

Tribunal de Arbitramento
Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar, Teleupar S.A. ESP en
liquidación

v.

Angelcom S.A.
Mayo 18 de 2005

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil cinco (2005).

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre la Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar Teleupar S.A. ESP en liquidación y Angelcom S.A., profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas del proceso previstas en el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil.

I. Antecedentes

1. Partes y representantes.

a) Parte convocante: Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar Teleupar S.A. ESP en liquidación, en adelante Teleupar, empresa prestadora de servicios públicos debidamente constituida y matriculada en la Cámara de Comercio de Valledupar, con domicilio principal en la ciudad de Valledupar, representada legalmente por la empresa que tiene a su cargo la liquidación, de conformidad con lo previsto por el Decreto 1613 del 12 de junio de 2003, esto es, la Fiduciaria La Previsora S.A., sociedad de economía mixta del orden nacional, representada legalmente por la doctora Catalina Isabel Fálquez Martínez-Aparicio, mayor de edad y domiciliada en esta ciudad, quien designó como apoderado general de la liquidación al doctor Luis Antonio Lasso Zambrano, de conformidad con el poder general otorgado mediante escritura pública 12518 del 11 de octubre de 2004, de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá.

La parte convocante ha obrado en este proceso a través de su apoderado judicial debidamente constituido, doctor Héctor Riveros Serrato.

b) Parte convocada: Angelcom S.A., en adelante Angelcom, persona jurídica de derecho privado legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el señor Jorge Eduardo Cabrera Vargas, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en esta ciudad, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra en el expediente.

La parte convocada ha actuado en este proceso a través de su apoderado judicial debidamente constituido, doctor Mauricio Torres Cuervo.

c) Agente del Ministerio Público: en los términos del Decreto 262 de 2000 y en su calidad de sujeto procesal especial, el Ministerio Público ha actuado en este proceso a través de la señora procuradora cuarta judicial delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, doctora Cecilia Serpa Montero.

2. Pacto arbitral.

En el presente asunto el pacto arbitral está contenido en la cláusula compromisoria pactada en el contrato CARC-16/12/98, que unifica los contratos CARC-11/10/96 y CARC 10/11/97 previamente celebrados entre las partes. Mediante documento privado de fecha 3 de julio de 2003 las partes a través de sus representantes legales modificaron el contrato unificador, concretamente en lo que respecta a la cláusula compromisoria, la cual, en consecuencia, quedó del siguiente tenor:

“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 los representantes legales de cada una de las partes, 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 de “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 a ser designado por los árbitros nombrados por cada una de las partes, de mutuo acuerdo, o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en las instalaciones del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá. 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 perdedora reembolsará, a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el tribunal según lo abonado por esta con motivo del procedimiento”.

El pacto arbitral fue analizado en su debido momento por el tribunal de arbitramento, habiéndose encontrado que reúne los requisitos de fondo y de forma previstos en los artículos 118 y 120 del Decreto 1818 de 1998; así mismo las partes hicieron uso de aquel al haber acudido al presente proceso, sin que hubiesen manifestado durante la actuación reparo o inconformidad alguna en cuanto a la validez de la cláusula compromisoria.

3. Integración del tribunal de arbitramento.

La integración del presente tribunal de arbitramento se desarrolló de la siguiente manera:

3.1. Mediante demanda radicada en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día 7 de julio de 2003, a través de apoderado judicial debidamente constituido, Teleupar solicitó la integración de un tribunal de arbitramento con el fin de solucionar las diversas controversias contractuales con Angelcom, de acuerdo a los hechos y pretensiones contenidas en su libelo introductorio;

3.2. Atendiendo el contenido de la cláusula compromisoria y con el fin de seguir con los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1038 de 2002, el director del centro de arbitraje citó a la convocante y a la convocada a varias reuniones con el fin de que estas designaran directamente a los árbitros integrantes del tribunal de arbitramento. Para tal fin se llevaron a cabo 5 reuniones, celebradas los días 13 y 27 de agosto de 2003, y los días 11, 16 y 23 de septiembre del mismo año. En esta última sesión, las partes y el centro de arbitraje dejaron expresa constancia de la falta de acuerdo para nombrar de consuno a los árbitros, por lo cual la convocante solicitó al director del centro proceder a realizar la correspondiente designación;

