podrá exceder de diez (10) años”.

El artículo 167 del Decreto 619 de 2000, mediante el cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de

Bogotá, señala que:

“La subterranización de cableado deberá hacerse a través de canalizaciones o cárcamos. Estas canalizaciones o cárcamos serán construidos por las empresas prestadoras de servicios públicos o por cualquiera otra entidad pública o privada.

La red subterránea, los cárcamos y las canalizaciones son de propiedad de la empresa que los construya.

PAR. 1º—El Departamento Administrativo de Planeación Distrital, DAPD, con el apoyo del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, expedirá la reglamentación técnica para el diseño y construcción de las canalizaciones o cárcamos y para la preparación y aprobación de programas de subterranización, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de este plan. Para tal efecto, la administración distrital consultará a las empresas de servicios públicos, a las empresas comercializadoras de servicios públicos y a las entidades distritales que adelanten obras que impliquen intervención en el espacio público.

PAR. 2º—Las empresas de servicios públicos, las empresas comercializadoras de servicios públicos y las entidades distritales que adelanten obras que impliquen intervención en el espacio público presentarán para consideración y aprobación del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, un programa de subterranización de las redes, en un plazo de un año a partir de la expedición de la reglamentación de que trata el parágrafo anterior.

Los proyectos de subterranización que cuenten con licencia de excavación sobre espacio público al momento de la entrada en vigencia de la reglamentación estipulada en el parágrafo anterior, se podrán continuar ejecutando de acuerdo con la reglamentación vigente al momento de iniciarse los proyectos.

PAR. 3º—Las empresas de servicios públicos, las empresas comercializadoras de servicios públicos y las entidades distritales que adelanten obras que impliquen intervención en el espacio público, deberán tener subterranizada al final de la vigencia del presente plan, el 35% del cableado sobre el sistema vial y sobre los componentes del espacio público construido, meta que incluye el 100% del cableado sobre la malla vial arterial principal y complementaria. No se exigirá subterranización de las acometidas a los usuarios ni de las redes eléctricas de nivel IV”.

El numeral 8.1 del anexo 6 del anexo técnico (fl. 657 del cdno. de pbas. 2) establece:

“En la oficina de planeación distrital el asociado se puede consultar la siguiente información:

a) Ordenanzas, normas de estética y ornato público, que rigen las instalaciones de los servicios públicos y privados.

b) Normas y criterios para la reconstrucción de calzadas y andenes.

c) Permisos de construcción.

Planes de desarrollo urbanístico”.

En el numeral 9º del anexo 6 (fl. 661 del cdno. de pbas. 2) se señala:

“El asociado tramitará todos los permisos necesarios para la construcción de redes de acceso y red de abonado durante la etapa de elaboración de los proyectos”.

En su declaración ante el tribunal el ingeniero Juan Francisco Salazar expresó lo siguiente en esta materia (fl. 333 verso del cdno. de pbas. 16A):

“Dr. Suescun: en la zona E esto tenía un tratamiento especial o distinto a las otras zonas que entiendo tenían que hacer todas sus redes subterráneas, en otros estratos no se permitía el uso de postes?

Sr. Salazar: el tema de la subterranización de redes fue un tema general para todo Bogotá frente al decreto de subterranización de redes que fue soportado por el plan de ordenamiento del distrito que no recuerdo si fue a partir

del año 98, 99 ya no permitió la construcción de redes aéreas en estratos 4, 5 y 6 y no residencial pero que adicionalmente implicaba subterranizar las redes de las vías principales y secundarias en un plazo de 10 años, desde el año 99 ó 00 hasta los siguientes 10 años que me imagino que eran en el año 2010, eso es digamos una discusión general que efectivamente también afectó este convenio, incluso recuerdo que frente a la necesidad o la solicitud del IDU en su momento de hacer la subterranización o de bajar algunas redes a un estilo subterráneo y a la negativa en este caso del asociado Teleconsorcio de hacer esa subterranización pese a ser una solicitud o casi una obligación, un requerimiento del IDU tuvimos nosotros como Telecom con presupuesto de Telecom hacer ese tipo de subterranización y recuerdo que también en la zona E lo hicimos sobre todo en vías arteriales y principales, principalmente en los sectores de Transmilenio porque recuerdo que en los sectores de Transmilenio el IDU nos solicitaba que esas redes se suberranizaran para que sus adoquines estuvieran libres de cables de distribución efectivamente".

Desde este punto de vista considera el tribunal que en principio la red que debía construir y entregar el Consorcio era aquella que se había previsto en el momento del contrato, con todo aquello que fuera necesario para prestar el servicio. Ahora bien, de acuerdo con las normas distritales, a las que se ha hecho referencia, las redes debían se subterranizadas en un plazo de diez años. En esta medida, al vencimiento del convenio no existía la obligación de subterranizar, por lo cual no podría imponérsele al Consorcio dicha obligación. Si bien se ha señalado que Telecom procedió a subterranizar a petición del IDU. No está claramente acreditado por qué debió hacerlo. Adicionalmente no está tampoco probado cuáles fueron las obras que debió realizar y su costo.

Por todo lo anterior no se accederá a la pretensión de Telecom.

8.2.20. Instalación en barrios no legalizados.

En los hechos centésimo cuadragésimo a centésimo cuadragésimo tercero de la demanda de reconvención Telecom afirma que el Consorcio instaló redes en barrios no legalizados, lo cual implica una contravención al convenio. Advierte Telecom que la conducta del Consorcio puede traer como consecuencia que las autoridades distritales ordenen el levantamiento de la red construida en los barrios no legalizados, con la correspondiente reubicación de la misma atendiendo a las disposiciones sobre planeación urbana, en el caso en que tales barrios sean legalizados y el trazado de sus zonas de espacio público varíe frente a las actuales. Adicionalmente, las autoridades del distrito podrían imponer a Telecom multas por la construcción de red para la prestación del servicio en zonas ilegales. Advierte Telecom que ante la solicitud de Telecom de no continuar con la instalación de líneas en barrios no legalizados (comité de coordinación 21), el Consorcio consideraba que era necesario que Telecom le pagara, como inversión adicional, los gastos en los que ya había incurrido por la instalación de la red en barrios no legalizados y la reorientación de la misma hacia otros sectores. Frente a la posición del Consorcio en el comité de coordinación 21 y teniendo en cuenta que como prestador de un servicio público Telecom tenía la obligación de prestar el servicio a quien lo solicitara, si existía la disponibilidad técnica para ello, Telecom señaló que en su opinión, si ya se encontraba hecha la inversión en los barrios no legalizados, esta debía terminarse de ejecutar, pero que no debían construirse más líneas en barrios no legalizados. Por lo anterior solicita que se ordene al Consorcio que: (i) en caso de ser necesario reubicar la infraestructura que construyó en barrios no legalizados de la zona E, asuma los costos de dicha reubicación y que, (ii) en caso de que sean impuestas multas a Telecom por la construcción de infraestructura en barrios no legalizados de la zona E, asuma el valor de tales multas.

Por su parte el Consorcio señaló que las instalaciones en barrios no legalizados fueron realizadas con conocimiento y beneplácito de Telecom y en algunos casos por instrucciones de la misma. Igualmente afirma que el Consorcio tramitó a través del subcontratista los permisos requeridos para la construcción de la red externa. Además, Telecom aprobó los diseños y exigió un cubrimiento del 100% de la zona E. Afirma el Consorcio que en la reunión del comité de coordinación llevado a cabo el 21 de julio de 1998 (acta 21) las partes precisaron las acciones a seguir con relación a la suspensión de instalaciones en barrios no legalizados. Telecom opinó que si la inversión ya se ha hecho, se debía continuar y solo debería suspenderse donde no exista inversión, pero garantizando la forma de hacer llegar las facturas a los suscriptores. Expresa el Consorcio que de los barrios no legalizados solo dos han recibido negativa de legalización. Destaca que la instalación en esos barrios fue prohijada por Telecom que ha venido prestando el servicio y facturando, como se desprende de diversos testimonios. Adicionalmente señala el Consorcio que no se acreditó el perjuicio que se haya causado Telecom.

Sobre el particular considera el tribunal:

El numeral 3.4.10 de la solicitud de cotización, imponía al Consorcio:

“El contratista debe efectuar las diligencias para obtener todos los datos en las instituciones y organismos públicos o privados que en forma directa o indirecta, definen, estudian o planifican el desarrollo económico y demográfico de la ciudad.

En la oficina de Planeación Distrital o competente se puede consultar la siguiente información:

“Ordenanzas, normas de estética y ornato público, que rigen las instalaciones de los servicios públicos y privados.

Normas y criterios para la reconstrucción de calzadas y andenes.

Permisos de construcción.

Planes de desarrollo urbanístico.

Plan piloto de la ciudad que contenga los planes viales futuros (esta información indicará la manera de orientar la red canalizada de tal forma que no interfieran con el desarrollo de este plan.

Estudios socio-económicos recientes y actualizados de la zona”.

Igualmente, el numeral 3.4.11 de la solicitud de cotización indicaba que era un deber del Consorcio la obtención de los permisos y licencias necesarios para la instalación de las líneas.

Adicionalmente, en el anexo técnico (fl. 661 del cdno. de pbas. 2) se dice:

“El asociado tramitará todos los permisos necesarios para la construcción de redes de acceso y red de abonados durante la etapa de elaboración de los proyectos”.

De lo anterior deduce el tribunal que le correspondía al Consorcio obtener de las autoridades distritales la información sobre la situación de la zona donde debían realizarse las instalaciones y por ello conocer cuáles barrios no eran legalizados. Así mismo, debía realizar los trámites necesarios para obtener los permisos pertinentes, lo cual igualmente le imponía conocer la situación de los barrios.

Ahora bien el perito de planta externa expresó (página 21):

“De los documentos revisados se encontró que de los 15 barrios donde Teleconsorcio construyó red telefónica y sobre los que existían dudas sobre su legalización, a la fecha de elaboración de este informe, tres (3) ya contaban con su respectiva legalización, otros nueve (9) estaban un proceso de legalización cuyos trámites están más o menos avanzados, uno no figura en forma independiente, que se le puede considerar en trámite por las razones anotadas a continuación, y dos (2) negadas:”.

Posteriormente en la página 23 indica:

“De no lograrse la legalización de alguno de estos barrios que están en trámite se corre el riesgo de:

1. Que Planeación Distrital obligue a modificar el trazo de las vías, las características de las mismas o el diseño en general del barrio como condición para proceder a su legalización. En ese caso se deberá mover la parte de la red que se vea comprometida para adecuarla a las nuevas exigencias que eventualmente se impongan. Como se puede observar el número de pares en cada barrio no es significativamente grande.

2. Que las entidades respectivas ordenen el desalojo de todo el barrio o de parte de el, generalmente ocurre cuando está en área de alto riesgo. En ese evento se deberá retirar la parte de la red comprometida”.

Señala el perito que (página 81):

“1. Los barrios: La Playa y Playa I (que conforman el mismo sector) están construidos en el área que Planeación

Distrital denomina “La Playa” fue declarado dentro de la ronda técnica del río Tunjuelito desde 1985 por Resolución 019 de la EAAB en consecuencia fue negada su legalización a través de la Resolución 1126 de diciembre 18 de 1996 a pesar de que dicha empresa ha adelantado extensos trabajos de canalización del Río Tunjuelito, ha construido a lo largo del río alamedas y ciclovías y que el barrio está consolidado, continua negando la modificación de la resolución referida hasta no ejecutar obras adicionales para regulación del río, tales como la represa de Cantarana”.

Agrega el perito que:

“De las averiguaciones respectivas, se puede concluir que los barrios anteriormente enumerados, que se encuentran en período de legalización, cuentan con los servicios públicos básicos domiciliarios e incluso algunos de ellos, por ejemplo El Refugio I ya obtuvieron un concepto de las empresas de servicios públicos, y todos, en un mayor o menor grado han presentado a Planeación Distrital la documentación, y planos pertinentes, habiendo avanzado en el proceso de legalización unos más que otros”.

En sus aclaraciones al dictamen, el perito manifestó lo siguiente acerca de si Telecom había aprobado los diseños para construir en barrios no legalizados y si prestaba y facturaba el servicio en estos barrios (página 7a):

“El perito no encontró documento alguno proveniente de Telecom que las rechazara durante el período de diseño, aprobación de los mismos y construcción de las redes, como tampoco aparece anotación alguna al respecto en los certificados de aceptación. Es más, se encontró que emitió órdenes de servicio para instalar líneas en esos barrios de acuerdo a las solicitudes que le llegaron, dio servicio a esas líneas y las está facturando normalmente”.

De lo anterior resulta entonces que la instalación de equipos en barrios no legalizados comporta una violación de las obligaciones del Consorcio. El hecho de que Telecom haya prestado el servicio en dichos barrios, no implica necesariamente el saneamiento del incumplimiento de dicha obligación contractual. En efecto, para que se entienda que una persona por su conducta posterior ha renunciado a invocar el incumplimiento es necesario que tal conducta muestre claramente una voluntad en tal sentido. Desde este punto de vista es claro que el hecho de que Telecom no haya formulado observaciones inicialmente sobre la instalación en barrios no legalizados no acredita que hubiera renunciado a invocar tal incumplimiento, pues no es claro que Telecom la conociera previamente y la aprobara, pues era al contratista a quien correspondía verificar el cumplimiento de las normas distritales. Igualmente, el hecho de que posteriormente Telecom haya prestado el servicio a dichos barrios tampoco es suficiente para desvirtuar el incumplimiento, pues de hecho puede haber una imposibilidad de suspender el servicio en tales casos.

Ahora bien, el perito en planta externa expresa que en la mayor parte de los barrios en dicha situación se ha producido la legalización o está en trámite, lo cual implica que respecto de dichos barrios la situación va a subsanarse. Como quiera que en estos casos no se ha acreditado el perjuicio sufrido por Telecom no es posible imponer una condena sobre el particular. En todo caso subsisten dos barrios respecto de los cuales no se ha aceptado por las autoridades distritales la legalización. Por consiguiente, respecto de dichos barrios podrían llegar a presentarse las consecuencias que advierte el perito. En esta medida procederá a declarar el incumplimiento. Sin embargo, como quiera que no se han presentado las consecuencias a las que hace referencia Telecom y que configurarían un daño para ella, considera el tribunal que se trata, por ahora, de un daño eventual que por ello no puede condenar a reparar.

8.2.21. Daños en la infraestructura por parte de terceros.

En los hechos centésimo cuadragésimo cuarto a cuadragésimo octavo de la demanda de reconvención Telecom afirma que en varias ocasiones la red del convenio ha sido averiada por trabajos desarrollados por el IDU, por la Empresa de Acueducto de Bogotá o por sus contratista. Como se trata de eventos de fuerza mayor, correspondía a las reconvenidas reparar o reemplazar los equipos, sin importar el trámite que se diera a la respectiva reclamación ante la compañía aseguradora, ni qué calidad tuviera el tercero causante del daño. No obstante lo cual, las reconvenidas se han limitado a manifestar que Telecom debe efectuar la reclamación ante las autoridades públicas causantes del daño, por lo cual Telecom en aras del adecuado mantenimiento de la red y la continuidad en la prestación del servicio ha tenido que efectuar las reparaciones necesarias, cuyos costos deben ser asumidos por las

reconvenidas. Por lo anterior, el Consorcio debe reembolsar a Telecom los costos en los que incurrió para tales reparaciones, indexados de conformidad con el IPC, para que el dinero mantenga su valor, desde cuando Telecom hizo el gasto correspondiente, hasta cuando el Consorcio lo reembolse.

Por su parte el Consorcio señala que es obligación de Telecom custodiar la red, implementar las acciones correspondientes cuando la infraestructura sea afectada e informar al Consorcio. En los casos que se mencionan, Telecom no adelantó acciones contra las empresas. Advierte que no siempre que un tercero afecte la red es un hecho de fuerza mayor. En cada caso es necesario analizar el cumplimiento de las obligaciones y el debido cuidado que debe tener Telecom como custodio y operador de la infraestructura. Agrega que lo que le solicitó a Telecom fue que reclamara las indemnizaciones de los daños pues ello era necesario para reclamar a las compañías de seguros. Advierte que Telecom tenía a su cargo el mantenimiento de la red y por ello debía denunciar el siniestro e informarlo oportunamente al Consorcio de manera técnica para proceder a realizar las reclamaciones correspondientes a las aseguradoras.

Sobre el particular observa el tribunal:

La cláusula décimo novena del convenio previó los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito y dispuso:

"... Si ocurriese un evento de fuerza mayor, la parte afectada notificará oportunamente a la otra. En caso de que la fuerza mayor demore la entrega, instalación o puesta en funcionamiento del equipamiento por parte de el Consorcio o la prestación del servicio por parte de Telecom, los términos establecidos en el convenio, según sea el caso serán ajustados de conformidad, mediante acuerdo de las partes. Si la fuerza mayor se presentare en equipos que estuvieren en servicio, el comité de coordinación, decidirá acerca del plazo prudencial del restablecimiento del servicio, para lo cual el Consorcio se compromete a reemplazarlos sin importar para ello el tiempo y el procedimiento que conlleve la reclamación de la compañía aseguradora".

En concordancia con lo anterior la cláusula décima Sexta del convenio dispuso:

"El Consorcio acepta la responsabilidad de reemplazar cualquier equipo suministrado por este que sea dañado y/o destruido, excepto hasta el grado en que dicho daño o destrucción haya sido causado por actos u omisiones de Telecom. Telecom acepta igualmente la responsabilidad de reemplazar o pagar cualquier equipo que se dañe o destruya, cuando tal evento haya sido causado por acción u omisión propia. Cuando ocurran daños o destrucciones causados por un tercero, se optará por recurrir al seguro que el Consorcio tenga constituido por los equipos".

De conformidad con lo anterior, cuando los equipos eran dañados por terceros debía acudirse al seguro que el Consorcio debía tener constituido, pero en todo caso, el Consorcio se comprometía a reemplazarlos sin importar el tiempo y el procedimiento que implique la reclamación ante la aseguradora. Lo anterior salvo los casos en los que el daño haya sido causado por actos u omisiones de Telecom.

Ahora bien, cuando el Código Civil regula la pérdida de la cosa debida dispone en el artículo 1730 que "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya". Esta misma regla debe aplicarse a los deterioros de la cosa, por lo cual cuando la cosa se deteriora en poder del deudor, el mismo debe probar los hechos que los generaron y que los mismos no le son imputables. Por consiguiente, en la medida en que a Telecom se le había entregado la infraestructura, el mismo debía custodiarla y si la misma se dañaba o deterioraba, le correspondía acreditar la causa de ese daño y que el mismo no le es imputable.

Ahora bien sobre estos daños el perito de planta interna en las aclaraciones y complementaciones a su dictamen pericial, se refirió al listado III de la demanda de reconvención "Daños de Terceros a infraestructura del convenio C-060-95" y expresó:

"Con respecto a la valoración de las obras presentadas en los listados I y II entiendo que se pretende definir los gastos en los cuales ha incurrido Telecom para la realización de dichas obras y por tal razón solicité a Telecom información sobre los trabajos realizados y los respectivos soportes en cuanto a detalle, especificaciones técnicas, cantidades de obra, contratos, órdenes de trabajo, facturas y demás documentos útiles para definir con precisión el trabajo realizado y el monto de los gastos en que incurrido Telecom, desafortunadamente hasta la fecha no he recibido la información solicitada.