3.3. Mediante comunicación de fecha 14 de octubre de 2003 (fls. 160 a 164 cdno. ppal. 1), el director del centro de arbitraje y conciliación informó a las partes y a la agente del Ministerio Público, que de acuerdo a lo estipulado en la cláusula compromisoria, el centro de arbitraje no estaba habilitado expresamente para nombrar a los árbitros en caso de que las partes no lo hicieran directamente, por lo cual, de acuerdo a lo indicado en la mencionada sentencia de constitucionalidad, debía acudir ante los jueces civiles del circuito. Textualmente manifestó el director del centro de arbitraje:

“En atención a lo ocurrido en las diferentes sesiones de las reuniones de nombramiento de árbitros realizadas dentro del trámite de la referencia, en especial la surtida en fecha 23 de septiembre de 2003, me permito informarle que una vez realizado un juicioso estudio del pacto arbitral, que sirve de sustento a la solicitud de convocatoria radicada ante este centro el día 4 de julio de 2003, consideramos del texto del mismo que este centro de arbitraje no se encuentra habilitado para realizar las designaciones solicitadas por la parte convocante.

A nuestro entender, solo existe habilitación para que este centro de arbitraje realice la designación del tercer árbitro en caso de que los primeros dos árbitros no surtieran dicho nombramiento dentro del término establecido en la ley.

Con base en lo anterior y en los términos de la Sentencia C-1038 de 2002 (sic) de la honorable Corte Constitucional, las designaciones que no han sido realizadas por las partes deben surtir por el juez civil del circuito”.

Lo expresado por el centro de arbitraje, fue confirmado o reiterado en comunicación de fecha 19 de noviembre de 2003, dirigida al apoderado de la convocante (fl. 174 cdno. ppal. 1).

3.4. La parte convocada Angelcom decidió, ante la ausencia de un acuerdo con su convocante, acudir a los jueces civiles del circuito de Bogotá a fin de que siguiendo el contenido del pacto arbitral se designaran dos de los árbitros que

deberían integrar el tribunal y estos, a su vez, designaran al tercer árbitro. La solicitud presentada el día 20 de octubre de 2003 correspondió en reparto al Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, que mediante auto de fecha 24 de octubre, con base en la lista de árbitros del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, designó a los doctores Fernando Sarmiento Cifuentes y Manuel Pretelt de La Vega, quienes una vez notificados de su nombramiento y habiéndolo aceptado en los términos de ley, procedieron a designar como tercer árbitro al doctor Luis Guillermo Dávila Vinuesa, quien aceptó oportunamente su designación.

3.5. Notificada la providencia de designación de los dos primeros árbitros a la parte convocante Teleupar, esta interpuso en su contra a través de apoderado judicial recurso de reposición y subsidiario de apelación, solicitando la revocatoria de tal proveído toda vez que, en su sentir, no se había agotado el procedimiento de designación directa de los árbitros, el juez civil del circuito no estaba habilitado para realizar el nombramiento pues las partes habían delegado tal decisión en cabeza del director del centro de arbitraje ante la ausencia de acuerdo, el juez civil del circuito no podía designar de plano los árbitros sino realizar una audiencia para tal efecto y la competencia para la designación, por tratarse de un asunto de naturaleza administrativa, estaba radicada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no en la jurisdicción ordinaria.

Mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2003, adicionado por auto del 19 de diciembre del mismo año, el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá mantuvo incólume el auto recurrido y negó la concesión del recurso de apelación por cuanto este no se encuentra previsto como mecanismo de impugnación en este particular caso.

3.6. El apoderado de la parte convocante mediante comunicación radicada en el centro de arbitraje el día 18 de febrero de 2004 (fl. 403 cdno. ppal. 1), solicitó a los árbitros, quienes ya se encontraban designados y habían aceptado la designación, se abstuvieran de adelantar actuación alguna hasta que se decidiera una acción de tutela que afirmó haberse presentado para tal fecha, por considerar que a su mandante se le había violado su derecho al debido proceso en los actos adelantados para designar los integrantes del tribunal.

3.7. El día 11 de marzo de 2004, previa citación del director del centro de arbitraje y conciliación, se llevó a cabo la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento (fls. 453 a 460 cdno. ppal. 1). Mediante auto 01 el tribunal se declaró legalmente instalado, nombrando como presidente al doctor Fernando Sarmiento Cifuentes y como secretario al doctor Henry Sanabria Santos, integrante de la lista de secretarios del centro de arbitraje y conciliación. Igualmente se fijó la sede de la secretaría del tribunal en la Avenida Jiménez 8 - 49, oficinas 508 a 513, de esta ciudad.

El auto 01 fue notificado legalmente a las partes por estrados, quienes guardaron silencio sobre el particular.

En esa misma audiencia, el tribunal de arbitramento admitió la demanda arbitral mediante auto 02, el cual fue recurrido por el apoderado de la misma

convocante, al estimar que el tribunal de arbitramento no estaba legalmente instalado, argumentando las mismas razones expuestas previamente ante el Juez 12 Civil del Circuito de esta ciudad. La providencia fue confirmada al considerar el tribunal de arbitramento que al estar en firme el auto 01, el cual no fue recurrido por la convocante, resultaba imposible volver en esa misma audiencia a tocar el tema de la instalación y que en la primera audiencia de trámite, oportunidad legalmente prevista para ello, el tribunal estudiaría nuevamente todo lo atinente a su integración como uno de los aspectos que debe tenerse en cuenta al momento de analizar su competencia.

3.8. Inconforme con la instalación del tribunal y la admisión de la demanda, la parte convocante Teleupar instauró acción de tutela contra el Juez 12 Civil del Circuito, contra el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y contra los miembros del tribunal de arbitramento, por considerar que se le había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso en el trámite surtido para la designación de árbitros e instalación del tribunal. Las mismas razones expuestas en un principio ante el Juez 12 Civil del Circuito de Bogotá por la convocante, fueron prácticamente las mismas que se trajeron a colación en la acción de tutela, esto es, que la cláusula compromisoria había sido indebidamente interpretada y que el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá sí contaba con facultad para designar los árbitros, que el Juez 12 Civil del Circuito no tenía competencia en razón a que la misma radicada en el director del centro, que el juez violó el derecho de defensa al haber realizado la designación mediante una providencia y no en el curso de una audiencia en presencia de las partes; y, que la competencia para realizar el nombramiento recaía en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto se trataba de una controversia que, de no mediar el pacto arbitral, sería conocida por la justicia administrativa.

3.9. Mediante sentencia del 7 de mayo de 2004, con ponencia del honorable magistrado Ariel Salazar Ramírez, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá denegó la acción de tutela por considerar que no se había violado el derecho al debido proceso de la convocante, providencia que fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de junio 2004, con ponencia del honorable magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, la cual se encuentra firme y ejecutoriada, en razón a que esta no fue seleccionada para revisión en la honorable Corte Constitucional, no obstante la insistencia de la parte convocante.

3.10. No habiendo quedado duda acerca de la legalidad de la integración del tribunal de arbitramento, la cual fue analizada no solamente por el propio tribunal sino por la justicia constitucional en última instancia, se adelantó en su integridad el proceso arbitral, según se sintetiza en el siguiente acápite.

4. Síntesis de la actuación procesal.

4.1. Admitida la demanda mediante auto 02 del 11 de marzo de 2004, confirmado mediante auto 03 de esa misma fecha, la parte convocada en el término de traslado contestó la demanda proponiendo excepciones de mérito y, en escrito separado, formuló demanda de reconvención.

4.2. Mediante auto 04 del 29 de marzo de 2004, se admitió la demanda de reconvencción y se corrió traslado de la misma a la convocante por el término legal, quien oportunamente interpuso recurso de reposición contra tal providencia por considerar que el tribunal fue indebidamente integrado. El auto recurrido se mantuvo en firme y la parte convocante dio contestación a la demanda de reconvencción formulando excepciones de mérito.

4.3. Por secretaría se surtió el traslado, mediante el sistema de fijación en lista, de las excepciones de mérito presentadas tanto de la demanda inicial como de la de reconvencción, oportunidad dentro de la cual las partes solicitaron y aportaron pruebas adicionales.