Tuve acceso a un archivo en el que Telecom relacionó el valor de los trabajos realizados pero no tengo certeza sobre su actualización y precisión. En dicho archivo no hay ningún detalle sobre los trabajos ejecutados".

En todo caso procedió el señor perito a realizar una serie de estimaciones que aparecen en la página 76 de las aclaraciones al dictamen.

En relación con esta materia, debe observar el tribunal que la carga de la prueba correspondía a Telecom. En la medida en que no obra en el proceso prueba de cuáles fueron las causas de los daños, pues su respaldo es el solo listado que aporta Telecom y además no se suministró al perito la información necesaria para determinar el trabajo realizado, considera el tribunal que no puede acceder a las pretensiones de Telecom.

8.2.22. Incumplimiento en la red de acceso. Traslado de postes.

En los hechos centésimo cuadragésimo noveno a centésimo quincuagésimo tercero afirma Telecom que como consecuencia del trámite de peticiones, quejas y reclamos por parte de algunos usuarios o de ciudadanos fue necesario que Telecom ejecutara a su costo el movimiento de algunos postes, por haber sido colocados sin el cumplimiento de las normas urbanísticas o poniendo el riesgo la vida o bienes de los habitantes de la zona. A este respecto precisa que la cláusula tercera del convenio señala que el Consorcio deberá instalar la infraestructura respetando las normas de utilización del espacio público. Por su parte, la cláusula décimo tercera del convenio señala que es obligación del Consorcio mantener la infraestructura libre de reclamaciones por parte de usuarios y de terceros en general. Por lo anterior Telecom debe ser indemnizado por los costos en el movimiento de los postes.

El Consorcio manifiesta que no le costa que Telecom hubiera incurrido en costos para atender peticiones, quejas o reclamos y que si bien Telecom formuló solicitudes de traslado de postes, el Consorcio respondió que estos trabajos los debía realizar por mantenimiento, pues no corresponden a fallas técnicas durante la construcción.

Sobre el particular encuentra el tribunal que dentro del proceso no se acreditaron las causas por las cuales debieron trasladarse los postes, ni el costo correspondiente, por lo cual no podrá acceder a las pretensiones de Telecom.

8.2.23. Algunos concentradores (ELU's) instalados por el Consorcio no cuentan con fibras de reserva.

Afirma Telecom en los hechos quincuagésimo cuarto a quincuagésimo octavo de la demanda de reconvención que algunos concentradores remotos no cuenta con fibras de reserva. Ello ocurre en aquellos sitios donde existen dos o más concentradores, pues las reconvenidas dejaron solo 4 fibras para todo el sitio. Agrega que era obligación del Consorcio dejar para cada cable de fibra óptica, que va a cada concentrador remoto, una reserva de 4 fibras (cuatro fibras libres). Lo anterior como medida de protección para garantizar la continuidad en la prestación del servicio, pues las fibras de reserva tienen como propósito ser empleadas en caso de que se dañe alguna de las fibras que están en uso.

El Consorcio afirma que lo dicho por Telecom no era cierto, puesto que todos los cables que llegan a los concentradores cuentan con por lo menos cuatro fibras de reserva. Precisa el Consorcio que la obligación se predica únicamente respecto del cable, no del número de concentradores y señala que los diseños estaban así desde un comienzo, sin que Telecom hubiera presentado objeción alguna. Finalmente; indica en su alegato que los únicos dos cables que actualmente no tienen reserva de fibras son los que llegan a las ELUs de la Casa de Nariño (por acuerdo con Telecom) y de la Parroquia Nuestra Señora de Belén (porque Telecom las utilizó).

Sobre el particular observa el tribunal:

La solicitud de cotización establecía en el numeral 3.4.3 (fl. 151 del cdno. de pbas. 1):

"3.4.3. Características del cable de fibra óptica

Hasta el concentrador

— (...).

— Todo cable hasta el concentrador debe tener una reserva mínima de 4 fibras libres”.

El numeral 4º del capítulo 6.3 del anexo técnico, expresa (fl. 654 del cdno. de pbas. 2):

“Todos los cables hasta los concentradores tendrán como mínimo una reserva de 4 fibras libres”.

Ahora bien, lo que debe determinar el tribunal es si dicha especificación implica que cuando en un sitio existen varios concentradores, deben existir cuatro fibras libres respecto de cada concentrador.

Sobre el particular el perito en planta externa expresó (página 24):

“La especificación se refiere solamente a los cables de fibra óptica en general, sin entrar a considerar su tamaño, longitud, ruta, nivel de multiplexación, configuración plesiócrona o síncrona ni la cantidad de ELUs que atenderá”.

Igualmente señaló (página 25):

“Bajo los conceptos expresados anteriormente, se revisó sobre los respectivos planos, tramo a tramo, los cables de fibra óptica que enlazan las ELUs con la respectiva central de la zona E, encontrando que todos los cables tienen como mínimo 4 fibras de reserva hasta el punto donde ellos terminan, que como quedó anotado es en la caja del empalme a la entrada del distribuidor óptico, excepción hecha de la ELU PR-61 Casa de Nariño que no cumple con ese requisito”.

Así mismo, en la página 64 de las aclaraciones al dictamen expresó:

“En algunos sitios se cuenta con más de las cuatro fibras de reserva especificadas para sus cables de acometida y otros entre ellos, Casa de Nariño y la Parroquia Nuestra Señora de Belén no cumplen esa condición”.

En relación con la Casa de Nariño el perito precisó (aclaraciones y complementaciones, páginas. 11 y 12):

“La instalación de la ELU PR-61 Casa de Nariño se decidió después de que los respectivos anillos estaban construidos, en la lectura del acta 26 se observa como la ELU PR-54 de Santa Ana se traslada para ser instalada en el Palacio de Nariño, también quedó consignado que se harían los contactos con la vicepresidencia ejecutiva de larga distancia de Telecom para disponer en el MUX de los 8 E1s que deben ser llevados hasta el Palacio y se solicitará la disponibilidad en el Anillo Metropolitano de las fibras para traer los E1 desde Progreso.

Finalmente no se empleó este Anillo Metropolitano y se conectó al cable 2, mediante un cable de acometida de 8 F.O. de 950 m. de longitud va desde el empalme E 24A del cable 2 de Progreso hasta la Casa de Nariño, cuenta con las fibras 1-2 (39-40A) y 3-4 (39-40B.) en servicio, las demás fibras de esta acometida están sin conexión en los extremos (fibras muertas) y no cuenta con fibras de reserva.

Como se puede observar, la decisión de instalar esta ELU fue posterior al diseño inicial del anillo 2 de Progreso, se tuvo que trasladar la ELU de Santa Ana y se buscó conexión empleando el Anillo Metropolitano de Telecom para superar la no disponibilidad completa de fibras adicionales en el anillo construido por Teleconsorcio, al no ser posible, se terminó conectándola a este con las limitaciones anotadas. Según se deduce del acta 26, todo el proceso se hizo con el conocimiento y colaboración de Telecom”.

Por otra parte, en cuanto a la Parroquia Nuestra Señora de Belén, en la página 65 de las aclaraciones al dictamen el perito en planta externa señaló:

“La ELU 51041 Parroquia Nuestra Señora de Belén, aunque cuenta con un cable de acometida de 12 fibras, seis (6) de ellas están ocupadas y las otras seis (6) están sin conexión con la central, dos de ellas (2) se comunican con La Universidad Libre PR 30 y que en un principio se tomaron como reservas sin serlo, aclarada esta situación, se deben considerar estas dos fibras en el grupo de fibras muertas, por lo tanto este cable no cuenta con reserva y la ELU anotada no tiene acceso a fibras de reserva alguna.

Indagada la razón de ello, encontré que las fibras de reserva 15-16 (127-128B) y 31-32(127-128A) del subanillo 2 de la red de Fibra Óptica de Progreso, fueron utilizadas por Telecom en la (*)

Así las cosas, de todo lo anterior deduce el tribunal que la especificación contemplada en la solicitud de cotización y en el anexo técnico del convenio se refería al número de líneas de reserva por cable y no por concentrador. Ahora bien, en los dos únicos casos en que no se cumplió la especificación contractual, el perito señaló que ello obedeció a las circunstancias concretas de la instalación o bien a la necesidad de instalar líneas adicionales. Por lo anterior debe concluir el tribunal que no existe un incumplimiento en esta materia.

Debe aclarar el tribunal que si bien en la página 64 y siguientes el perito procedió a calcular las fibras libres por cada Elu, lo cierto es que ello obedeció a la pregunta de Telecom, sin que ello signifique que en tal caso se incumplió el convenio, pues como ya se vio, para el perito las especificaciones contemplaron las fibras de reserva por cable.

8.2.24. El Consorcio incumplió con su obligación de suministrar bloques para las MDF de las Elu's y ponchadoras.

En los hechos quincuagésimo noveno a centésimo sexagésimo primero de la demanda de reconvención Telecom afirmó que había informado a las reconvenidas sobre la necesidad de suministro de bloques para los MDF en las ELUs y ponchadoras. Agregó que el personal de instalaciones del Consorcio empleaba para realizar las cruzadas destornilladores, y no ponchadoras como técnicamente corresponde, lo cual produjo deterioro en los bloques de las MDF de las ELU's. el Consorcio no entregó la cantidad necesaria de ponchadoras para realizar el mantenimiento y solo hasta el año 1999 entregó un número insuficiente. El deterioro de los bloques de los MDF y la escasez de ponchadoras han ocasionado graves inconvenientes en la continuidad de la prestación del servicio, por lo cual se deben suministrar los elementos que se detallan en la demanda.

Por su parte, el Consorcio señala que había hecho entrega de 70 ponchadoras a Telecom el 23 de abril de 2003 y que el 14 de mayo de 2003 hizo entrega de 39 ponchadoras adicionales.

Sobre el particular observa el tribunal:

La cláusula cuarta establece las obligaciones del Consorcio y a tal efecto incluye entre otras las siguientes:

"a) Entregar, instalar y poner en funcionamiento las redes y equipos necesarios e idóneos con todos sus accesorios, incluyendo los repuestos necesarios para la prestación de los servicios de Telecomunicaciones, todo de conformidad con lo establecido en el anexo técnico: la infraestructura y los equipos aportados para la prestación del servicio serán nuevos y de última tecnología, de primera calidad y compatibles e interconectables con las redes y sistemas existentes de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá, de Telecom y de los demás operadores de la red en la ciudad".

(...).

e) Reparar y/o reemplazar el equipo suministrado que presente defectos, sin costo adicional para Telecom o para el convenio".

Así mismo, la cláusula décimo primera establece:

"El Consorcio manifiesta que durante todo el término de este convenio, los equipos que aporte serán los adecuados para la prestación del servicio. Que si los mismos no cumplen con las condiciones requeridas para la prestación de los servicios serán reemplazados o reparados, a su costa".

Adicionalmente, conviene señalar que el anexo 6 dispone (fl. 662 del cdno. de pbas. 2):

"11. Mantenimiento planta externa

El asociado proporcionará todos los materiales requeridos para el mantenimiento de la planta externa durante la vigencia del convenio".

El señor perito en planta externa al ser indagado sobre el estado de los bloques MDF expresó (página 33):

“De la revisión detallada de cada una de las 138 ELUs en 121 sitios, se pudo observar un estado de desorden generalizado en los puentes (pases) tendidos entre los lados horizontal y vertical del mismo, también se evidenció mal manejo del MDF representado en:

Algunos puentes directos por fuera de los bloques de conexión, (lo que evade la protección contra sobretensiones) por daños graves y definitivos en las espigas de las respectivas regletas: se observó 58 casos, lo que equivale a que el 47.9% de los MDFs presentan algunas de sus regletas con esta anomalía.

Algunos puentes con doble entorchado: (para superar provisionalmente un daño en la espiga) se observaron 110 casos, lo que equivale a que el 90.9% de los MDFs tienen algunas regletas con espigas malas.

Algunos espigos con su parte protectora plástica rota: se observó 51 casos que representa que el 42.15% de los MDF tienen algunos bloques con esta falla, aunque en la mayoría de casos no impedía la conexión del puente.

Además se encontró con 30 MDF (24.79%) con problemas de aseo, desorden de los cables y /o humedades locativas.

Las anteriores cifras evidencian una situación grave en algunos bloques de los MDF atribuibles entre otros factores al empleo de herramientas inapropiadas, empleo de bloques y regletas no indicadas para nuestro entorno, manipulación de los MDF por personal sin la debida capacitación, algunos de ellos no pertenecían directamente a las partes en disputa (terceros contratistas) y falta de control oportuno sobre los mismos.

Los MDF de las tres centrales (Progreso, Asturias y Marruecos) emplean bloques de conexión de diferente tipo al usado en las ELUs por lo que las anteriores fallas no se presentan en ellas, además su estado de conservación y manejo es significativamente mejor”.

Sobre el origen de los daños a que hace referencia el perito es pertinente referirse a sus aclaraciones y complementaciones en las cuales expresó (página 13):

“Efectivamente, este tipo de bloques son de utilización común en las redes de telefonía, incluyendo las construidas por otros proveedores en otras zonas de Capitel, además son empleados por otros operadores del servicio en todo el país. Sin embargo su diseño y construcción exigen el empleo de personal entrenado que disponga de las herramientas adecuadas y lo que es mas importante, disciplinado, en el sentido de que tenga la capacidad de abstenerse de intervenir en los bloques sino cuenta con las herramientas o la capacitación a que me he referido. Situación esta poco común en nuestro entorno laboral, máximo que a los MDF tienen acceso no solo los empleados directos de Telecom, sobre los cuales se tiene algún control, si no también contratistas de diferente naturaleza incluyendo los de las labores de mantenimiento de la planta externa.

Por ello el perito, ante la evidencia de las fallas presentadas, las consideró como poco adecuadas para estas condiciones laborales, pues como se puede observar en los cuadros adjuntos más del 32% de los bloques, la mayoría en el lado vertical, clasificados como malos es una cifra considerable.

Además teniendo en cuenta que las fallas se presentaron en el período de operación y mantenimiento pues no existe observación alguna al respecto en las actas de entrega en custodia y que el mayor número de ellas están localizadas en el frente del lado vertical (el que mira hacia la planta externa), es presumible que el personal de dicha planta que los manipuló tenga responsabilidad directa en la situación descrita.

Es de anotar que el mismo sistema de conexión se usa en la parte posterior del bloque y que el número de fallas en ese lado es tan pequeño que se puede considerar despreciable; Por lo tanto la mayoría de las fallas se localizan por el lado frontal sección vertical (planta externa) de los MDFs que es el más manipulado por el personal a que me he referido”.

Como se puede apreciar, de las apreciaciones del perito se desprende que la mayor parte de las fallas son imputables a deficiencias en la operación y mantenimiento, por lo cual no son imputables al Consorcio sino a Telecom.

De otra parte, el perito precisó la importancia de las ponchadoras como una herramienta necesaria para hacer las conexiones y la necesidad de utilizarlas como herramienta apropiada [8]

“Revisados el convenio de asociación, sus anexos técnicos y la solicitud de cotización respectiva, no se encontró indicación alguna sobre el número de ponchadoras que Teleconsorcio debería entregar.

Se logró determinar que después de iniciado del período del montaje y a lo largo del mismo, Teleconsorcio en varias oportunidades hizo entrega a Telecom de dichas herramientas, para un total de 38 ponchadoras.

Es opinión del perito que se debe dotar a cada cuadrilla que tenga que ver con el distribuidor de una ponchadora, para una red del tamaño de la que nos ocupa, el máximo número de cuadrillas que laboran simultáneamente es de aproximadamente 20, además es prudente que reposen en el almacén otro tanto para suplir oportunamente las averiadas y las extraviadas, ello debido a las demoras y dificultades que se experimenta en la adquisición de ponchadoras de marca y tipo específicos, lo que puede involucrar hasta una importación de las mismas.

Tampoco se dispone de datos estadísticos de la vida útil de una Ponchadora, se estima que en promedio ellas deben durar de dos a tres años dependiendo de su uso y del cuidado en su manejo”.

En sus aclaraciones al dictamen el perito precisó que se habían entregado 58 ponchadoras (página 20).

De lo anterior observa el tribunal que ambas partes interpretaron que como parte de los materiales de mantenimiento debían entregarse las ponchadoras. La discrepancia radica en el número que se requería. Si se tiene en cuenta que el perito considera que cada cuadrilla debe tener una ponchadora y que, adicionalmente, debe haber un número igual en reserva, se obtiene que en total deben existir cuarenta ponchadoras. Como la vida útil de las mismas es de dos o tres años, se requerirían en total ochenta ponchadoras durante la vida del convenio. De esta manera concluye el tribunal que el Consorcio debe suministrar 22 ponchadoras. En este sentido se proferirá la condena.

8.2.25. Ubicación de ELUs en lotes que se utilizan en virtud de un contrato de arrendamiento o comodato.

En los hechos centésimo sexagésimo segundo a centésimo septuagésimo primero de la demanda de reconvención Telecom afirma que el Consorcio instaló los concentradores remotos (ELUs) en terrenos que se utilizaron en virtud de contratos de comodato o arrendamiento. Después de hacer referencia al texto de la solicitud de cotización y al convenio, concluye que la utilización de bienes de terceros para instalar infraestructura del convenio no era un asunto discrecional del Consorcio, sino que era la solución que el convenio planteaba para aquellos casos en los cuales no podía instalarse la infraestructura sobre bienes del Consorcio o de Telecom. Además, dicha solución no debe suponer una carga adicional para Telecom, pues al momento de la terminación del convenio la Empresa debía recibir toda la infraestructura en funcionamiento, junto con los derechos adquiridos por el Consorcio, sin tener que preocuparse por la relación entre el tercero y la parte de la red allí dispuesta, de tal manera que Telecom pudiera operar la red del convenio de manera autónoma e independiente, sin tener que asumir gastos adicionales por concepto de la utilización de bienes de terceros, ni por las amenazas que dichos terceros representan para la garantía de la continuidad en la prestación del servicio. En este sentido, corresponde al Consorcio –no a Telecom– asumir las cargas que implica la utilización de bienes de terceros para la prestación del servicio. Señala Telecom que el Consorcio no hizo esfuerzo por adquirir los lotes e invocó instrucciones de Telecom que no son ciertas.

Por su parte, el Consorcio expresa que los contratos de arrendamiento y comodato se celebraron con el conocimiento y anuencia de Telecom y acatando instrucciones del departamento legal de Telecom-Capitel y como consta en las actas de comité de coordinación 7, 8, 11 y 14-A. Telecom tenía conocimiento de los contratos de arrendamiento, pues en marzo de 1998 el señor julio Pacheco solicitó información para cada una de las ELUs y el formulario respectivo distinguía si el sitio era arrendado, comprado o estaba siendo usado mediante comodato. Telecom reconoció como inversión adicional el valor de los arrendamientos que se generaran hasta la terminación del convenio. el Consorcio cumplió con lo estipulado en el convenio y en su anexo técnico. En efecto, se compraron los lotes para las centrales HOST, se realizaron contratos de comodato y, por último se realizaron contratos de arriendo para las ELUs de común acuerdo entre las Partes. Finalmente, señala que no hay razón por la cual el Consorcio debe asumir el costo una vez terminado el convenio.

Sobre el particular observa el tribunal:

En la respuesta a la pregunta 10 formulada por Telecom, el señor perito en planta externa elaboró un cuadro que resume todos los casos en los cuales el Consorcio utilizó bienes propiedad de terceros, para instalar infraestructura del convenio. El perito determinó que el Consorcio ubicó infraestructura del convenio en 107 lotes de propiedad de terceros, bajo contratos de arriendo o comodato.