4.4. En forma oportuna la parte convocante reformó su demanda inicial, acto procesal admitido mediante auto 08 de fecha mayo 20 de 2004, en el cual igualmente se corrió traslado de la demanda reformada a la convocada por la mitad del término inicialmente señalado, según lo previsto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil. El auto admisorio de la demanda reformada fue recurrido en reposición por la parte convocada, recurso que fue denegado mediante auto 09 de junio 2 del corriente año. En el término de traslado de la demanda reformada, la parte convocada le dio contestación y formuló excepciones de mérito, de las cuales por secretaría se corrió traslado a la convocante mediante el sistema de fijación en lista.

4.5. Surtido todo el trámite inicial del proceso arbitral previsto en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, se citó a las partes a la audiencia de conciliación, previniéndolas que en caso de no conciliar totalmente la controversia, se le daría impulso al proceso señalando las sumas correspondientes a honorarios y gastos del tribunal. Surtida sin éxito la audiencia de conciliación, en la cual las partes manifestaron expresamente su intención de no llegar a ningún tipo de acuerdo, el tribunal mediante auto 11 del 6 de julio de 2004 fijó las sumas correspondientes a honorarios y gastos, providencia que fue recurrida por la parte convocante y confirmada mediante auto 12.

4.6. En firme la fijación de honorarios y gastos, estos fueron oportunamente pagados por ambas partes en la proporción o cuota correspondiente, por lo cual se citó a las partes a la primera audiencia de trámite que se llevó a cabo los días 6 y 20 de agosto de 2004, en la cual asumió competencia para conocer de la totalidad de la controversia planteada y decretó las pruebas oportunamente solicitadas por las partes.

4.7. En la etapa probatoria se recibieron las declaraciones de Rosa María Guerra Agnez, Héctor Eugenio Ortiz Maluengas, Camilo Antonio Soto Franky, Martha Patricia Urrego Agudelo, Fabián Andrés Hernández Ramírez, Fernando Marín Lozano, Heriberto José Mendoza Vega, Jorge Eliécer Quintero Castro, Luis Eduardo Gutiérrez Aroca, Rafael Rodríguez Maldonado, Alberto Solano Vanegas y Édgar González López.

4.8. Se practicaron cinco (5) dictámenes periciales, así: un dictamen pericial contable rendido por la doctora Nancy Mantilla Valdivieso; un dictamen pericial económico y financiero rendido por el doctor Luis Fernando Rodríguez Naranjo;

y, un dictamen pericial técnico elaborado por el ingeniero Helí Martín Rodríguez Tolosa. Las partes objetaron los dictámenes técnico y financiero, por lo cual, por solicitud de la convocante, se decretaron nuevos dictámenes como pruebas de las objeciones de esta, los cuales fueron rendidos por el ingeniero Jorge Enrique García Jaramillo (dictamen técnico) y por el doctor Fabio Arturo Fajardo García (dictamen económico y financiero).

4.9. Se practicaron diligencias de exhibición de documentos en la sede de la parte convocante Teleupar y en Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, ambas en la ciudad de Valledupar. Igualmente se practicó diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en la sede de la convocada Angelcom y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT, ambas ubicadas en la ciudad de Bogotá.

4.10. Se libraron oficios y, en tal virtud, se recibieron documentos y certificaciones de las siguientes entidades: Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE; Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Departamento Nacional de Planeación; Comité Nacional de Política Fiscal, Confis; Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom S.A. ESP en liquidación; Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y Ministerio de Comunicaciones.

4.11. Surtida en su integridad la etapa probatoria, habiéndose respetado todas las formas tendientes a garantizar la debida contradicción de las pruebas, mediante auto 54 del 5 de abril del corriente año, el tribunal declaró legalmente concluida la fase probatoria y citó a las partes para una nueva audiencia de conciliación en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, la cual se surtió el día 11 de mayo de 2004 en presencia de los representantes legales de las partes, sin que estas hayan llegado a un acuerdo.

4.12. En su debida oportunidad las partes alegaron de conclusión verbalmente en audiencia, habiendo presentado sus resúmenes escritos. Igualmente la señora agente del Ministerio Público presentó un concepto u opinión jurídica acerca de la controversia.