Ahora bien, para determinar si lo anterior se ajustaba al convenio es procedente analizar los distintos documentos contractuales:

La solicitud de cotización indica en el numeral 3.6, inciso c, denominado "adquisición de lotes para la construcción de obras civiles" lo siguiente (fl. 176 del cdno. de pbas. 1):

"Para este proyecto, el proponente deberá contemplar en su oferta la obligación de adquirir en forma directa los lotes en donde se hayan de construir las nuevas obras civiles que se requieran. Asia (sic) como la consecución de permisos en los inmuebles que sea necesario para la installation (sic) de concentradores si es el caso".

Durante el convenio o al finalizar este se deberá traspasar a Telecom la titularidad sobre los lotes, obras civiles y mejoras realizadas cumpliendo los requisitos legales existentes en su momento".

El convenio C-0060-95 en su cláusula tercera. Alcance del convenio, dispone:

"Con el fin de prestar los servicios de telecomunicación de que trata este convenio, las partes acuerdan que el Consorcio pondrá a disposición de Telecom las facilidades por él ofrecidas, incluidos los equipos de conmutación, transmisión, interconexión, electromecánica, equipos complementarios, redes externas e infraestructura que sea requerida para el fin señalado. Tales facilidades podrán ser instaladas donde sea necesario, ya sea en predios de propiedad de Telecom o de Terceros. En este último evento se dará cumplimiento a las normas legales relativas a la utilización de espacios públicos y a las estipulaciones que declaran el establecimiento de las redes de Telecomunicaciones motivo de utilidad pública e interés social".

En la cláusula cuarta del convenio, las partes acordaron entre las obligaciones del Consorcio:

"l) Transferir la propiedad y demás derechos a Telecom a la terminación del convenio por el valor establecido en el anexo financiero de todos los bienes muebles e inmuebles, de las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos".

En la cláusula séptima se establece entre los derechos de Telecom:

"Telecom tiene los siguientes derechos: (…) h) A que se viertan a su patrimonio todos los bienes muebles e inmuebles de la infraestructura provista, el equipo y demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas y obtenidas por el Consorcio en las condiciones y plazos establecidos en este convenio y en el anexo financiero".

En el anexo técnico 4 del convenio, dentro de las previsiones referidas a las cantidades y valores unitarios de la planta externa (fl. 535 del cdno. de pbas. 2), las partes incluyeron en la lista de precios el ítem de lotes por metro cuadrado y a tal efecto contemplaron 2100 metros para un total de US366.597.00.

Así mismo, en el anexo financiero, las partes expresaron que "La inversión correspondiente a la adquisición de los terrenos necesarios para las centrales telefónicas esta contemplada en el plan de negocios".

Finalmente, en diversas actas del comité de coordinación se trató el tema de los arrendamientos de los terrenos. Particularmente, en el acta 11 (fl. 983 del cdno. de pbas. 3) al tratar el arrendamiento de locales para ELU"s, se señaló por el asistente administrativo-financiero de la vicepresidencia de Telefonía de Bogotá que se acudiría al arrendamiento ante la imposibilidad de conseguir la compra de locales o áreas en sitios requeridos, y que respecto del impacto de esta alternativa propuso disminuir el valor de la inversión y llevar los gastos al precio de arriendo, tema que se trataría posteriormente en la revisión del plan de negocios. Finalmente se dice en dicha acta: "El

vicepresidente de Telefonía Bogotá solicita a Teleconsorcio que se hagan todas las gestiones que eviten acudir al arrendamiento y cuando no quede otra opción adicionalmente se evite pactar con particulares. Igualmente solicita que las condiciones económicas y de tiempo se analicen de tal forma que sean favorables a largo plazo para Telecom".

Por otra parte en el acta 14 se expresa (fl. 1010 del cdno. 4):

"Los equipos ELU se habían contratado suponiendo que se conseguían sitios de espacio urbano para la instalación de dichas ELU. Como es del conocimiento de Telecom, este hecho no fue posible y se ha debido recurrir a contratos de arrendamiento y algunos de comodato con el agravante de que dichos sitos deben ser adecuados físicamente para este propósito".

Así mismo se hace referencia a que los arrendamientos tendría un costo de US 916.701 y que descontado el US 105000 del valor de los lotes da un sobrecosto de US 811.701 y se dice: "Telecom reconoce este sobrecosto y estudiará la forma de aplicar este mayor costo, bien sea a un mayor valor de la inversión o a un mayor valor gasto".

Si se examinan con cuidado los documentos mencionados se encuentra que inicialmente la solicitud de cotización contemplaba que debían adquirirse los terrenos para realizar obras civiles. Sin embargo, igualmente se debía proceder a la "consecución de permisos en los inmuebles que sea necesario para la instalación de concentradores si es el caso". Lo cual muestra que no siempre era necesario adquirir los inmuebles para instalar los concentradores o ELUs. Posteriormente el texto del convenio, que por lo demás tiene prelación, tal y como lo precisaron las partes, no estableció ninguna regla particular acerca de que los equipos debían instalarse preferentemente en terrenos de Telecom o del Consorcio. Por el contrario, el convenio fijó una regla amplia en virtud de la cual dicha instalación podía hacerse en terrenos de Telecom o de terceros y es por la misma razón que se previó que a la terminación del convenio debían traspasarse no solo los bienes muebles e inmuebles sino además todas las servidumbres y demás derechos que hayan sido aportados y obtenidos por el Consorcio. No obstante, también debe observarse que entre los costos se previó la adquisición de lotes, pero el anexo financiero precisó que en el modelo económico se había contemplado la adquisición de lotes para las centrales (fl. 393 del cdno. de pbas. 1).

Así las cosas, es claro que desde el punto de vista contractual, las partes previeron que algunos terrenos debían ser adquiridos, pero que igualmente ello no siempre debía ocurrir, y no fijaron criterios para determinar cuando debía procederse de una manera o de otra. Por consiguiente, la determinación de si debía procederse en uno u otro sentido debía hacerse teniendo en cuenta el principio de buena fe, esto es, examinando la lealtad y corrección con que se procedió al aplicar la disposición contractual.

A este respecto conviene además recordar que el señor perito en planta externa expresó (página 29):

"Es común emplear infraestructura de terceros en la construcción de una red telefónica, para ello siempre se debe pedir el respectivo permiso, en casos grandes se eleva ese permiso a categoría de contrato de uso, comodato u otra figura legal que regularice las relaciones entre las partes...".

Igualmente precisó que a su juicio era razonable compartir infraestructura en diversos casos.

Ahora bien, en el presente caso, no encuentra el tribunal que se haya acreditado que el Consorcio no actuó de buena fe al proceder de la manera en que lo hizo así como tampoco que las condiciones pactadas sean lesivas para Telecom. Por consiguiente, no es posible acceder a la pretensión de Telecom.

8.2.26. El Consorcio incumplió con su obligación de determinar, mediante los estudios correspondientes, si los inmuebles que albergan las centrales telefónicas son sismorresistentes.

En los hechos centésimo septuagésimo segundo y centésimo septuagésimo tercero de su demanda de reconvención Telecom afirmó que las reconvenidas no han acreditado que los inmuebles que albergan las centrales cumplen la norma de sismoresistencia NCSR-98 como exige la Ley 400 de 1997, dado que los inmuebles que albergan las centrales telefónicas son considerados edificaciones indispensables por la ley. Por consiguiente, el Consorcio debía realizar los estudios pertinentes para establecer si cumplen con la norma NCSR-98, y adecuar tales edificaciones al cumplimiento de la norma, en caso de que según los estudios ello se requiera.

Por su parte el Consorcio señala que los edificios fueron construidos entre 1996 y 1997 y las normas de sismoresistencia son expedidas entre 1997 y 1998. Agrega que no es cierto que el Consorcio tenga la obligación de hacer los estudios y la adecuación y mucho menos a su propio costo.

Sobre este aspecto considera el tribunal:

En primer lugar, debe observar que el numeral 6.4. del anexo técnico del convenio dispone que edificios deberán cumplir las normas del código colombiano de construcciones sismorresistentes (fl. 667 del cdno. de pbas. 2).

Ahora bien, el punto que debe definir el tribunal es si ello implica que debe cumplirse también la Ley 400 de 1997.

El artículo 54 de la Ley 400 de 1997 señala:

“ART. 54.—Actualización de las edificaciones indispensables. A las construcciones existentes cuyo uso las clasifique como edificaciones indispensables y de atención a la comunidad, localizadas en zonas de amenaza sísmica alta e intermedia, se les debe evaluar su vulnerabilidad sísmica, de acuerdo con los procedimientos que habrá de incluir el título A de la reglamentación, en un lapso no mayor de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente ley.

Estas edificaciones deben ser intervenidas o reforzadas para llevarlas a un nivel de seguridad sísmica equivalente al de una edificación nueva diseñada y construida de acuerdo con los requisitos de la presente ley y sus reglamentos, en un lapso no mayor de seis (6) años contados a partir de la vigencia de la presente ley”.

Por su parte el artículo cuarto de la Ley 400 de 1997 dispone:

“16. Edificaciones indispensables. Son aquellas edificaciones de atención a la comunidad que deben funcionar durante y después de un mismo, cuya operación no puede ser trasladada rápidamente a un lugar alterno, tales como, hospitales de niveles de complejidad 2 y 3 y centrales de operación y control de líneas vitales.

(...).

26. Líneas vitales. Infraestructura básica de redes, tuberías o elementos conectados o continuos, que permite la movilización de energía eléctrica, agua, combustibles, información y el transporte de personas y productos, esencial para realizar con eficiencia y calidad las actividades de la sociedad”.

De acuerdo con lo anterior, las edificaciones calificadas de indispensables deben realizar un estudio de vulnerabilidad sísmica en un plazo de 3 años a partir de la entrada en vigencia de ley (19 de febrero de 1998) y, si es del caso, realizar la intervención correspondiente para llevarlas a un nivel de seguridad sísmica en un término de seis años. Igualmente la ley precisa que construcciones indispensables son aquellas que incluyen líneas vitales como las de información.

Ahora bien en el dictamen pericial de planta externa se expresó (página 15):

“Se puede concluir que todas las edificaciones empleadas en la zona E (a excepción de 23 casetas para ELUs), incluyendo edificios de terceros, fueron construidos o adecuados con anterioridad a la implementación de las normas actualmente vigentes y analizada la información estructural disponible para las casetas de las ELUs nuevas, a la luz del código como si fuesen una central telefónica, ninguna cumpliría con la totalidad de requisitos de dicha norma.

Consideramos que la estructura de los edificios de terceros (centros comerciales, juntas de acción comunal, parroquias etc.) que albergan ELUs y CS, difícilmente serían comparables a la estructura que la nueva norma exige para las centrales telefónicas.

La construcción de casetas para ELUs posteriores a enero de 1998 conservó los delineamientos generales empleados arquitectónica y estructuralmente hasta esa fecha, en el presente cuadro se relacionan las casetas referidas: (...)

En consecuencia, en respuesta a la pregunta que nos ocupa, me permito manifestar que no todas las construcciones en que está ubicada la infraestructura de Telecomunicaciones (centrales, concentradores remotos, sistemas inalámbricos) que aportó Teleconsorcio, cumplen con las normas de sismoresistencia vigentes en la fecha para obras civiles que albergan infraestructura de servicio público esenciales como las comunicaciones.

(...).

3. Considero que las casetas y edificios que albergan ELUs o CSs no se deben analizar, desde el punto de vista del código sismoresistente, como si fuesen un edificio de una central telefónica, toda vez que no cumple los requisitos técnicos para considerarla como tal, además de ser relativamente fáciles de trasladar.

4. Como quedó anotado, los edificios que albergan las tres centrales, si bien cumplen las normas vigentes en el momento de su construcción no lo hacen en su totalidad con la norma de 1998".

El perito también señaló (página 100):

"De la lectura de la correspondencia cursada entre las partes se deduce que los planos iniciales de los tres edificios para las centrales telefónicas fueron enviados a Telecom, así como los planos definitivos. No encontré objeción por parte de Telecom a los planos referidos.

Para todos los edificios de las centrales, se hizo el trámite de aprobación por parte de la respectiva curaduría urbana, como consta en las memorias de cálculo de los edificios, que cuentan con el sello de aprobación del proyecto por parte de la curaduría (ver anexo).

(...).

Consultadas las memorias de cálculo, planos conforme a obra, y realizada una visita a dichos edificios, se constató que en general cumplen con lo especificado en el anexo técnico".

Al solicitársele al perito aclarar si las casetas y edificios que albergan ELUs y CSs, deben cumplir con las normas relativas a sismoresistencia contestó (página 36 de las aclaraciones):

"a) El perito, desde su punto de vista técnico y acogiéndose literalmente al sentido de las palabras de la norma, considera que una ELU no es una central telefónica destinada a la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada como tal, pues carece de elementos básicos indispensables que le son propios y las caracterizan,...

En consecuencia, desde este punto de vista literal de la ley considero que la parte en disputa que le corresponda, debe revisar, a la luz de las nuevas normas, únicamente las estructuras de los edificios de las centrales telefónicas de Asturias, Marruecos y Progreso, pues el mandato es taxativo y perentorio".

De lo expuesto se desprende que las construcciones realizadas por el Consorcio se ajustaron a la normatividad vigente en la época y que igualmente las mismas fueron aprobadas por Telecom. Ahora bien, el problema que debe determinar el tribunal es quién debe soportar la carga de adecuación de la estructura a las normas sobre sismo resistencia hoy vigentes.

A este respecto considera el tribunal que si bien el Consorcio es el propietario de la infraestructura hasta que la misma sea transferida a Telecom, ello no significa que por esa circunstancia el Consorcio deba asumir todos los riesgos que se derivan de cambios regulatorios. En efecto, en esta materia debe examinarse el contrato con el fin de determinar quién debía asumir tales riesgos.

Como ya se señaló, el convenio contiene una serie de disposiciones que imponen ciertos riesgos a una de las partes. Así, por ejemplo, el Consorcio asume los riesgos derivados de la actualización tecnológica o el ensanche (literal k de la cláusula cuarta), e igualmente los que resulten de pérdidas debidas a fuerza mayor (cláusulas décimo sexta y décimo novena), teniendo en cuenta en todo caso que los bienes debían estar asegurados. Igualmente la cláusula trigésima del convenio C-060 establece que en el evento en que "por cualquiera de las partes sea demorado o imposible como consecuencia de cualesquiera leyes o regulaciones de Colombia, la parte afectada no

será considerada como en incumplimiento en razón de dicha demora u omisión para cumplir, y las partes consultarán de buena fe para desarrollar una solución equitativa del asunto con el debido cuidado de los respectivos intereses de las partes". En concordancia con lo anterior la cláusula décima al precisar las funciones del comité de coordinación señaló la de "a) Llegar a acuerdo sobre acciones a desarrollar en el evento en que la toma de medidas gubernamentales u otros factores relativos a resultados no previstos, modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales previstas en el convenio".

En esta medida, de acuerdo con el convenio los cambios regulatorios no los debía asumir una sola de las partes, sino que correspondía a las dos buscar una solución equitativa. Dicha solución implica tomar en consideración el modelo financiero que las partes habían diseñado.

Ahora bien, a la fecha de terminación del convenio (marzo de 2002) se había vencido el plazo para realizar el estudio de sismoresistencia. Por consiguiente, durante la vigencia del convenio se debió realizar el estudio cuyo costo debía ser distribuido equitativamente por las partes. En lo que se refiere a las adecuaciones necesarias, como quiera que el plazo para realizarlas venció con posterioridad a la terminación del convenio, correspondía a Telecom asumirlas, en la medida en que la infraestructura le corresponde y sin que el hecho de que no le haya sido transferida por razón de las discusiones entre las partes pueda trasladar ese riesgo al Consorcio.

No sobra señalar, en primer lugar, que en el presente caso no se puede afirmar que haya existido mora del Consorcio en transferir la infraestructura, pues la no transferencia resultó de un debate entre las partes sobre la forma de liquidar el valor de rescate. Pero aún si la hubiere, debe observarse que el artículo 1731 Código Civil al regular los efectos de la mora cuando se pierde la cosa debida, dispone que cuando "el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo, en poder del acreedor, solo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora", por el contrario, "si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa, y los perjuicios de la mora". Esta regla del Código Civil indica que cuando la mora en el cumplimiento de la obligación no tiene incidencia en la pérdida de la cosa, solo se debe indemnización por la mora. Igual debe ocurrir en el presente caso con los riesgos por el cambio legislativo.

Ahora bien, el perito valoró el estudio de sismoresistencia USD$6.241.9. Como quiera que dicha inversión de haberse efectuado se hubiera incorporado en el modelo económico y a través del mismo se recuperó el 66.1% de la inversión, considera el tribunal que el Consorcio solo debe asumir la parte que no se recuperaría, esto es el 33.9%, por lo cual el valor a reconocer es de USD$2.116.

8.2.27. Aire acondicionado.

Telecom en el hecho centésimo septuagésimo séptimo de su demanda de reconvención manifestó que no se había instalado el aire acondicionado en la Central de Progreso.

El Consorcio manifestó en la contestación de la demanda que el equipo se instalará y entregará cuando Telecom reciba la infraestructura. Agregó en el alegato de conclusión que la situación descrita ocurrió porque inicialmente estaba prevista la instalación en un solo salón de los equipos de transmisión y conmutación y posteriormente Telecom solicitó que se encontraran por separado

El perito técnico de planta interna respondió:

"El equipo de aire condicionado del salón de transmisión de la central Progreso no presenta protección N+1; en este salón está instalado un solo equipo de aire acondicionado sin equipo de respaldo".

Dada la aceptación del Consorcio de su obligación de instalar un equipo de aire acondicionado, no son necesarias consideraciones adicionales, por lo cual se accederá a la solicitud de Telecom.

8.2.28. Nuevas versiones de software.

En los hechos centésimo septuagésimo octavo a centésimo octogésimo de la demanda de reconvención señala Telecom que de conformidad con el anexo técnico 8 las reconvenidas se comprometieron a mantener actualizado

el software y, por ello, a entregar nuevas versiones de módulos de software, en el que este sea modernizado o depurado o resultante de actualizaciones o correcciones de fallas. Agrega que las centrales instaladas por Teleconsorcio cuentan con la versión de software genérico 6.5, y dicho software se ha actualizado mediante la entrega de publicaciones correspondientes a la versión 6.5 instalada en las centrales en cuatro entregas diferentes, las cuales corresponden al servicio tradicional posventa de Nec. Afirma que existe una versión 7.0 para las centrales NEAX, la cual no ha sido liberada para los operadores colombianos por parte de NEC por lo cual solo se ha cumplido la obligación de actualizar el software instalado sin que se hubiere cumplido la de entregar las nuevas versiones de los módulos de software.

Por su parte el Consorcio sostiene que durante la vigencia del contrato suministró las actualizaciones del software correspondiente al genérico 6.5. Además, afirma que la solicitud de instalar la versión 7.0 es un requerimiento extracontractual de un software que a la fecha no existe.

Sobre el particular observa el tribunal:

El anexo técnico 8 en su numeral j) dispone (fl. 560 cdno. de pbas. 2):

“Garantizaremos sin costo adicional y durante la operación del sistema, el suministro de nuevas versiones de módulos de software, modernizado o depurado, resultante de actualizaciones o correcciones de fallas encontradas por Telecom, por administradores con sistemas similares o por nosotros”.

Por su parte el señor perito en planta interna en su dictamen expresó (página 13, pregunta 11 de Telecom) que:

“De acuerdo con los reportes preparados por Nec de Colombia S.A., en los cuales figuran las modificaciones efectuadas a los programas instalados en los equipos aportados al convenio, en total se han instalado 208 variaciones del software distribuidos en cuatro entregas.

La gran mayoría de estas modificaciones se presentan como actualizaciones que normalmente son generadas para corregir fallas que se han detectado en el sistema. Estas fallas pudieron ocurrir en equipos instalados en Colombia o en otro país donde exista el mismo tipo de equipos pero el fabricante genera modificaciones que son distribuidas entre todos sus clientes.

Unas pocas modificaciones del software respondieron a alguna solicitud de Telecom o a un cambio normativo”.

Agregó el perito en sus aclaraciones al dictamen (página 126) que cada uno de los PUB suministrados (es decir las entregas de software) es una versión completa del software de las centrales en la que se han incorporado los cambios o adiciones que hayan sido necesarios.

Al examinar la cláusula contractual observa el tribunal que la misma se refiere en general a la obligación de suministrar nuevas versiones de software las que resultan de las actualizaciones o correcciones de fallas encontradas. Desde este punto de vista si se tiene en cuenta que las partes hicieron referencia a un software modernizado o depurado, es claro que la cláusula contractual hace referencia a que es el mismo inicialmente instalado pero mejorado.

A este respecto, tal y como lo señaló el perito, el Consorcio entregó nuevas versiones del software, por consiguiente es claro que constituyen cumplimiento del contrato. La pregunta es si además debía entregarse lo que Telecom ha denominado la versión 7. No está probado en el proceso la existencia de dicha versión ni menos aun sus características para que el tribunal pudiera concluir si la misma está o no incluida en las obligaciones del Consorcio.

En efecto, dentro del proceso no se acreditó la existencia de la nueva versión de software ni sus características.

En esta medida no puede el tribunal condenar al Consorcio.

8.2.29. Facturación -1.

En los hechos centésimo octogésimo primero a centésimo octogésimo tercero de la demanda de reconvención

Telecom precisó que existe “Factura – 1”, cuando un cargo a un tercero operador no se puede facturar porque el número telefónico no tiene asociado el correspondiente número de suscripción (es decir, el teléfono no factura), a tal efecto precisó las causas de dicha factura -1 y concluyó que como quiera que ellas son imputables al Consorcio este debe asumir el valor de las mismas.

El Consorcio al contestar la demanda señaló que allí se incluían unas definiciones elaboradas por Telecom y que, en todo caso, no es cierto que se tratara de actos imputables al mismo por lo que deba asumir el valor de los mismos.

Sobre el particular encuentra el tribunal que no se acreditó en el proceso los casos en que se produjeron dichos eventos de facturación -1, las causas en cada caso y los montos de los mismos, por lo cual no es posible acceder a las pretensiones de Telecom.

8.2.30. Repuestos y materiales.

En los hechos centésimo octogésimo cuarto a centésimo octogésimo séptimo de la demanda de reconvención reformada, Telecom expresa que de conformidad con el convenio y la solicitud de cotización, el Consorcio debía entregar un stock de repuestos, el cual debe calcularse teniendo en cuenta el índice de fallas, para lo cual podría tomarse en cuenta las fallas durante la totalidad del término del contrato. El anexo incluye una serie de repuestos que debe considerarse cumplen con lo indicado en la solicitud de cotización. Además, dichos repuestos son todos los necesarios para el correcto funcionamiento de la infraestructura, por lo cual incluye planta interna y externa. De esta manera, el stock debe permitirle a Telecom el mantenimiento de las redes y equipos por los dos años siguientes a la terminación del convenio. A tal efecto incluye un listado V.

El Consorcio, al contestar la demanda, señala que se atiene a la oferta y los demás documentos contractuales, aclarando que la obligación se refiere a la entrega de un stock de planta interna pero no de planta externa. Agrega que el listado V no corresponde a las obligaciones del Consorcio. En su alegato precisó que el Consorcio debía suministrar los repuestos durante la vigencia del convenio, los cuales serían tomados del stock de repuestos que debía mantener en Colombia, con las exclusiones previstas en la garantía técnica. Agrega que el convenio no establece que la propiedad de los repuestos debía ingresar al patrimonio de Telecom a la finalización del convenio. Los repuestos requeridos durante los dos años siguientes a la finalización del convenio debían entregarse a medida que fueran requeridos para garantizar el servicio, si formaban parte del stock que debía mantenerse en Colombia “en función de las estadísticas de funcionamiento del equipo teniendo en cuenta los índices de falla”. Cualquier otro repuesto requerido posteriormente se suministraría a título de venta. Agrega el Consorcio que el stock de repuestos quedó en poder de Telecom, tal como resulta del acta general de inventario firmada el 17 de diciembre de 2002 y que ella lo empleó. Advierte que Telecom no probó que el Consorcio hubiera dejado de suministrarle sin costo algún repuesto con cargo al stock durante el bienio mencionado, ni que los repuestos cuya tenencia se le entregó fueran insuficientes ni que dicho stock estuviera incompleto, ni que el Consorcio se hubiera negado a entregar un repuesto necesario.

Sobre el particular considera el tribunal:

El numeral 3.7 de la solicitud de cotización, dispone (fl. 178 del cdno. de pbas. 1):

“Los proveedores quedarán obligados al suministro de los repuestos correspondientes durante el período del convenio, que le garantice a Telecom el normal funcionamiento de las centrales telefónicas y demás equipos adquiridos. Igualmente, al pasar los equipos de propiedad de Telecom, el oferente debe garantizar un stock de repuestos en función de las estadísticas de funcionamiento del equipo, por un período no inferior a dos años, teniendo en cuenta los índices de falla, el cual hace parte del valor de rescate” (se resalta).

Por su parte el literal “f” de la cláusula cuarta del convenio establece como obligación del Consorcio:

“Mantener a disposición de Telecom una adecuada provisión de repuestos de conformidad con la cláusula de “Reparaciòn y/o reemplazo de equipos” a fin de garantizar el servicio al usuario, por el tiempo de vida útil del equipo. La parte que haya sido cambiada será devuelta a el Consorcio y este repondrá la(s) pieza(s) respectiva(s). Al finalizar el convenio, Telecom dispondrá del stock original de repuestos. Igualmente, a partir de dicho evento,

el suministro a Telecom se hará a título de venta, de acuerdo con la lista de precios comerciales vigente a la fecha de compra” (se resalta).

El anexo 6 en su numeral 11 dispone (fl. 662 del cdno. de pbas. 2):

“11. Mantenimiento planta externa

El asociado proporcionará todos los materiales requeridos para el mantenimiento de la planta externa durante la vigencia del convenio”.

El anexo 8, garantías técnicas, expresa (fl. 568 del cdno. 2):

“Suministraremos los repuestos correspondientes durante el período del convenio que le garantice a Telecom el normal funcionamiento de las centrales telefónicas y demás equipos adquiridos, igualmente al pasar los equipos a propiedad de Telecom garantizaremos el stock de repuestos en función de las estadísticas de funcionamiento del equipo por un período no inferior a dos años, teniendo en cuenta los índices de falla, los cuales forman parte del valor de rescate”.

En su dictamen, el señor perito en planta externa después de referirse al anexo 6 y a la fecha de terminación del convenio expresó (página 72):

“En consecuencia, para dar respuesta a la segunda parte de la pregunta, el perito considera que la obligación de suministrar los materiales de mantenimiento requeridos por Telecom para la planta externa construida se extendía hasta el 26 de marzo de 2002”.

El señor perito además agregó que durante la ejecución del convenio el Consorcio no suministró los materiales, pero que sobre el particular se llegó a un acuerdo en el acta del comité de coordinación 44 y, finalmente, Teleconsorcio hizo entrega de los materiales respectivos.

De lo anterior se concluye lo siguiente:

Las disposiciones contractuales claramente precisan que la obligación del Consorcio era la de suministrar los repuestos para las centrales telefónicas y demás equipos adquiridos. Como quiera que el término "equipos" es ambiguo, es necesario precisar su significado a la luz de los documentos contractuales. Así las cosas, en la medida en que en el anexo 6 se reguló claramente lo relativo a la planta externa y se precisó que el asociado debería suministrar los materiales para el mantenimiento de la misma durante la vigencia del convenio, es claro que desde el punto de vista contractual los equipos tienen un tratamiento distinto a los materiales de planta externa. Así las cosas, debe concluirse que el stock de repuestos no tenía que incluir los materiales de planta externa.

De otra parte, es claro que el stock de repuestos debía elaborarse con base en el índice de fallas por un período de dos años. Dicho stock debía pasar a la terminación del convenio a Telecom, pues es así como ella "dispondrá" de dicho stock tal y como lo contempla la cláusula 4ª del convenio. Además el anexo técnico precisa que el valor de rescate incluye tales repuestos.

Como quiera que no está acreditado que el stock de repuestos entregado no cumpla con los criterios previstos en el convenio, no es posible imponer una condena en este sentido.

8.3. Pendientes técnicos.

En el hecho centésimo octogésimo octavo de la demanda de reconvención Telecom expresa que durante la ejecución del convenio el Consorcio omitió efectuar la reparación de varios equipos, corregir la inadecuada instalación, así como la entrega de ciertos repuestos o información requerida por Telecom en los términos del convenio. En tal sentido precisa cuáles eran los pendientes "de conmutación", "de inalámbricos", "de planta externa", "de transmisión", "de obra civil" y "de gestión".

Por su parte, el Consorcio señala que tales pendientes no eran incumplimientos del Consorcio. Son situaciones menores detectadas por el personal de Telecom después del recibo de los equipos y de que los mismos estuvieran

funcionando sin que se hubieran presentado objeciones graves. Por lo anterior, corresponden en su mayoría al deterioro normal y que están amparados por la garantía del Consorcio. Agrega, además, que la mayoría de los pendientes técnicos se han solucionado y que otros no se han podido solucionar por falta de personal de Telecom para supervisar los trabajos. A tal efecto hizo la relación de los pendientes que se encontraban solucionados, que se encontraban en proceso de solución o que no correspondían a obligaciones del convenio. Finalmente, en el alegato de conclusión, se refirió a los siguientes pendientes técnicos: suministro cable 2 x 22, Construcción de strips en edificios Recodos del Río, Multifamiliar Villamayor y Tejar de Ontario y colocación de 4 regletas Simons, para sostener que los mismos son ajenos a las obligaciones del convenio.

Sobre el particular considera el tribunal:

Al responder la pregunta 36 de Telecom, el perito en planta interna precisó los pendientes que no han sido atendidos (página 107 y siguientes). Igualmente precisó cuáles eran dichos pendientes en sus aclaraciones al dictamen pericial (páginas 91 y siguientes).

El tribunal comparte las conclusiones del perito, por lo cual a continuación reproduce los pendientes técnicos que aún persisten, respecto de los cuales habrá de condenarse al Consorcio a que los solucione en el término que fijará el tribunal o, de no ser posible, a que se paguen las sumas determinadas por el perito.

8.3.1. Pendientes en conmutación.

De conformidad con lo señalado por el perito en planta interna existían los siguientes pendientes en conmutación, algunos de los cuales fueron solucionados, o no constituían realmente pendientes.

Ítem	Pendiente	Descripción	Respuesta del perito y conclusión del tribunal	Valor US$
1	Comando AOT no funciona para ELU	Permite la originación y terminación de llamadas, pero no funciona en Módulos con procesadores compartidos. Hay algunas ELU"S donde funcionaba correctamente y en este momento no funcionan (J.J. Lira, Colpatria). Se deben generar pruebas en estos sitios para diagnosticar el problema.	La causa de este problema no está identificada, por esa razón como alternativa de solución se plantea la posibilidad de redistribuir las ELUs entre los procesadores, ya que actualmente no se utilizan todas las líneas. Las ELUs con este problema son 6 en Progreso y 3 en Marruecos. Se calculan dos días de trabajo por ELU. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	4,320.0
2	LTC y STC para ISDN	No se pueden hacer pruebas desde la LTC y STC a abonados RDSI	NEC corrigió la conexión en la central y el problema quedó resuelto. Posición del tribunal: El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente.	
5	Pérdida de trama y multitrama en las ELU para abonados	Con la reforma realizada a las OTIs se normalizó el problema aunque ahora ocurre no tan frecuentemente. Actualmente el problema se presenta muy esporádicamente y se soluciona reemplazando la OTI. E1 a través de OTIs no funciona	Se confirmó que el problema fue solucionado para las comunicaciones de los abonados conectados a las ELUs. Para la conexión de E1s, el anexo técnico 6, definió que la conexión de E1 dedicados se haría directamente con la red de transporte. Posición del tribunal:	

		adecuadamente y se cae frecuentemente la comunicación.	El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente.	
6	Accounting	En Progreso consiste en que para obtener los datos de accounting un día y hora determinados, se requiere de la previa programación mediante un comando en la consola del MAT, que lo que hace es ejecutar un archivo que contiene los comandos que consultan los contadores de cada ruta; lo anterior implica que está involucrado el error humano por ejemplo, por omisión en la programación del comando. Adicional a lo anterior, de manera involuntaria puede ser desprogramado, y si esto es realizado por alguien que desconoce el tema, pues simplemente se pierde el registro. La idea es que esta programación se realice de otra manera, de tal forma que se minimice de alguna manera tal error humano.	De acuerdo con la revisión efectuada en atención a una de las solicitudes de aclaración de Teleconsorcio, el anexo técnico no define un método de operación como el descrito en el pendiente. Posición del tribunal: El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente.	
7	Funciones de prueba de línea (ALT) en Elu controladas por 2 cp	El comando ALT funciona pero los parámetros no concuerdan con la realidad en general el problema ocurre para todas las ELUs. Esto quiere decir que al hacer un ALT a una línea le devuelve el valor de ciertas características de la línea como impediencia, corriente pero que en el terreno no concuerda, da un diagnóstico errado.	El aspecto relacionado con el funcionamiento del comando en ELUs controladas por 2 procesadores queda resulto con el trabajo para el pendiente 1. Lo referente a los resultados de las mediciones está involucrado en las repuestas sobre LTC, ya que se utilizan los mismos módulos de prueba de la central. Posición del tribunal: El tribunal ya se refirió a dichos aspectos en otro aparte de este laudo	
8	Revisión de rectificadores, baterías y DCPDB	Falta revisión de baterías y rectificadores de centrales	Lo referente a las pruebas fue informado en las comunicaciones SWSD-C-060/95-628 y 634 del 28 de abril y 12 de mayo de 2003, respectivamente, NEC de Colombia. En cuanto a baterías faltantes, la verificación efectuada en las ELUs arrojó como resultado 88 baterías faltantes. El cálculo del valor se hace tomando US$1,806.6 por banco de 4 celdas (FOB). El valor total se presenta en el pendiente sobre robo de baterías.	
9	Diagrama de instalaciones	Pendiente por parte de Teleconsorcio actualizar el	Los diagramas actualizados ya fueron entregados.	

	centrales	diagrama de instalaciones de los centrales, lo que está en el papel debe corresponder a lo que está en la central	Posición del tribunal: El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente.	
10	Diagrama de instalación ELU 480	Pendiente por parte de Teleconsorcio actualizar el diagrama de instalaciones, lo que está en el papel debe corresponder a lo que está la ELU	Los diagramas actualizados ya fueron entregados. Posición del tribunal: El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente.	
13	Marcación y Organización de coaxiales de DTI	En los DDF de las centrales de Asturias y Marruecos hay algunos cables que no están conectados ni organizados, debe hacerse este trabajo y entregar un listado final con la distribución de todos los tributarios. Así mismo se solicita que sean cambiadas las marquillas tanto del lado de TX como SW.	Los cables ya están debidamente organizados. Marquillas faltantes: Marruecos: 378 Asturias: 344 Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	130.0
14	Verificación de los servicios especiales	Verificar todos los servicios suplementarios según protocolo de pruebas remitido por Telecom al asociado. Se debe acordar una fecha para realizar las pruebas de todos los servicios suplementarios de las centrales	Como hay desacuerdo sobre los resultados de algunas de las pruebas efectuadas, se estimó un trabajo de dos días para realizar algunas de las pruebas. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	480.0
17	Devolución de llamadas cuando tiene Serv. suplementarios	Cuando existe una llamada tripartita y alguien cuelga vuelve y le suena el teléfono también este repique ocurre eventualmente en abonados sin llamadas tripartita.	Durante la verificación no se pudo reproducir el problema, por lo que no hay certeza si aún persiste. Posición del tribunal: El tribunal considera que no hay lugar a reconocer un pendiente, pues no hay certeza de que exista el problema anotado.	
18	Robo baterías	Las está reponiendo el asociado a medida que se hace el trámite con la aseguradora	La verificación efectuada en las ELUs arrojó como resultado 88 baterías faltantes. El cálculo del valor se hace tomando US$1,806.6 por cada banco de 4 celdas (FOB). Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	39,745.2
19	Equipo de señal horaria	117. Cuando un abonado llama al 117 y deja por alguna razón mal colgado el teléfono el sistema le da la hora hasta que se cuelgue bien el teléfono. No tiene un tiempo de corte del servicio.	No se encontró en el convenio alguna especificación contra la que fuera comparable algún tipo de modificación. Posición del tribunal: reconocer este pendiente	