5. Término para fallar.

Como quiera que las partes no, señalaron un término distinto, el término máximo de duración del proceso es de seis meses, los cuales deben computarse desde el día en que finalizó la primera audiencia de trámite, esto es, desde el 20 de agosto de 2004, de conformidad con lo previsto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

Las partes, en ejercicio de la facultad que les concede el numeral 3º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, solicitaron de común acuerdo la suspensión del proceso en las siguientes oportunidades:

| | | |
|---------------------|------------------------------------|--------------------------|
| Auto que la decretó | Fechas que comprende la suspensión | Días hábiles suspendidos |
|---------------------|------------------------------------|--------------------------|

Auto 4118 de noviembre de 2004 a diciembre 1º de 2004 (ambas fechas inclusive)10
Auto 4315 de diciembre de 2004 a 14 de enero 2005 (ambas fechas inclusive)22
Auto 4426 de enero de 20051
Auto 462 de febrero de 2005 a 9 de febrero de 2005 (ambas fechas inclusive)6
Auto 5122 y 23 de marzo de 20052
Auto 5329 y 30 de marzo de 20052
Auto 556 de abril a 10 de mayo de 2005 (ambas fechas inclusive)24
Total días suspendidos67

La primera audiencia de trámite finalizó el día 20 de agosto de 2004, lo cual significa que el término de duración del proceso arbitral (6 meses) va hasta el día 20 de febrero de 2005, que por caer un día no hábil (domingo), en aplicación del artículo 70 del Código Civil, modificado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, hace que el término se extienda hasta el primer día hábil siguiente, esto es, hasta el 21 de febrero de 2005. A ese término, por expreso mandato del artículo 103 de la Ley 23 de 1991, hay que sumarle 67 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, por lo que el término se extiende hasta el 31 de mayo de 2005. Por lo anterior, el laudo arbitral es expedido dentro del término de duración del proceso.

6. La demanda de Teleupar S.A. ESP – en liquidación.

Las pretensiones incorporadas en la demanda inicial, posteriormente reformada, obrante a folios 155 a 286 del cuaderno principal 2, son las siguientes:

1. Pretensiones principales.

Primera. Que se declare que Teleupar suscribió con Angelcom, los siguientes contratos: el contrato CARC 11/10/96 de 11 de octubre de 1996, el contrato CARC 10/11/97 de 10 de noviembre de 1997, y el contrato CARC 16/12/98 de 16 de diciembre de 1998, por medio del cual se integraron los convenios CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97 en uno solo. Dicho convenio unificador fue modificado mediante el acuerdo suscrito entre las partes el 3 de julio de 2003. Cuando en esta demanda mencione el “convenio CARC-16/12/98” o “convenio unificador”, sin más precisiones, deberá entenderse que la expresión incluye tanto el “acuerdo modificador celebrado entre Teleupar y Angelcom S.A. para integrar los Joint Venture 1 y 2 en uno solo” como sus modificaciones, y en lo pertinente, los dos convenios mencionados arriba que lo precedieron. De igual manera, cuando haga referencia a “los convenios” “los contratos” o “los tres convenios”, deberá entenderse que la expresión incluye los siguientes convenios: el convenio de 11 de octubre de 1996 (CARC-11/10/96), el convenio de 10 de noviembre de 1997 (CARC-10/11/97), y el convenio CARC-16/12/98 de 16 de diciembre de 1998, entendiendo que el último reemplazó a los dos anteriores.

Segunda. Que se declare la nulidad absoluta del contrato unificador CARC-16/12/98, con sus modificaciones, en su integridad, por contrariar normas imperativas y por tener objeto ilícito, en cuanto:

- Estructuró un sistema de prestaciones económicas opuesto al mandado por la Ley 37 de 1993.

- Contiene estipulaciones contrarias y se suscribió en contravención a prohibiciones de la ley orgánica de presupuesto y de sus decretos reglamentarios.

- Contiene estipulaciones tarifarias que violan la Ley 142 de 1994.

Esta pretensión no se extiende a la cláusula compromisoria que los contratos contienen, y que goza de autonomía frente al resto del texto contractual.