22	Teléfono de dos vías	Caso nuevo senado teléfono panasonic	Este problema no se volvió a presentar. El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
23	Conectores DDF Nec	Teleconsorcio debe suministrar los conectores en para el DDF en Progreso.	Se verificó nuevamente y se comprobó que en el DDF NEC no faltan conectores. En el DDF SIEMENS faltan 152 conectores. Posición del tribunal: Como quiera que los conectores que faltan se refieren al DDF SIEMENS el tribunal considera que no procede reconocer este pendiente.	
24	Baterías de Elu 480	Las baterías se deformaron aparentemente alta temperatura, el asociado las cambió pero queda pendiente se diagnostique y solucione la causa de la deformación.	El trabajo ya se completó en todas las ELUs 480. El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
25	Protocolo de pruebas de centrales concentradores	Falta ejecutar entre las partes algunas pruebas del protocolo de pruebas de centrales anexo al comité de coordinación Nº 44 de marzo 21 de 2002: sobrecarga, miscelánea, mediciones de tráfico, tonos y anuncios, tasación local, impulsación diferencial. Falta acordar entre las partes y ejecutar un protocolo de pruebas para eles	Teniendo en cuenta el tiempo de operación transcurrido, solo se justificaría efectuar pruebas sobre los aspectos sobre los que se tenga duda a raíz de alguna deficiencia detectada como parte del funcionamiento rutinario de los equipos. El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	.
26	Acometidas independientes	Se está realizando verificación y arreglo de acometidas independientes en ELUs por parte Telecom y el asociado. Se debe terminar la independización.	Las acometidas que podían ser independizadas ya fueron modificadas. El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
27	Traslado de la ELU	Pendiente traslado de la ELU 52291 por estar en ronda de ríos, según compromiso del asociado dado en comité zonal 36	El detalle de cálculo se puede observar en la respuesta a la solicitud de complementación 54º de Teleconsorcio. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	26,598.4
28	Implementación del sistema arrester.	En ciertas ELUs se está disparando el sistema arrester con frecuencia a pesar que las mediciones realizadas con Condesa dan mediciones de voltaje de entre 126 y 128 voltios en los sitios afectados. Este problema produce el desplazamiento constante del personal a levantar el arrester y a	Los disparos esporádicos que han tenido los arrester instalados, después de los ajustes informados por NEC parecen ser el resultado de su función de protección y no de un mal funcionamiento. Por otra parte, se observa que han cumplido con el propósito para el cual fueron instalados, que era evitar el	

		restablecer el servicio de la ELU porque al bajarse el arrester queda dependiendo de las baterías y cuando ellas se agotan sale de servicio la ELU.	daño continuo de los rectificadores. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
29	Repuestos Patch-cord	Falta el suministro de 4 Patch-cord	Se valora este suministro. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	279.4
31	Unidades de Aire Acondicionado. Progreso	Arreglar y reubicar las cajas del sistema eléctrico en platabanda	Se valora el reemplazo de las cajas. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	50.0
32	Baterías	Reparar la celda dañada en la central Progreso	Ya fue sustituida. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
35	Planos central. Progreso	Actualizar Planos eléctricos y de tierras	No se encontró registro de esta actualización. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	250.0
40	Planos central. Marruecos	Actualizar planos eléctricos y de tierras	No se encontró registro de esta actualización. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	250.0
42	Insonorización. Marruecos	Falta estudio de insonorización de la planta de emergencia	La planta de emergencia cuenta con una instalación de insonorización de las mismas características de las instalaciones de Progreso y Asturias. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
43	Baterías. Asturias	Revisar o cambiar en el banco 1 la celda 14	Ya fue suministrada. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
45	Unidades de Aire Acondicionado. Asturias	Insonorizar áreas de manejadoras	Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	5,130.0
48	Planos. Asturias	Actualizar planos eléctricos y de tierras	No se encontró registro de esta actualización. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	250.0
50	Grabado de anuncios	Que el asociado aporte el hardware y software necesario para cambiar los anuncios pregrabados en las	En los anexos no figura este requerimiento. Además, no es posible definir el precio porque según informó	

		centrales.	Teleconsorcio, el fabricante en Japón había suspendido la fabricación del equipo. NEC de Colombia puede suministrar el servicio cuando sea requerido por Telecom. Posición del tribunal: El tribunal ya se pronunció sobre estos aspectos en otro aparte de este laudo	
52	Servicio de identificación de llamada.		Este servicio no es parte de los servicios contratados. En la respuesta dada a la solicitud de aclaración y complementación a la pregunta 12 de Telecom, se encuentra el precio y detalle de los bienes y servicios necesarios para la habilitación de este servicio. El tribunal ya se pronunció sobre este aspecto en otro aparte de este laudo.	
53	Instalación	Faltan tres tapas laterales de fila.	No han sido suministradas. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	564.4
55	Funcionamiento	Existen alarmas que no están habilitadas en el IDF como son las de incendio, planta de emergencia, descarga de batería, combustible de planta de emergencia, aire acondicionado, equipos de transmisión, rectificador. Es decir las alarmas que se nombran a continuación están alambradas desde el IDF hasta TASTM de MF ,falta desde IDF hasta sus respectivos destinos: Planta de emergencia, Descarga de batería, Incendio, Puerta, Combustible de planta de emergencia, Aire acondicionado, Equipos de transmisión, Rectificador	Las alarmas que pueden ser conectadas ya están habilitadas. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
58	técnicos	La ruta TWTT (llamada Tripartita) se amplío de dos a veinticuatro circuitos y se está presentando el problema de que se queda cogido el abonado que tiene el servicio, es necesario liberarlo con FST. Abonados con este problema entre otros: 5627489,5667128,5607103.	Los patches necesarios para resolver el problema ya fueron suministrados; está pendiente que Telecom los instale y pruebe. Posición del tribunal: El tribunal no considera procedente reconocer este pendiente	
59	Alarma de puerta	Pendiente la instalación en todas las ELUs de la alarma de Puerta.	Se observó en las ELUs que en casi todas se instaló una alarma con un interruptor de presión tipo “perilla”, pero este interruptor se está	702.0

			sustituyendo nuevamente debido a que se parte con facilidad. La contabilización de alarmas faltantes se hace con respecto al último sistema instalado que es más resistente. Son 78 ELUs incluyendo las que no tienen alarma y las que se deben cambiar. El valor unitario del cambio es de US$ 9.0. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	
60	Planos eléctricos	Planos en medio impreso y magnético (autocad) para todas las ELUs de los diagramas eléctricos, transferencia, tierras, etc.	Los planos en medio impreso hacían parte de las memorias de instalación o adecuación de las ELUs. Se estima un valor de digitalización. Para algunas ELUs el plano se repite. Posición del tribunal: El tribunal considera procedente reconocer este pendiente	519.2
62	Pruebas de sincronismo	Falta realizar las pruebas de sincronismo en las OTIs. Estas pruebas se realizarían en paralelo con la transmisión ya que ambos necesitan un analizador SDH con Módulo de Wander y un GPS para referencia de reloj.	Después de varios años de operación, las pruebas solo se justificarían si se ha detectado alguna falla o caída frecuente de los enlaces.	
Valor total US$				79,268.6

8.3.2. Otros pendientes de conmutación.

Hace referencia igualmente Telecom a los siguientes pendientes, que por su naturaleza no fueron sometidos al examen del perito, y que aún no han sido solucionados por el Consorcio:

Ítem	Pendiente	Descripción	Observaciones
35	Planos central. Progreso	Actualizar Planos eléctricos y de tierras	Energía
40	Planos central. Marruecos	Actualizar planos eléctricos y de tierras	Energía
42	Insonorización. Marruecos	Falta estudio de insonorización de la planta de emergencia	Energía
43	Baterías. Asturias	Revisar o cambiar en el banco 1 la celda 14	Energía
48	Planos. Asturias	Actualizar planos eléctricos y de tierras	Energía

En lo que se refiere a los planos, considera el tribunal que el Consorcio tenía la obligación de suministrar dichos planos. Como no está acreditado que lo haya hecho, pues el perito señala en sus aclaraciones (página 94) que no se encontró registro de dicha actualización, deberá imponerse la obligación de hacerlo.

Por lo que se refiere a la insonorización de la planta de emergencia observa el tribunal que en sus aclaraciones, el perito en planta interna expresó (página 94): "La planta de emergencia cuenta con una instalación de

insonorización de las mismas características de las instalaciones de Progreso y Asturias". En lo que se refiere a la revisión o cambio del banco 1 de la celda 14 de las baterías de Asturias, igualmente el perito precisó (página 94) "Ya fue suministrada". Por lo anterior, no procede reconocer este pendiente.

8.3.3. Pendientes de inalámbricos.

En cuanto a los pendientes inalámbricos, el perito realizó la valoración correspondiente, precisando al mismo tiempo si existía o no la desviación. A tal efecto aclaró que en diversos casos Telecom ha desmontado las celdas para trasladar el sistema a otra zona, por lo cual precisa que en tal caso se encuentra “Desconectada”. En los otros casos precisó el valor. El tribunal acoge íntegramente las conclusiones del perito que se reflejan en el cuadro siguiente:

Item	Nombre CS	Sistema de tierra	Cell Stations Observaciones	Obra civil Observaciones	Observaciones/Valor US$
1	Banco de la República		Sin abonados. CS Pendiente por Desmontar. Cambio de rectificador.		Desconectada
2	Batallón de transporte	Pendiente verificación	Solo tiene un abonado. No se le realizó verificación	Pendiente verificación	Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
4	Betania Usme	Subir cable de tierra.Pendiente.	Antena tipo flat	Legalizar servidumbre (acta de vecindades) tiene áreas comunes, el sistema de conexión entre varilla y alambre de las tierras debe ser con soldadura cadweld, pendiente su medición.	25.0
5	Bochica	No se pudo medir, no ubicaron punto de anclaje, buscar otro forma para medir tierras.	Cambio de rectificador- se encuentra oxidado	Legalizar servidumbre, colocar baranda perimetral de protección con tubo de 2" metálica y/o suministrar arnés con altura mínima de 1.20 m. y escalera de acceso móvil.	Desconectada
6	Carvajal	Al poste, concreto imposible medición, Se buscaran alternativas para medir tierra		Legalizar servidumbre, colocar escalera de acceso, el área de trabajo para operación y mantenimiento es pequeña (colocar bandeja horizontal y baranda de protección) para facilitar trabajo de personal Telecom Capitel y/o suministrar arnés.	Desconectada
7	Centenario	Tierra a varilla de construcción.	Falta etiqueta cuenta única energía.	Tiene servidumbre, falta baranda de protección	Desconectada

			Interferencia intermitente de BER.	y/o suministrar arnés, falta escalera de acceso, tiene conexión a tierra en hierro estructural (colocar varilla de cobre con soldadura y conductor de cobre), falta identific. cta única.	
8	Charalá	Tierra mala, Cogida a varilla de construcción.		Falta construir sistema tierra, pendiente su medición, legalizar servidumbre.	120.0
9	Chucúa estación	Tierra a varilla de construcción.	Presenta interferencia.	Tiene servidumbre	Desconectada
10	Ciudad Berna	A varilla de la construcción.		Colocar varilla y conductor de cobre soldada para sistema tierra.	120.0
11	Cruz verde (Repetidora)	0,71 Ohmios	Traslado de equipo a Caseta.RU instalada en poste	Sistema tierra 0.71 ohmios	Equipo es para intemperie.
12	EL Claret	A poste de energía. No se puede medir. Pendiente medición	Colocar etiqueta cuenta única energía.	Falta escalera de acceso, falta baranda de protección, tiene servidumbre.	Etiqueta 8.0
14	El Preciso	Va a varilla de la estructura.	Falta etiqueta cuenta única energía. Fijar cables 1.96 GHz 2.46 GHz Colocar abrazaderas resistentes a la intemperie	Acceso sobre teja asbesto cemento a terraza, no hay escalera de acceso, falta identif. cta única.	128.0
15	El Trigal	0.17 Ohmios	Monopolo	Antena (CS) en monopolo ubicado en antejardín de condominio, sistema tierra 0.17 ohmios.	Desconectada
17	Galán Camelia		Pendiente verificación.	Trasladar CS solo se puede ingresar a operación y mantenimiento los sábados	Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
18	Impofer Paloquemao II	Va a varilla de construcción.	Cambiar abrazaderas por tipo intemperie.	Difícil acceso	Desconectada
19	JAC Los Libertadores	100 Ohmios.		Ubicado en terraza estación de policía (hacer un protocolo de acceso personal Telecom	120.0

				Capitel), proteger cables con ductería galvanizada o canaleta, mejorar sistema tierra (103 ohmios) enterrar varilla copperweld y fijar con soldadura cadweld.	
20	Juan José Rondón	Va a varilla de construcción. Colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada.		Colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada.	120.0
21	La Concordia	0.15		Falta baranda de protección y/o suministrar arnés, no hay escalera de acceso, sistema tierra 0.15 ohmios, tiene servidumbre. Difícil acceso	Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
22	La Pepita	Al poste. Imposible medición en concreto, buscar formas alternativas de medir tierras.	Pendiente. Se buscaran alternativas para medir tierra. Cambiar rectificador. Cambiar tapa superior o pintar esta corroída	Legalizar servidumbre, colocar escalera de acceso a terraza y baranda de protección. Difícil acceso	Desconectada
23	La Playa	0,54 Ohmios	Monopolo	Antena ubicada en monopolo en patio interior vivienda, sistema tierra 0. 55 ohmios	Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
24	La Ponderosa	0,06 Ohmios	Presenta alarma intermitente de BER.	Legalizar servidumbre (garantizar ingreso durante las 24 horas del día incluyendo festivos), el área de trabajo para operación y mantenimiento es pequeña (colocar bandeja horizontal y baranda de protección) y/o suministrar arnés para facilitar trabajo de personal Telecom Capitel. Difícil acceso	Desconectada
25	La Primavera	21,2 Ohmios. Mejorar sistema de tierras según	Pendiente verificar alarmas, volver a visitar el sitio.	Difícil acceso	Desconectada

		normas de Telecom.			
26	Las Cruces	Cable tierra añadido. No se puede medir concreto.	Volver a verificar	Falta escalera de acceso, tiene servidumbre	Desconectada
27	Las Malvinas	Están aterrizada a una varilla de la construcción.	Cambiar rectificador. Colocar etiqueta cuenta única de energía.	Tiene servidumbre, falta baranda de protección y/o suministrar arnés, falta escalera de acceso, tiene conexión a tierra en hierro estructura (colocar varilla de cobre con soldadura y conductor de cobre), falta identific. cta única.	128.0
28	Lucero Bajo Vaycro			difícil acceso	Desconectada
29	Miravalle	Va a varilla de la casa.	Cambiar abrazaderas por tipo intemperie	Colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada, acceso a terraza por la calle con escalera portátil.	120.0
30	Moralba 1	26 Ohmios	Antena Tipo Grid. Corregir sistema de tierra según normas de Telecom	Para tener acceso a la terraza hay que pasar por sala de la vivienda (legalizar servidumbre), trasladar lavadero de ropas y colocar escalera tipo gato, mejorar el sistema tierra (26 ohmios) usar soldadura cadweld. Problemas con el contrato de comodato, solucionar con el dueño del predio	120.0
31	Moralba 2	26 Ohmios	Antena Tipo Grid.Corregir sistema de tierra según normas de Telecom. Cambio de rectificador	Para tener acceso a la terraza hay que pasar por sala de la vivienda (legalizar servidumbre), trasladar lavadero de ropas y colocar escalera tipo gato, mejorar el sistema tierra (26 ohmios) usar soldadura cadweld. Problemas con el contrato de comodato, solucionar con el dueño del predio	120.0
32	Moralba 3	26 Ohmios	Antena Tipo	Para tener acceso a la	120.0

			Grid.Corregir sistema de tierra según normas de Telecom	terraza hay que pasar por sala de la vivienda (legalizar servidumbre), trasladar lavadero de ropas y colocar escalera tipo gato, mejorar el sistema tierra (26 ohmios) usar soldadura cadweld. Problemas con el contrato de comodato, solucionar con el dueño del predio	
33	Moralba 4	26 Ohmios	Antena Tipo Grid.Corregir sistema de tierra según normas de Telecom	Para tener acceso a la terraza hay que pasar por sala de la vivienda (legalizar servidumbre), trasladar lavadero de ropas y colocar escalera tipo gato, mejorar el sistema tierra (26 ohmios) usar soldadura cadweld. Problemas con el contrato de comodato, solucionar con el dueño del predio.	120.0
34	Moralba 5	26 Ohmios	Antena Tipo Grid.Corregir sistema de tierra según normas de Telecom	Para tener acceso a la terraza hay que pasar por sala de la vivienda (legalizar servidumbre),trasladar lavadero de ropas y colocar escalera tipo gato, mejorar el sistema tierra(26 ohmios)usar soldadura cadweld.	120.0
35	Muzu	0.26		Acceso a terraza por escotilla en cielo raso 3er piso, sistema tierra 0.26 ohmios, el equipo está anclado a muro de soporte de tanque elevado.	Desconectada
36	Nueva Gloria JAC	Va a una varilla de la casa.	Colocar tornillo a la CS. Cambiar abrazaderas por tipo intemperie. Difícil acceso	Acceso a cubierta por la calle (con escalera portátil), colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada, tiene techo falso en asbesto cemento con placa de soporte en concreto, el salón	120.0

				comunal no tiene nomenclatura urbana.	
38	Pensilvania	Al poste no se toma medida, puro concreto.	Se buscaran alternativas para medir tierras	Legalizar servidumbre, falta medir sistema tierra, colocar baranda de protección y escalera de acceso tipo gato.	Desconectada
39	Progreso		Falta verificación		Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
40	Quiroga	Va a una varilla de la casa.	Colocar Etiqueta única de energía.	Acceso por escotilla teja plástica con escalera portátil, colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada.	128.0
41	Salvador Allende Alquería	Va a varilla de la casa.	verificar instalación y rectificador	Colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada.	120.0
42	Samper Mendoza		Falta verificación pendiente pruebas de CS.	Usuario pide desmonte de los mismos. difícil acceso	Desconectada
43	San Bernardo	Esta tomada de una varilla de la estructura.	Girar mástil rectificador y cs	Legalizar servidumbre, falta medir sistema tierra, requiere baranda de protección y escalera de acceso.	Desconectada
44	San Carlos		Falta verificación	No permitieron el acceso, trasladar la CS	Desconectada
45	San Cristobal Las Mercedes	Se buscaran soluciones alternativas para medir tierra. Concreto por todo lado, difícil medir tierras.		Legalizar servidumbre (acta de vecindades), falta medir sistema tierra.	Desconectada
46	San Francisco		Difícil acceso		Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
47	San Vicente Ferrer	A una varilla de la construcción.	Cambiar Rectificador. Etiqueta cuenta única de energía	Tiene servidumbre, falta baranda de protección, y/o suministro de arnés, no hay escalera de acceso, tiene acceso por escotilla, tiene servidumbre, la terraza está soportada sobre muros de bloquee falta identif. cta única.	128.0

48	Santa Isabel	No se puede medir tierras puro concreto, buscar alternativas para medir tierra		Falta escalera de acceso	Desconectada
49	Santa Inés	Pendiente medición, no hay como medir, buscar alternativas de medición. Varilla tierra unida a un tornillo	Falta etiqueta cuenta única de energía Fijar cables de energía y tierras	Falta baranda de protección y/o suministro de arnés, no hay escalera de acceso, tiene acceso por escotilla, tiene servidumbre, la terraza está soportada sobre muros de bloque, falta identifi. Cta única	Desconectada
50	Veinte de Julio	Tierra cogida a una varilla de la estructura. Pendiente.		Legalizar servidumbre, falta medir sistema tierra (construir sistema tierra adecuado) con soldadura cadweld, requiere escalera y construir escotilla de acceso.	120.0
51	Venecia	0.29		Falta escalera de acceso, tiene servidumbre.	Ante la falta de prueba, el tribunal no la puede reconocer.
52	Villa Roca	Colocar tierra a poste frente a la casa.	Fijar cable de energía. Colocar etiqueta cuenta única de energía. Protección cable de energía y tierra	Cambiar punto de conexión a tierra (colocar varilla y conductor de cobre soldada), fijar cable de acometida eléctrica a muro, calcomanía cta única dañada.	Conexión solucionado etiqueta 8.0
53	Virrey 4 etapa Usme	Va a varilla de la casa.	Falta tornillo CSColocar abrazadoras tipo intemperie	Colocar sistema tierra con varilla y conductor de cobre soldada.	120.0
54	Voto Nacional	Al poste. No se pudo medir todo en concreto, buscar alternativas de medición.		Legalizar servidumbre, falta medir sistema tierra, requiere baranda de protección y escalera de acceso.	Desconectada
Valor total US $2,333.0					

8.3.4. Pendientes de planta externa.

El señor perito de planta externa verificó el estado de los pendientes de planta externa y en la respuesta a la pregunta16 de su dictamen precisó lo siguiente (página 102):

“En ningún momento el Perito entra a definir la obligación o no de alguna de las partes en disputa de acometer la

construcción, las modificaciones, reparaciones, suministro o de asumir total o parcialmente el costo de los mismos".

Posteriormente se refirió a cada uno de los pendientes de la siguiente manera:

Pendiente	Estado según dictamen pericial
Suministro del cable 2x22 para las cruzadas en los sitios donde se construyó las escalerillas (en total son 1720 cruzadas por ejecutar para un total de 12040 mts)	No se ha producido la entrega del cable
Se encuentra pendiente la construcción de las acometidas para la instalación de strip en los edificios RECODO DEL RÍO (Cra 13 Este N° 12-48 Sur), MULTIFAMILIAR VILLAMAYOR (Tv 39 N° 41-36 Sur) y TEJAR DE ONTARIO (Calle 56 a Sur N° 27-75)	Los strips están sin construir
No se ha dado respuesta al oficio 1180200 - MAV - 270/2001 relacionado con el permiso para la construcción de la caseta del Barrio Danubio Azul Cra. 1B Este Calle 57 Sur	El perito encuentra que el oficio está sin responder y el problema no se ha solucionado
Con relación a los cables de servicio para conexión de BOSCH (Cable de interconexión en cobre entre ELUS) se deben colocar 4 (cuatro) regletas Simons de 50 pares en el MDF de planta externa	Las cuatro regletas no se han colocado
En la construcción de la red directa cable 04 de la central Asturias, fue utilizada infraestructura de constructora Marín Valencia (439 metros) Avenida calle 47 sur entre carreras 65 a 69B.Asturias cable 1,2, 3, 4 y 5 presentan bajo aislamiento	El perito encontró que la canalización empleada fue hecha por la Constructora Marín. El problema de bajo aislamiento se solucionó.
Cámara 2F1 situada en la Carrera 14ª con calle 33 bis sur distrito 53121, interceptó manguera de gas natural, quedando la misma dentro de dicha cámara. Enviado a Teleconsorcio mediante oficio 11180200-517 de mayo 2 de 2002.	El perito deduce que la interceptación se produjo después de la construcción de la cámara.
Solución de acometida en la escalerilla de las ELUs donde se comparten cables eléctricos y cables telefónicos. Enviado a Teleconsorcio mediante oficio 11180200-746.	El perito encontró que sí se presenta esta situación, y técnicamente por costumbre se recomienda evitar que se presente, aunque no hay norma técnica al respecto.

En relación con estos puntos encuentra el tribunal:

En la página 29 de sus aclaraciones al Dictamen pericial expresó:

"Revisado el anexo técnico del convenio, no encontré una indicación taxativa que obligue a Teleconsorcio a entregar a Telecom 12.040 m. de alambre 2x22 para modificar las cruzadas (puentes) respectivos en algunos MDF de acuerdo a su solicitud".

Por lo anterior considera el tribunal que no procede reconocer este pendiente.

En cuanto a los strips, el señor perito de planta externa manifestó (página 103):

"Los strip de estos edificios están sin construir. En revisión a los diseños originales, tal como se puede observar en los planos respectivos, no se contempló la construcción de esos strip".

En esta medida, como quiera que no se previó la construcción del strip ni se ha acreditado que el mismo debía entenderse como parte de las obras previstas, no se accederá a reconocer este pendiente.

En cuanto se refiere a las regletas Simons, el perito precisó en sus aclaraciones (página 32):

“Para la segunda parte de la pregunta, referente a las regletas Simons, en la página 104 de mi informe inicial, respondí que no se han colocado. Al responder de conformidad textual a la pregunta, no quise indicar la obligación de Teleconsorcio de instalarlas.

En efecto, no encontré documento alguno que especificara la obligación de Teleconsorcio de instalar regletas de la marca Simons en la terminación de los cables de cobre para ser empleados en la conexión de los equipos BOSCH y al hacerlo en algunos lugares, considero, fue producto de una atención ante una solicitud expresa de Telecom”.

En la medida en que no está acreditado que existiera la obligación de colocar regletas Simons, considera el tribunal que no puede acceder a este pendiente técnico.

Finalmente, de los pendientes de planta externa que anotó el perito de planta externa solo restan dos:

El primero referido a la respuesta al oficio 1180200 - MAV - 270/2001 relacionado con el permiso para la construcción de la caseta del Barrio Danubio Azul Cra. 1B Este Calle 57 Sur. Sobre este punto encuentra el tribunal pertinente que se proceda a dar dicha respuesta.

El segundo relativo a la acometida en la escalerilla de las ELUs donde se comparten cables eléctricos y cables telefónicos. El cual según el perito fue comunicado a Teleconsorcio mediante oficio 11180200-746. Frente a este encuentra el tribunal que como lo anota el perito no existe norma que imponga la solución que solicita Telecom, por lo cual no se accederá a ello.

8.3.5. Pendientes de transmisión.

El señor perito de planta interna verificó los pendientes de planta interna y señaló los siguientes como no resueltos en sus aclaraciones (página 105):

Progreso

Se invocaban faltantes en las tarjetas de repuesto, jumpers, FC adapter, FC-PC Patch Cord.

El perito señaló que no hay faltantes en jumpers. De otra parte realizó un análisis de la cantidad faltante de FCPC, teniendo en cuenta el patch cord en las tres centrales, lo cual arrojó un valor de US18.171.34.

Asturias

Se sostenía que faltaban jumpers, FC adapter, los 4 manuales originales de los equipos, el PC portátil.

El perito encontró que los manuales estaban en la central Progreso y cuantificó los otros faltantes en un valor de US2.613.18

Marruecos

Se sostenía que faltaban jumpers, los 4 manuales originales de los equipos, el PC portátil, FC-PC Cord.

Al igual que en el caso anterior el perito encontró los manuales en la central Progreso, concluyó que no faltan jumpers y que el FCPC Pathc Cord ya se había contabilizado en la central Progreso. Señaló que el PC portátil tiene un costo de US1300.

Agregó el perito en cuanto a las pruebas de transmisión que las mismas solo se justifican si se han detectado problemas. En esta medida no considera el tribunal procedente acceder a reconocer dicho pendiente.

8.3.6. Pendientes de obra civil.

El perito de planta interna indicó en su dictamen los pendientes de obra civil que el Consorcio debe solucionar, de conformidad con el informe de aclaraciones y complementaciones, rendido por el perito de planta interna, son los siguientes (páginas 107 y siguientes del dictamen):

“Está pendiente para las ELUS: planos arquitectónicos y estructurales en medio magnético”.

El perito señaló (página 108) que se había enviado la información en medio impreso y señaló la cifra por digitalización que estimó en US 519.2 .

“Falta que el Consorcio entregue todos los permisos que gestionó con el distrito según solicitó Telecom en oficio del diciembre 27 / 2001 11180200-1809 en lo referente a los ítems que se señala en el dictamen (página 108):

El perito no hace valoración sobre este punto. Ahora bien, considera el tribunal que el Consorcio debía obtener los permisos que allí se señalan y por ello si no se encuentra la copia respectiva deben entregarse.

8.3.7. Pendientes de obra civil en centrales.

Al revisar estos pendientes en el dictamen rendido se encuentra que todos aquellos a los que se refirió el perito se encuentran solucionados (página 109 a 113 del dictamen). Por lo que no es procedente hacer reconocimiento alguno.

8.3.8. Pendientes de gestión.

En relación el protocolo de pruebas de gestión para los sistemas INC -100 e LMS inalámbricos, el perito señaló que no se encontró una referencia específica sobre estas pruebas y por ello hizo un estimado de dos días de pruebas por US 480.

En relación con el pendiente relativo a mensajes pregrabados (páginas 114 y siguientes de las aclaraciones), el perito señaló que los mensajes requieren actualización y precisó que la empresa debe tener la posibilidad de modificarlos. Indicó que los mensajes de las centrales pueden ser modificados para lo cual se requiere un equipo diseñado para tal fin, el cual de conformidad con la información de Teleconsorcio ya no se comercializa y no hay equipo sustituto.

Sobre el particular encuentra el tribunal que en la medida en que como lo señala el perito es normal que los mensajes pregrabados puedan ser modificados, en principio el proveedor del equipo debe suministrar los equipos necesarios para el efecto como accesorios del mismo.

Ahora bien, en la medida en que no es posible suministrar los equipos y no se acreditó cuál es el perjuicio de Telecom, no es posible condenar en este aspecto.

8.4. Solución de las desviaciones y pendientes técnicos, de cargo del Consorcio y valoración de las mismas.

En relación con la valoración de las desviaciones y pendientes técnicos debe observar el tribunal que en las pretensiones de la demanda se solicitó que se dispusiera que las reconvenidas tienen la obligación de solucionar los incumplimientos técnicos y cuando ello no sea posible que se declare la obligación de pagar el daño emergente.

Por consiguiente, en la parte resolutiva se dispondrá solucionar los incumplimientos establecidos en un plazo de dos meses que el tribunal considera adecuado.

En los casos en que ello sea imposible deberán pagarse los valores que se han indicado en cada caso.

Para mayor claridad el tribunal sintetiza a continuación los valores que se deben reconocer en el evento en que no sea posible ejecutarlos dentro del plazo establecido, o en los casos en que el tribunal ha dispuesto que se reconozca un valor:

Desviación	Valor en dólares de los Estados Unidos de

	América
Identificador de llamadas	US $428.935
LTC	$ 33,306.00
Multiplexores a 64 K	$ 54,893.60
Sistema DCTS-LMS	$ 4.083.33
Puertos Sincrónicos	$ 62,789.00
Conectores FC-PC	$ 84,509.00
Anillo de Fibra Óptica Marruecos	$ 1’645,939.8
Estudios sismoresistencia	$2.116.00
Aire Acondicionado	$ 3,723.00
Pendientes Conmutación	$ 79,268.6
Pendientes Inalámbricos	$ 2,333.00
Pendientes Transmisión	$ 22,084.52
Pendientes Obra Civil	$ 519.20
Pendientes Gestión	$ 480.00

Finalmente, debe observar el tribunal que la apoderada de Telecom en su alegato de conclusión, indicó que las sumas calculadas por el perito corresponden a fechas diferentes y advierte que, en muchos casos, no se expresa la fecha correspondiente, por lo cual es necesario que los valores calculados por el perito sean actualizados a una misma fecha. Para tal propósito sugiere que tal actualización sea efectuada utilizando la tasa de descuento del modelo económico del contrato o utilizando la tasa de inflación de los Estados Unidos de Norteamérica. Así mismo, para los casos en que el perito no señala la fecha, es necesario contar con una prueba con la información de la fuente de la cual el perito obtuvo sus valoraciones y la fecha en la cual se encuentra expresado dicho valor. De otra parte, advierte que la mayor parte de los incumplimientos técnicos calculados por el perito son presentados en precios FOB, sin incluir el precio de los fletes, impuestos y costos de instalación en que se incurriría en caso de requerirse ejecutar la obligación objeto de discusión, por lo cual debe calcularse este valor.

Sobre el particular considera el tribunal que en la pretensión subsidiaria a la décima octava de la demanda de reconvención, se solicitó que cuando haya imposibilidad de solucionar alguna de las desviaciones técnicas debe declararse que las reconvenidas tienen la obligación de “reconocer a Telecom el valor por concepto del daño emergente causado, de conformidad con lo que se pruebe en este proceso”. En esta medida, como la pretensión claramente se subordinó a lo que se probara en el proceso, el tribunal debe ajustarse a lo que estableció el perito, a cuyo dictamen atendida su fundamentación, el tribunal le reconoce mérito demostrativo suficiente.

9. La cláusula penal.

En la pretensión décima novena formulada en la demanda de reconvención, Telecom solicitó que “como consecuencia de los incumplimientos técnicos de las reconvenidas, se haga efectiva la cláusula penal contenida en el literal “m” de la cláusula cuarta del convenio C-060-95, por un valor equivalente al 10% del valor de la inversión requerida de acuerdo con el plan de negocios acordado por las partes, es decir la suma de diez millones ciento cincuenta y cinco mil ochocientos veintisiete dólares de los Estados Unidos de América (US$10,155,827)”.

A tal efecto en el hecho cuadragésimo noveno de la demanda se refirió al literal m de la cláusula cuarta del

convenio. Agregó que, tal como fue pactada, la cláusula penal puede acumularse al cumplimiento de la obligación principal. Igualmente afirmó que en caso de que sea imposible el cumplimiento de la obligación principal se puede obtener el pago de la cláusula penal y el resarcimiento de los perjuicios provenientes del daño emergente sufridos por Telecom, por cuanto esta cláusula penal fue concebida como un mecanismo de sanción al retardo en el cumplimiento de las obligaciones de las reconvenidas (cláusula penal moratoria) y no como una estimación anticipada de la totalidad de los perjuicios que un incumplimiento de las reconvenidas podría llegar a generar a Telecom.

Por su parte, el Consorcio afirmó que comoquiera que no incurrió en los incumplimientos técnicos que le imputa la convocada, no procede el pago de la cláusula penal. Advirtió, además, que Telecom no puede reclamar perjuicios a título lucro cesante por cuanto lo excluye el contrato, por lo cual solo podría tomarse en cuenta el daño emergente y el mismo no aparece acreditado. Por otra parte afirmó que la cláusula penal previó que la misma se tomaría de la póliza, que esta es la modalidad exclusiva de pago, y que Telecom no reclamó al asegurador. Expresó que la cláusula penal solo se debe desde la mora y como quiera que la obligación de transferir es posterior al pago del valor de rescate, no hay mora y por ello no es exigible la cláusula penal. Finalmente señaló que, en todo caso, no hubo incumplimiento total, y tampoco está determinada la parte cuyo incumplimiento se atribuye al Consorcio. Por lo anterior, en el improbable caso de un incumplimiento parcial, debería reducirse la pena, en opinión del Consorcio, en un cien por ciento.

Sobre el particular considera el tribunal lo siguiente:

El literal m) de la cláusula cuarta del convenio dispone lo siguiente:

“El Consorcio cumplirá con sus obligaciones definidas en el convenio y será responsable ante Telecom por el incumplimiento de las mismas. Telecom podrá hacer efectiva en calidad de cláusula penal una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor de la inversión requerida, de acuerdo con el plan de negocios acordado por las partes. Este valor se tomará de la póliza de garantía de que trata la cláusula décima-séptima; sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal”.

En relación con esta cláusula, observa el tribunal que las partes pactaron claramente que la aplicación de la misma tendría lugar sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. Por consiguiente, el hecho de que el tribunal reconozca que existen desviaciones y pendientes técnicos y condene al Consorcio a subsanarlos o a pagar su valor cuando ello sea imposible, no impide que se condene al valor de la cláusula penal.

Ahora bien, el Consorcio señala que en el convenio se dispuso que las partes no responderían por el lucro cesante. Desde este punto de vista, se observa que ciertamente la cláusula vigésima del convenio establece que “Las partes entre sí solo responderán y pagarán por los perjuicios causados por daño emergente”. Sin embargo, tal circunstancia no tiene incidencia sobre la cláusula penal.

En efecto, tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 7 de octubre de 1961 G.J. tomo 152, página 450), la cláusula penal por su naturaleza excluye cualquier debate sobre la existencia de un perjuicio y su prueba. Es por ello que el artículo 1599 del Código Civil dispone que “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”. Por consiguiente, el hecho de que se haya pactado que no se respondería de un determinado perjuicio, o el hecho de que no se probara otro, no tiene incidencia sobre la cláusula penal.

Por otro lado, el Consorcio también se refiere al hecho de que el convenio establece que la cláusula penal se tomará de la garantía de cumplimiento otorgada. Sobre el particular observa el tribunal que dicha regla debe interpretarse teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula décima séptima del convenio, la cual establece “Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en este convenio, el Consorcio constituirá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de firma del mismo, garantía mediante póliza bancaria o de compañía de seguros legalmente constituidas en Colombia, por un monto igual al diez por ciento (10%) del valor total de la inversión requerida de acuerdo con el plan de negocios aprobado y deberá permanecer vigente desde su expedición hasta el término previsto para la puesta en funcionamiento de todos los equipos y redes”.

Como se puede apreciar, de conformidad con la cláusula transcrita, la póliza tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones emergentes del convenio, por lo cual no puede concluirse que la única forma de hacer efectiva la cláusula penal es a través de dicha póliza, pues ello equivaldría a subordinar la existencia y eficacia de lo principal a lo accesorio. Cuando existen garantías, el acreedor tiene derecho de hacer efectiva la obligación principal o acudir a ellas. Si la garantía se extingue o disminuye de valor, ello no afecta la obligación principal, sino que por el contrario determina que esta última sea exigible de conformidad con el artículo 1553 del Código Civil. Así mismo, en diversos casos establece el ordenamiento que si la garantía experimenta demérito, el acreedor tiene derecho a que se le mejore o se le de otra seguridad equivalente (por ejemplo para la hipoteca C.C., art. 2451). Por consiguiente, es claro que la existencia de la obligación no puede verse afectada por el hecho de que no se haga efectiva la garantía de la misma.

De otra parte, en cuanto se refiere a la mora del Consorcio, debe recordarse que el objeto del convenio era (cláusula primera) desarrollar conjuntamente con Telecom un proyecto de telecomunicaciones para prestar el servicio público domiciliario. Para tal propósito, el Consorcio debía poner a disposición de Telecom las facilidades ofrecidas (cláusula tercera), por lo cual debía (cláusula cuarta) entregar, instalar y poner en funcionamiento las redes y los equipos necesarios. Para tal efecto, el anexo financiero había previsto que 60.000 líneas entrarían en operación en un plazo de 11 meses a partir de la firma del contrato y 50.000 líneas en 23 meses contados a partir de la misma fecha.

Por consiguiente, era claro que dentro de dichos plazos debían suministrarse los elementos objeto del convenio, completos y libres de desviaciones técnicas, luego en consonancia con lo expuesto en el acápite inmediatamente anterior de estas consideraciones (8º), ha de concluirse que en efecto el Consorcio incurrió en mora.

Observa el tribunal, en este orden de ideas, que de conformidad con el artículo 1596 del Código Civil, cuando el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, aquel tiene derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal. Así mismo, el artículo 867 del Código de Comercio establece la facultad de reducir equitativamente la pena cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. El mismo principio se aplica entratándose, como ocurre en el presente caso, de una cláusula penal que cumple función de apremio, esto es, que sirve de mecanismo de presión sobre el deudor para que este cumpla oportunamente las obligaciones a su cargo. Dado que en este supuesto la pena accede a una obligación principal (la de ejecutar prontamente las prestaciones pactadas) que no está determinada en una cuantía líquida de dinero, ha de aplicarse la regla contenida en el artículo 1601, inciso 2º, del Código Civil, evento en el cual el inciso 4º de la misma disposición faculta al juez a reducir la pena a su prudente criterio.

Por consiguiente, el tribunal accederá a la pretensión de Telecom, pero solo condenará a pagar parcialmente el importe de la cláusula penal, pues las desviaciones y pendientes técnicos que se reconocerán en el presente laudo, son de menor importancia frente a la totalidad de la infraestructura. Para calcular el valor de la cláusula penal, el tribunal tendrá en cuenta la proporción existente entre el valor de la inversión prevista en el anexo técnico y los pendientes y desviaciones técnicas reconocidos, de tal suerte que es procedente condenar al Consorcio a pagar el 2,4% del valor de la cláusula penal, esto es, la suma de US$243.740, la cual habrá de ser pagada tan pronto adquiera firmeza el presente laudo.

10. Gastos y expensas de conservación y mantenimiento de la infraestructura.

En la pretensión octava de su demanda el Consorcio solicitó que se condenara a “Telecom a pagar a las convocantes, como consecuencia de la tenencia y el uso de la infraestructura, la totalidad de los gastos que se demuestren por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento, y derechos derivados de contratos sobre inmuebles, causados desde el 27 de marzo de 2002 y hasta que le sea transferida la propiedad”. A tal efecto señaló, además, que el Consorcio, como propietario de la infraestructura, nada ha recibido por la explotación de sus propios bienes, pese a continuar con cargas como los seguros, impuestos, cánones de arrendamiento, derechos derivados de contratos sobre inmuebles, los cuales son responsabilidad de Telecom.

Telecom se opone a dicha pretensión, y a tal efecto señala que ha sido por razón del incumplimiento del Consorcio que no ha recibido la infraestructura, pues no cumple los requerimientos técnicos.

Sobre el particular observa el tribunal que está acreditado en el dictamen pericial financiero, el cual se funda en la contabilidad de Teleconsorcio S.A., el monto las sumas que esta pagó por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamientos sobre inmuebles y posterías.

La discusión entre las partes se centra en si el Consorcio tiene o no derecho a que Telecom le reconozca las sumas mencionadas.

A este respecto estima pertinente el tribunal precisar el momento en que el Consorcio debía transferir la propiedad de la infraestructura a Telecom, pues a partir de dicha transferencia era esta última la que debía asumir los gastos causados por razón de la misma.

A tal efecto, la cláusula cuarta literal l) del convenio establece entre las obligaciones del Consorcio la siguiente:

"l) Transferir la propiedad y demás derechos a Telecom, a la terminación del convenio, por el valor establecido en el anexo financiero, de todos los bienes muebles e inmuebles, de las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos. La entrega de estos bienes se formalizará de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, y la transferencias de títulos se obliga a realizarla el Consorcio dentro de los seis (6) meses siguientes".

Por otra parte, el anexo financiero establece:

"El Consorcio tiene la obligación de entregar a Telecom a la terminación del convenio de asociación por el valor neto estimado de ..., los equipos utilizados en la ejecución del proyecto y otros derechos obtenidos en las condiciones que dichos bienes se encuentren en ese momento. La entrega de los bienes muebles se formalizará mediante la utilización de un acta de recibo para la transferencia de Telecom de los mismos.

Este valor será pagado por Telecom dentro de los treinta días contados a partir de la terminación del convenio de asociación y estará libre de deducciones y retenciones".

De esta manera, de conformidad con el convenio, la transferencia de la infraestructura debía hacerse en el momento del pago del valor de rescate, sin perjuicio de que cuando para ello fuera necesario otorgar títulos, había un plazo de seis meses.

Ahora bien, el Consorcio manifiesta que no ha transferido la propiedad, por cuanto Telecom no le ha pagado el valor correspondiente, esta última, a su turno, no lo hizo por las discusiones acerca del monto debido por concepto de valor de rescate. Sin embargo, el Consorcio ya había entregado la tenencia de los bienes a Telecom, por lo cual después de la terminación del convenio esta pudo continuar prestando el servicio en la zona.

Por otro lado, debe observar el tribunal que las desviaciones y pendientes técnicos reconocidos no son de gran importancia frente al total de la infraestructura y, además, no han impedido a Telecom prestar el servicio a través de ella. Por consiguiente, las mismas no hubieran justificado por sí solas una negativa de Telecom a recibir la transferencia de la infraestructura.

En la medida en que las partes no establecieron una regla para el evento que se ha presentado y el mismo no se encuentra regulado expresamente por el ordenamiento positivo, se trata de una situación que debe resolverse a la luz del principio de la buena fe y el del enriquecimiento sin justa causa.

En efecto, tal y como se desprende del artículo 83 de la Constitución Política, el principio de la buena fe es de carácter general y, por ello, en materia contractual, el mismo se puede manifestar en la celebración del contrato, en su ejecución, así como en su liquidación.

El principio de la buena fe impone el deber de observar una conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte (Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones, tomo I, página 102. Ed Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969) y en particular, a hacer todo cuanto sea necesario para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación, de tal modo que cada uno de los contratantes pueda lograr los fines previstos al contratar. En el mismo sentido, la buena fe impone la

"obligación para cada parte de proteger la utilidad de la otra en los limites en que ello no implique un apreciable sacrificio a su cargo (Massimo Bianca. La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale. Rivista di Diritto Civile. 1983, página 210). Este principio permite precisar el contenido de las obligaciones contractuales, así como determinar la existencia de obligaciones no pactadas expresamente por las partes, como son todas aquellas que sean necesarias para salvaguardar la utilidad de la otra parte en el contrato (Bianca, Ob cit, página 211), y puede emplearse para determinar la forma como las partes deben comportarse en los eventos no previstos. Las obligaciones derivadas del deber de obrar de buena fe, pueden manifestarse tanto antes de la conclusión del contrato, en forma concomitente con el desarrollo de la relación contractual o en forma subsiguiente al cumplimiento de la prestación (Betti, Ob cit, páginas 104, 105 y 110). En derecho colombiano el artículo 871 del Código de Comercio dispone que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe "y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

En esta medida debe destacarse que el propósito del convenio, tal y como se ha señalado, consistía en prestar el servicio de telefonía básica conmutada, para lo cual, el Consorcio debía aportar la infraestructura que se había estipulado, con el fin de que a través de los ingresos provenientes de la prestación del servicio pudiera amortizarse el valor de ella, la cual debía transferirse a Telecom a la terminación del convenio, por el valor de rescate determinado de conformidad con el anexo financiero. De esta manera, Telecom debía recibir la propiedad de la infraestructura, para continuar explotándola, y el Consorcio recibiría el valor de rescate. Siendo así las cosas, si la infraestructura no es transferida a Telecom a la terminación del convenio y no hay mora imputable al Consorcio en el cumplimiento de esta prestación, es claro que este último no tiene por qué asumir en forma definitiva los gastos que se causen por razón de la propiedad de la infraestructura y por ello, si efectúa gastos, tiene derecho a que se le reembolsen, pues de otra manera se afectarían los beneficios a que legítimamente tendría derecho el Consorcio.

Por lo demás, tal conclusión corresponde al principio "*ubi emolumento, ibi onus"*, en virtud del cual, quien recibe el beneficio debe soportar la carga, al que de antaño la doctrina ha hecho referencia.

Por otro lado, si lo anterior no fuera suficiente, desde hace muchos años la jurisprudencia (así por ejemplo, la sentencias del 6 de septiembre de 1935, G.J., tomo 42, página 605, 19 de noviembre de 1936, G.J. tomo 44, página 474, 27 de marzo de 1939, G.J. tomo 48, página 128 y 26 de marzo de 1958, G.J. tomo 87, página 502) señaló que entre los principios generales de derecho se encuentra el de que nadie se puede enriquecer sin justa causa. Este principio, que tiene sus raíces en el derecho romano (sentencia del 6 de septiembre de 1940, G.J., tomo 50, página 39), requiere, según ha señalado la Corte, cinco condiciones (sentencia del 19 de noviembre de 1936, ya citada):

"1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una venta patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa... 2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido o sea que a expensas de este se haya efectuado el enriquecimiento ... 3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica... 4) Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso,* se requiere que el demandante carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o las que brotan de los derechos absolutos....5) La acción *in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley...".

Es pertinente señalar que como lo advierte la jurisprudencia, el enriquecimiento no necesariamente es patrimonial, y puede consistir en una ventaja intelectual (sentencia del 26 de marzo de 1959, GJ. Tomo 87, página 502) o inmaterial, pero que es pecuniariamente apreciable (Jean Carbonnier. Droit Civil. Les Obligations, número 120) como es el caso del profesor que no recibe retribución (Alex Weill, Francois Terré. Droit Civil. Les Obligations. Número 819). De la misma manera, el empobrecimiento puede no provenir de una pérdida material, sino que puede resultar de un servicio prestado. Por otra parte, no es necesario que exista una relación directa entre el patrimonio del empobrecido y el del enriquecido, pues ello puede ocurrir a través del patrimonio de otra persona, siempre que en todo caso exista el paso de valor de un patrimonio a otro (sentencia del 19 de noviembre de 1936, G.J. tomo 44, página 474). La doctrina señala, igualmente, que habrá causa y no será viable la acción in rem verso cuando el empobrecido ha actuado en función de su interés personal (Jean Carbonnier, Ob cit). En un sentido

análogo, doctrina reciente (Alex Weill, Francois Terré, Ob. Cit. Número 822) señala otra condición que consiste en que el empobrecido no haya actuado a sus riesgos, en función de una ventaja eventual, como el arrendatario que hace obras en un inmueble de las cuales espera beneficiarse.

Si se examinan los hechos a los que se refiere la pretensión en estudio, se encuentra que, en todo caso, procede aplicar la figura del enriquecimiento sin causa. En efecto, los pagos realizados por el Consorcio sin duda enriquecieron a Telecom, en la medida en que le evitaron realizar incurrir en expensas que eran de su cuenta en la medida en que ha venido percibiendo los ingresos provenientes de la infraestructura. En segundo lugar, existe un empobrecimiento correlativo del Consorcio que se expresa en los pagos que el mismo realizó. En tercer lugar, no existe ninguna causa jurídica por la cual el Consorcio debiera realizar estos pagos y liberar de los mismos a Telecom no obstante esta última explotar la infraestructura. En efecto, ninguna obligación en tal sentido establecía el convenio, y adicionalmente, tampoco existía mora del Consorcio en el cumplimiento de su obligación de transferir que diera lugar a que asumiera tales costos. Se trata de un enriquecimiento que sería extraño a la ejecución misma del contrato que, por ello, abre la vía a la acción de enriquecimiento sin causa (Jean Chevallier. Répétition des enrichissements non causés. Le Droit Privé au Milieu du XX siecle. Etudes Offerts a George Ripert. Tomo II, página 245). En cuarto lugar, al examinar el ordenamiento no encuentra el tribunal que el mismo consagre una acción que se pueda ejercer en este caso. Menos aún se trata, bajo otra perspectiva que igualmente analiza la doctrina, de eludir el hecho de que no se intentó oportunamente la acción procedente. Finalmente, no existe una norma imperativa que conduzca a concluir que el Consorcio debe asumir tales costos y no los puede recuperar de Telecom.

Todo lo anterior lleva al tribunal a concluir que, en el presente caso, Telecom debe reconocer al Consorcio el valor pericialmente estimado en la cantidad $3.934.751.766 (página 7 de las respuestas a las preguntas del Consorcio en el dictamen rendido por el perito financiero).

11. Compensación judicial.

1. Con evidente propósito de síntesis, enseña la doctrina que la compensación, entendida ella de acuerdo con la definición que suministra el artículo 1714 del Código Civil, puede ser legal si opera por el ministerio de la ley (*ipsa vi legis*) al concurrir, en las obligaciones contrapuestas, los requisitos que señala el artículo 1715 ibídem; convencional o voluntaria, cuando deriva de la libre determinación de los interesados aún cuando, en su totalidad, no se den tales recaudos; y en fin, judicial o reconvencional que funciona por determinación del juez luego de encontrar fundadas dos pretensiones recíprocas de reconocimiento de obligaciones, no extinguidas de antemano y hasta cantidad concurrente por efecto de la compensación legal, que cuantitativamente se contrarestan.

En consonancia con estas nociones básicas, igualmente explica la doctrina que la “compensación judicial” es la que se determina por obra de un pronunciamiento judicial en firme que, a la par con el crédito reclamado por el demandante, acepta también el pretendido por el demandado reconviniente, “… estableciéndo así un balance entre ellos que deja un saldo insoluto a favor de uno u otro, (…) de tal suerte que la condena que de ahí surge es el resultado de una compensación de obligaciones recíprocas arbitrada por el juez…” (Jorge Joaquín LLambías, Tratado de Derecho Civi. Obligaciones. T.III, Nº 1965).

Así, pues, para que esta variedad de compensación pueda tener lugar, basta con que al finalizar la instancia judicial en un proceso concreto, aparezca configurado nítidamente el fenómeno que suele denominarse de “neutralización jurídica” que, por sabido se tiene, acontece cuando el titular de un derecho es a su vez sujeto pasivo de un derecho contrario de su propio deudor, situación esta frente a la cual el legislador –dice otro expositor– “… se hace cargo de la inutilidad que resultaría de imponer a uno de los sujetos intervinientes el cumplimiento de su propia obligación, para a su turno recibir el cumplimiento de la otra, disponiendo la extinción de las dos obligaciones recíprocas sin necesidad de que se intercambien ambas prestaciones, hasta la concurrencia del monto de la menor y subsistiendo en cuanto al resto…” por lo que en esta forma –prosigue el mismo autor en cita– “… se procura evitar un superfluo transporte de numerario o de cosas incluidas en la prestación, satisfaciéndose cada acreedor mediante la liberación de su propia deuda, con lo cual se obvia la inoficiosa materialidad de las entregas respectivas…” (Atilio A. Alterini. Curso de Obligaciones. T. II, Nº 1476).

En resumen, al igual que acontece con la compensación legal, en la que se opera por el ministerio del juez, en el

marco de situaciones litigiosas concretas donde no se dan las condiciones previstas en el artículo 1715 del Código Civil para que ocurra la compensación legal con efectos retroactivos al momento en que en las respectivas obligaciones concurrieron tales condiciones, también la figura está llamada a cumplir aquella función neutralizadora al permitirle, a los sujetos involucrados, cobrar sus créditos liberándose del pago de las deudas concurrentes, pero la diferencia se centra en que la compensación judicial solamente se atiene al carácter de acreedores y deudores recíprocos que al tiempo de la sentencia y en virtud del contenido de esta última sea predicable con certeza de los litigantes, por cuyo motivo, el juez en ejercicio del poder jurisdiccional del que está investido y aun cuando las partes no lo pidan expresamente, se encuentra habilitado para decretar la compensación que a su juicio se muestre adecuada con arreglo a las particularidades propias de cada caso, compensación esta que desde luego opera una vez ejecutoriado el fallo y en lo que fuere conducente, podrá ser alegada en la fase de ejecución de este último.

2. En la especie de autos es sin duda a esta forma de compensación judicial a la que hicieron referencia las partes, Telecom al solicitar en la demanda de reconvención reformada se la declare, y el Consorcio al proponerla como excepción en el escrito que contiene la respuesta a dicha demanda, y así entendidas las cosas, hay lugar a acceder a ello, efectuando la compensación correspondiente entre las deudas y los créditos, unas y otros expresados en dólares de los Estados Unidos de América, resultantes entre las partes conforme a lo decidido en este laudo.

En consecuencia, tan solo habrá lugar a imponer condena por la diferencia que, después de realizada dicha compensación, subsiste a cargo de la entidad pública convocada en la cuantía de USD$60.675.899, según la siguiente operación:

Compensación		
	Valor a favor del consorcio	**Valor a favor de Telecom**
Valor de rescate	USD$ 58.352.629,00	
Inversión adicional	USD$ 2.427.823,00	
Gravamen a los movimientos financieros	USD$ 139.187,00	
Cláusula penal		USD$ 243.740,00
Suma	USD$ 60.919.639,00	
Total	USD$ 60.675.899,00	

En lo que toca con las deudas del Consorcio, así compensadas, se tienen por extinguidas una vez cobre firmeza legal el laudo y por lo tanto, no procede respecto de dichas obligaciones, imponer condena al pago de intereses moratorios como lo pide Telecom en la pretensión vigésimo primera de la demanda de reconvención reformada.

12. La petición de pago de intereses.

En la pretensión séptima de su demanda, el Consorcio solicitó que las sumas que allí se indican se pagaran “a las sociedades NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO, Ltd y Sumitomo Corporatio en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del dieciocho por ciento (18%) en dólares de los Estados Unidos de América causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago”. Igualmente se solicitó que se pagara "A las sociedades colombianas Teleconsorcio S.A. y Telepremier S.A., en la proporción que corresponda, junto con los intereses correspondientes liquidados a una tasa del dieciocho por ciento (18%) en dólares de los Estados Unidos de América sin exceder de la máxima tasa permitida por la ley, causados desde el 26 de abril de 2002 y hasta la fecha de pago, liquidadas en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o la que haga sus veces, del día efectivo de su pago". Así mismo, en las pretensiones subsidiarias el Consorcio solicitó el pago de intereses, pero a una tasa del doce por ciento (12%) o a la tasa de interés máxima permitida por la ley. Señaló el Consorcio que Telecom incurrió en mora en pagar el valor de rescate, el cual debió cancelarse dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del convenio, por lo cual

deben pagarse intereses a la máxima tasa permitida.

Por su parte Telecom se opone a dicha pretensión y advierte que en ninguna parte del convenio o de sus anexos se pactaron intereses. Cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la cual para que haya lugar a intereses remuneratorios, debe haber un pacto especial, y advierte que ello no ocurrió en el presente caso. Expresa que los intereses moratorios solo se deben a partir de la mora y Telecom, al contestar la demanda, propuso la excepción de contrato no cumplido. En esta medida como esta excepción fue probada en el presente proceso, concluye que no hay mora. Afirma que no existe una obligación clara, expresa ni actualmente exigible, por la suma del valor de rescate, en tanto hay importantes discrepancias sobre la forma como se debe determinar y liquidar dicha suma. Igualmente precisa que no es posible cobrar intereses moratorios, porque las partes renunciaron mutuamente al cobro de lucro cesante. Finalmente, afirma que Telecom tiene en virtud del contrato un derecho de opción y por ello no sería congruente que se causaran intereses moratorios si no se ha ejercido la opción.

En relación con dichas pretensiones considera el tribunal:

Como lo señala la convocada, las partes no incluyeron en el convenio C-0060-95 la obligación de pagar intereses. Por consiguiente, no hay lugar al reconocimiento de intereses remuneratorios, pues como lo precisó la Corte Suprema de Justicia (Sentencia del 28 de noviembre de 1989), la obligación de pagar intereses remuneratorios como fruto de las prestaciones dinerarias no opera *ipso jure*, por lo cual solo se causan en los eventos en que las partes lo han convenido o la ley lo establece.

Por lo que se refiere a los intereses moratorios, los mismos, en principio, se causan desde que el deudor está en mora de pagar una suma de dinero. Sin embargo, como también lo ha aclarado la Corte Suprema de Justicia, para que ello ocurra se requiere como presupuesto necesario que exista una obligación exigible de pagar una cantidad de dinero. Por consiguiente, si la cantidad solo se pudo establecer como consecuencia del proceso, no procede el pago de intereses de mora con anterioridad a la ejecutoria del laudo.

Sobre el punto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo CLXXVI p. 288) sostuvo:

“Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia necesitó de reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación”.

Así mismo en sentencia del 10 de junio de 1995 la Sala Civil de la Corte (exp. 4540) expresó:

“En este orden de ideas resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto este sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la Corte que ‘la mora en el pago solo llega a producirse cuando exista en firme una suma liquida’ (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)”.

Por consiguiente, como en el presente caso el valor de rescate solo pudo ser determinado en cifra cierta como consecuencia de este proceso arbitral, no hay lugar a condenar al pago de intereses de mora hasta la ejecutoria del laudo.

De otra parte, entiende el tribunal que el no pago oportuno del valor de rescate determina que el Consorcio haya dejado de recibir el rendimiento de dicho dinero e igualmente puede dar lugar a que haya disminuido el poder adquisitivo de la suma correspondiente al valor de rescate.

Sin embargo, el tribunal no puede condenar a pagar suma alguna adicional por razón de los rendimientos dejados

de percibir hasta la ejecutoria del laudo, en la medida en que, de una parte, no existe prueba de cuáles fueron dichos rendimientos y, de otra parte, el convenio claramente excluye la posibilidad de obtener la reparación del lucro cesante.

Por lo que se refiere a la pérdida de poder adquisitivo de la divisa, encuentra el tribunal que no puede reconocerla pues no se encuentra probada en el proceso, y de otro lado, en el presente caso dicha pérdida de poder adquisitivo no constituye un hecho notorio, pues tal carácter solo se predica de los "indicadores económicos nacionales", y la mencionada pérdida de poder adquisitivo, cuando de moneda extranjera, no puede determinarse mediante el empleo de tales indicadores.

Ahora bien, una situación distinta a la expuesta se presenta en relación con los intereses que podrían generar las condenas que se imponen en el presente laudo.

En efecto, de una parte, si bien es usual señalar que los intereses de mora reparan el lucro cesante que ha sufrido el acreedor por la privación del dinero, lo cierto es que desde el punto de vista normativo, no se puede afirmar que ello siempre es así. En efecto, para el legislador los intereses compensan, en principio, la totalidad de los perjuicios sufridos por el acreedor, bien sea que los mismos constituyan un daño emergente o un lucro cesante. El acreedor puede demandar el pago de perjuicios adicionales que sean consecuencia directa de la mora, cuando los pueda probar, y ellos a su turno, pueden también constituir un daño emergente o un lucro cesante (Philipe Malaurie y Laurent Aynes. Obligations. 2 Contrats et Quasi-contrats, 11 ed. 2002, página 353). A lo anterior se agrega que, igualmente, ha señalado la doctrina que el interés, dado su valor, tiene no solo una función indemnizatoria sino también sancionatoria, pues en la práctica puede enriquecer al acreedor.

Siendo así las cosas y dada la diversidad de naturaleza de los intereses frente a la reparación del lucro cesante, considera el tribunal que no es posible afirmar que cuando las partes excluyeron su reparación, al propio tiempo excluyeron la posibilidad de que una de ellas cobrara a la otra intereses por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de las mismas, reconocidas en este laudo.

Ahora bien, ¿cuál debe ser la tasa de interés aplicable en el presente caso?

Sobre este punto lo primero que debe observar el tribunal es que las condenas se impondrán a favor de Teleconsorcio por las consideraciones expuestas en otro aparte de este laudo. Ahora bien, en la demanda reformada los actores solicitaron (pretensión séptima) que los pagos a favor de las sociedades colombinas se hicieran "en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado, o a la que haga sus veces el día efectivo del pago".

El tribunal considera que esta pretensión debe concederse en esta forma, por cuanto el contrato original había sido celebrado con cuatro personas jurídicas extranjeras y debía pagarse en dólares. Lo anterior implicaba, por consiguiente, que el riesgo cambiario lo asumía Telecom. El hecho de que se hayan cedido los derechos patrimoniales del convenio a una sociedad colombiana, no debe alterar las reglas contractuales, pues la cesión transfiere el crédito tal "como existía en provecho del cedente" (Marcel Planiol. George Ripert. Traité Pratique de Droit Civil Francais. Tomo VII, número 1126). Por consiguiente, el riesgo cambiario debe permanecer en cabeza de Telecom. De este modo, si bien Teleconsorcio debe recibir el pago en pesos de Telecom, el monto de la obligación debe determinarse a la tasa de cambio del día del pago. Esto es además lo que corresponde al principio de la ejecución de buena fe del contrato.

En cuanto a la tasa de interés moratorio aplicable a una obligación denominada en dólares, encuentra el tribunal que no es aplicable el artículo 884 del Código de Comercio, pues dicha disposición toma como referencia el interés bancario corriente. Ahora bien, de conformidad con el artículo 326 numeral 6º del estatuto orgánico del sistema financiero, la (*)

En la medida en que no existe norma aplicable en la legislación mercantil, en virtud de lo dispuesto por el artículo 822 del Código de Comercio debe acudirse a la legislación civil. Desde este punto de vista observa el tribunal que el artículo 1617 del Código Civil establece las reglas aplicables a la indemnización de perjuicios por la mora en el caso de obligaciones dinerarias y a tal efecto señala que "Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha

pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario". Por consiguiente, en el caso que se examina, a partir de la ejecutoria del laudo, deberá reconocerse el interés legal que el Código Civil fija en el 6%. No sobra observar que el interés que establece el Código Civil es un interés puro, esto es, no toma en cuenta la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, y por ello es coherente con las obligaciones pactadas en moneda extranjera.

13. Cumplimiento de las condenas impuestas en el laudo a Telecom.

1. Aun cuando es lo cierto que el Consorcio convocante y a la vez demandado en reconvención, está integrado por seis (6) sociedades, cuatro de ellas conocidas como las "compañías japonesas" (NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, hoy Sojitz Corporation, Mitsui & CO. Ltd. Y Sumitomo Corporation) y las dos restantes llamadas las "compañías colombianas" (Teleconsorcio S.A y Telepremier S.A.), de los autos se desprende con suficiente claridad, particularmente frente al texto del compromiso consorcial celebrado por aquellas el 22 de noviembre de 1995 y las cuatro modificaciones introducidas al mismo hasta enero de 1999 (Cfr. fls. 235 a 260 del cdno. pbas. 1), lo siguiente:

(iii) Que de acuerdo con el contenido del documento modificatorio del compromiso consorcial, suscrito el 26 de agosto de 1996 entre las "compañías japonesas" y las "compañías colombianas", las primeras manifestaron su voluntad de ceder, de manera total, definitiva e irrevocable a favor de las segundas, los derechos, títulos e intereses con relación a todas las sumas de dinero que fueren pagables o pagaderas a favor del Consorcio o a cada uno de sus integrantes en razón de la ejecución del convenio C-0060-95, "… de forma tal que en adelante todos los derechos, títulos e intereses cedidos, al igual que las sumas de dinero de ello resultantes o por ellos generadas, quedarán radicados exclusivamente en Teleconsorcio y Telepremier".

(iv) Que a su turno, entre estas dos últimas sociedades, en mérito de lo pactado en esos mismos documentos modificatorios del compromiso consorcial en mención, se configura frente a Telecom, en su condición de entidad pública contratante, bajo los términos de los artículos 1634, 1638 y 1639 del Código Civil y en lo que respecta a la percepción de cualquier ingreso, fruto o producto vinculado al desarrollo del convenio C-0060-95, una inequívoca diputación para el cobro en cabeza de la sociedad Teleconsorcio S.A., atribución que por lo demás le viene a la medida dada su naturaleza de compañía operadora y vehículo, en general, de la explotación comercial del proyecto, creada con tal fisonomía por las "compañías japonesas" contratistas.

2. En este orden de ideas, no se aprecia motivo atendible ninguno, debidamente acreditado en los autos, que imponga hacer de lado estas estipulaciones lícitas entre las compañías convocantes para determinar a cuál de ellas, como consecuencia del presente laudo, debe satisfacer Telecom las condenas pecuniarias que se le imponen a favor del Consorcio, y por lo tanto estima el tribunal que no hay lugar a efectuar la distribución porcentual que se solicita en el texto de la demanda principal reformada.

III. Costas

Por cuanto prosperan parcialmente, tanto la demanda inicial como la de reconvención, ambas reformadas, y considerando el beneficio económico prácticamente equivalente obtenido por las dos partes como consecuencia del resultado de este proceso, el tribunal estima que hay lugar a darle aplicación al artículo 392 numeral 6º del Código de Procedimiento Civi, en concordancia con el artículo 154, inciso final, del Decreto 1818 de 1998 (texto del D.L. 2279/89, art. 33), absteniéndose de imponer condena al pago de costas.

Por lo tanto, cada una de las partes correrá con sus propios gastos y expensas procesales.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento conformado para decir sobre las diferencias entre Teleconsorcio S.A. Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation, de una parte, y de la otra, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —Telecom en liquidación—, mediante el voto unánime de los tres árbitros que lo integran, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar que en virtud de lo previsto en el convenio C-0060-95, en su cláusula trigésima cuarta (prelación), y en el parágrafo de su cláusula primera (objeto del convenio), el contenido de la cláusula décima quinta de dicho convenio (riesgo compartido), prevalece, y además prima, en caso de discrepancia entre esta última cláusula y el anexo financiero del convenio.

Segundo. Declarar que de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima quinta del convenio C-0060-95, Telecom no garantiza al Consorcio asociado, la demanda del servicio.

Tercero. Declarar que de conformidad con la misma cláusula décima quinta del convenio C-0060-95, Telecom no garantizó al Consorcio el pago de ninguna suma por las líneas instaladas no vendidas y por lo tanto, no hay lugar al reconocimiento de compensaciones económicas por tal concepto a cargo de Telecom.

Cuarto. Declarar que el contenido de los numerales 5.3. y 5.4 del anexo financiero del convenio C-0060-95, es contrario a la estipulación contractual contenida en la cláusula décima quinta del mismo convenio.

Quinto. Abstenerse de efectuar pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión quinta subsidiaria formulada en la demanda de reconvención, en atención a que por virtud de la declaración inmediatamente anterior, recibe despacho favorable la pretensión quinta principal contenida en ese mismo escrito.

Sexto. Declarar que por concepto o como consecuencia de la aplicación de los numerales 5.3. y 5.4 del anexo financiero del convenio C-0060-95, no pueden generarse reconocimientos o compensaciones económicas por parte de Telecom a favor del Consorcio en la revisión para el último año de dicho convenio, así como tampoco en la liquidación que del mismo se lleve a cabo para efectos de fijar el valor de rescate.

Séptimo. Declarar que en aplicación de la cláusula décima quinta del convenio C-0060-95, para calcular los pagos y compensaciones a que haya lugar, así como para la liquidación a realizarse con el fin de fijar el valor de rescate, el modelo económico ha de ajustarse en función de la demanda real, tomando para tal efecto las líneas vendidas y utilizando el cronograma real conforme al cual, quedó establecido en el proceso, dichas ventas se produjeron.

Octavo. Declarar que con arreglo al convenio C-0060-95, en caso de que el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado que incorpore la demanda real, descontado al 12% anual, sea superior al valor presente del flujo de caja real, descontado al 12% anual, el valor de rescate está representado por la diferencia entre el 90% del valor presente del flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado que incorpore la demanda real, descontado al 12% anual, y el valor presente del flujo de caja real, descontado al 12% anual, diferencia que ha de ser llevada a valor futuro al día 27 de marzo de 2002, utilizando una tasa de descuento del 12% anual, tomando las líneas efectivamente vendidas y utilizando el cronograma real de venta de líneas.

Noveno. Declarar que los mayores ingresos efectivamente recibidos por el Consorcio, derivados de las compensaciones acordadas como consecuencia de las revisiones anuales efectivamente realizadas, deben ser incorporados al flujo de caja real para efectos de la liquidación del convenio.

Décimo. Declarar que para efectos de la liquidación final del convenio C-0060-95, que se lleve a cabo con el propósito de fijar el valor de rescate, el flujo de caja proyectado del modelo económico ajustado por la demanda real, no debe incorporar los aumentos de participaciones que resultaren de las revisiones anuales.

Décimo primero. Declarar que conforme a las directrices fijadas mediante las declaraciones precedentes, el valor de rescate libre de deducciones y retenciones del convenio a 27 de marzo de 2002, es la suma de cincuenta y ocho millones trescientos cincuenta y dos mil seiscientos veintinueve dólares de los Estados Unidos de América (USD$58.352.629), suma esta que, estaba obligada a pagar Telecom al Consorcio, dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación del convenio.

Décimo segundo. Declarar que el valor de la inversión adicional realizada por el Consorcio y reconocida por Telecom durante la ejecución del convenio C-0060-95, asciende a la suma total de dos millones cuatrocientos veintisiete mil ochocientos veintitrés dólares de los Estados Unidos de América (USD$2.427.823).

Décimo tercero. Declarar que como resultado del cálculo del valor adicional del tres por mil (3x1000) por

concepto de gravamen a los movimientos financieros, y efectuada la conversión correspondiente, el valor del nuevo impuesto corresponde a la suma de ciento treinta y nueve mil ciento ochenta y siete dólares de los Estados Unidos de América (USD$139.187), valor que Telecom estaba obligada a pagar al Consorcio dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación del convenio.

Décimo cuarto. Declarar que el Consorcio demandante no está obligado a efectuar la transferencia de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles y de las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada para la ejecución del convenio C-0060-95, los equipos, servidumbres y demás derechos obtenidos, sino en tanto reciba de Telecom a satisfacción, el pago de la totalidad del valor de rescate, de la inversión adicional y del gravamen a los movimientos financieros cuyos importes quedan fijados en este laudo.

Décimo quinto. Declarar que Telecom está obligada a recibir el dominio de todos los bienes muebles e inmuebles, los equipos, las servidumbres y demás derechos obtenidos y todas las facilidades provistas en el convenio entre las cuales se encuentra la infraestructura y los equipos puestos a su disposición por las compañías convocantes, dentro de los cinco (5) días siguientes al pago total de las condenas pecuniarias impuestas en este laudo a dicha entidad pública.

Décimo sexto. Declarar que Telecom debe reembolsar al Consorcio la totalidad de los gastos en que este último incurrió por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento y derechos derivados de contratos sobre inmuebles, a partir del 27 de marzo de 2002 y hasta tanto la transferencia de la propiedad de la infraestructura le sea efectuada a Telecom.

Décimo séptimo. Desestimar en su integridad, las pretensiones décima tercera principal, y décima tercera subsidiaria, y décima cuarta, contenidas en el escrito de demanda de reconvención reformada.

Décimo octavo. Desestimar la pretensión décima quinta contenida en el escrito de demanda de reconvención reformado.

Décimo noveno. Declarar que el Consorcio demandante incurrió en incumplimiento del convenio C-0060-95, por cuanto la infraestructura por él aportada no cumple íntegramente con las especificaciones técnicas contenidas en dicho convenio, en la invitación a presentar ofertas y en el anexo técnico.

Vigésimo. Declarar que como consecuencia de lo anterior, el Consorcio demandante está obligado, en los casos que se indican en la parte motiva de esta providencia, a cumplir con los requerimientos técnicos de la infraestructura cuya transferencia debe efectuar a Telecom.

Vigésimo primero. Declarar que como consecuencia del incumplimiento contractual que le es imputable, el Consorcio demandante está obligado a solucionar, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de este laudo, los incumplimientos (pendientes y desviaciones técnicas), que se identifican en la parte motiva de esta providencia, o si ello no le fuere materialmente posible, a reconocerle a Telecom, por concepto de daño emergente, los valores que a pendiente o desviación corresponden, según se indica en la misma parte motiva de esta providencia.

Vigésimo segundo. Declarar que como consecuencia de los incumplimientos técnicos (desviaciones y pendientes) reconocidos en el presente laudo, Telecom tiene derecho a exigir el pago del 2.4% del importe total de la cláusula penal contenida en el convenio C-0060-95.

Vigésimo tercero. Desestimar por falta de fundamento, en los términos en que fueron deducidas, las defensas propuestas como “excepciones tercera, cuarta, octava, novena, y décimo tercera” en el escrito de contestación a la demanda principal reformada, presentado por Telecom.

Vigésimo cuarto. Reconocer fundamento, en los términos en que fueron formuladas, a las defensas propuestas como excepciones “primera”, “segunda”, “quinta”, “sexta”, “séptima”, y “décima primera”, en el escrito contestación a la demanda principal reformada, presentado por Telecom.

Vigésimo quinto. Desestimar por falta de configuración de incumplimiento contractual con la entidad que autoriza

hacerla valer con arreglo a la ley, la excepción de “contrato no cumplido” formulada como “décima segunda”, en el escrito de contestación a la demanda principal reformada, presentado por Telecom.

Vigésimo sexto. Desestimar por falta de fundamento y en los términos en que fueron formuladas, las defensas propuestas como “excepciones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, séptima, octava, novena, décima, décimo primera, décima segunda, décima tercera, décima quinta, vigésima, vigésima segunda y vigésima cuarta”, en el escrito de contestación a la demanda de reconvención reformada, presentado por las compañías convocantes.

Vigésimo séptimo. Declarar que prosperan en forma parcial, de acuerdo con lo dicho en la parte expositiva de este laudo, las defensas propuestas como excepciones “décima séptima” y “décima novena” en el escrito de contestación a la demanda de reconvención reformada, presentado por las compañías convocantes.

Vigésimo octavo. Reconocerle fundamento, en los términos en que fueron formuladas, a las defensas propuestas como “excepciones décima cuarta, décima sexta, décima octava, vigésimo primera y vigésimo tercera”, en el escrito de contestación a la demanda de reconvención reformada, presentado por las compañías convocantes.

Vigésimo noveno. Abstenerse de decidir sobre las defensas de caducidad, aducida esta como excepción “sexta” en el escrito de contestación a la demanda de reconvención reformada, y de “Nulidad del contenido de los numerales 5.3 y 5.4 del anexo financiero del convenio”, formulada como excepción “décima cuarta” en la contestación a la demanda inicial reformada.

Trigésimo. Declarar que como consecuencia de haberse producido la terminación del convenio C-0060-95 el día 27 de marzo de 2002, procede la liquidación de dicho convenio, de acuerdo con las reglas establecidas en las declaraciones precedentes, y por lo tanto, están obligadas las partes a llevar a cabo todas las actividades, de su cargo, tanto materiales como jurídicas, a tal fin conducentes.

Trigésimo primero. Condenar a Telecom a pagarle a Teleconsorcio S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo, el equivalente en moneda colombiana de curso legal a sesenta millones seiscientos setenta y cinco mil ochocientos noventa y nueve (USD$60.675.899) dólares de los Estados Unidos de América, mediante conversión que habrá de efectuarse a la tasa de cambio representativa del mercado vigente en la fecha que el pago se verifique, valor que corresponde al saldo resultante a favor de Teleconsorcio S.A. una vez efectuada la compensación dispuesta en los términos que fija la parte motiva de esta providencia.

Trigésimo segundo. Condenar a Telecom a pagarle a las compañías convocantes, por conducto de la sociedad Teleconsorcio S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la totalidad de los gastos en que las compañías convocantes incurrieron por concepto de seguros, impuestos, cánones de arrendamiento y derechos derivados de contratos sobre inmuebles, causados desde el 27 de marzo de 2002 hasta que le sea transferida la propiedad a Telecom, estimadas tales expensas y gastos a la fecha del dictamen pericial practicado para el efecto en el curso del proceso, en la cantidad de tres mil novecientos treinta y cuatro millones, setecientos cincuenta y un mil setecientos sesenta y seis pesos (Col$3.934´.751.766).

Trigésimo tercero. Condenar a Telecom a reconocerle a Teleconsorcio S.A. los intereses de mora que se llegaren a causar una vez vencidos los plazos para cumplir las condenas pecuniarias impuestas a aquella entidad pública en los apartes precedentes de este laudo, liquidados tales intereses a la tasa legal prevista en el artículo 1617 del Código Civil.

Trigésimo cuarto. Abstenerse de imponer condena al pago de costas en atención a las razones indicadas en la parte expositiva de este laudo.

Trigésimo quinto. Por secretaría, expídanse copias auténticas del laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

Trigésimo sexto. En la oportunidad de ley, protocolícese este expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, y ríndase por el presidente, la cuenta final de gastos.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Carlos Esteban Jaramillo Schloss, presidente—Jorge Suescún Melo, árbitro—Juan Pablo Cárdenas Mejía, árbitro.

_____