Tercera. Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión segunda, se declare la nulidad absoluta de los convenios CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97, unificados en el convenio C con sus modificaciones, en su integridad, por tratarse de un mismo contrato, y/o por contrariar normas imperativas y por tener objeto ilícito, en cuanto:

- Estructuraron un sistema de prestaciones económicas opuesto al mandado por la Ley 37 de 1993.

- Contienen estipulaciones contrarias y se suscribieron en contravención a prohibiciones de la ley orgánica de presupuesto y de sus decretos reglamentarios.

- Contienen estipulaciones tarifarias que violan la Ley 142 de 1994.

Esta pretensión no se extiende a la cláusula compromisoria que los contratos contienen, y que goza de autonomía frente al resto del texto contractual.

Cuarta. Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión segunda y la pretensión tercera, se declare que:

A) No hay lugar a liquidar el contrato CARC-16/12/98, ni los contratos CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97, ni a nuevos pagos por Teleupar a Angelcom, en virtud del convenio o los convenios;

B) Teleupar y Angelcom deben hacerse las restituciones recíprocas de lo recibido en cumplimiento del contrato CARC-16/12/98 y de los contratos CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97. Para ello:

- Angelcom está obligado a devolver a Teleupar todo el dinero que esta demuestre haberle entregado por anticipos, ingresos o cualquier otro concepto en virtud del contrato nulo. La restitución de cada suma recibida se hará en pesos, actualizando su valor con base en el índice de precios al consumidor que elabora el DANE, desde el final del mes en el que Teleupar hizo el pago hasta la fecha en que el laudo quede ejecutoriado. Sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, Teleupar afirma que debe recibir por este concepto, una suma no inferior a \$ 12.840.351.413 pesos, una vez que el valor de los pagos restituidos se ha actualizado con el IPC.

- Teleupar devolverá a Angelcom el valor del “uso” que hizo de los bienes aportados por Angelcom, y lo hará en dinero porque no es posible devolverlo en especie.

Con tal fin:

a) Tomará el valor representativo que, con ayuda de peritos economistas y contadores, se demuestre que costaba a las empresas de servicios públicos que operaban en Colombia en los mismos años en los que se ejecutó este contrato, instalar cada par de red externa (VL) sustrayendo de tal valor el de los deméritos (D) por par instalado;

b) y lo multiplicará por el número de líneas instaladas y vendidas y puestas a disposición de Teleupar (NL), en cada mes de cada uno de los mismos años, en desarrollo del contrato o contratos nulos, para encontrar así el valor de la inversión de Angelcom de la cual pudo beneficiarse Teleupar cada mes de cada año;

c) y al valor de la inversión mensual aplicará una tasa de rentabilidad equivalente a la DTF certificada por la

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria del X anual (es decir X% mensual por el número de meses (T)), desde el final de cada mes en el que tales líneas se instalaron y pusieron a producir para Teleupar, hasta el mes anterior a aquel en el que se produzca el laudo;

d) y sumará la rentabilidad que cada inversión mensual deba haber producido, hasta el mes anterior a aquel en el que se produzca el laudo. Teleupar restituirá la suma resultante a Angelcom.

e) El procedimiento anterior puede representarse por medio de la siguiente expresión algebraica:

Valor de “uso” de líneas.

O aplicará, para hacer la devolución, cualquier otro sistema que el tribunal determine, con base en el dictamen de perito, para establecer en forma razonable y equitativa el valor del uso que Teleupar hizo de las líneas vendidas por Angelcom.

Solicito que se entiendan por “deméritos”, para los propósitos de esta pretensión y de las demás en las que se mencione tal palabra, todas las carencias de las líneas y equipos derivadas de problemas tales como su falta de actualización tecnológica, de la falta de repuestos, de la falta de calidad de los bienes instalados; en la forma que tales problemas y carencias han sido explicados en el capítulo de esta demanda relacionado con los incumplimientos de los contratistas.

En el valor de las líneas debe tenerse en cuenta, cuando sea posible, un promedio que refleje los diferentes precios de las líneas nuevas en planta externa.

Sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, Teleupar afirma que debe restituir, por este concepto, no más de \$ 1.002.642.451.

- Las partes se compensarán los saldos que resulten de las restituciones dichas. De ser favorable a Teleupar el saldo de la compensación, pido que se declare que Angelcom está obligado a pagarlo a Teleupar, cuando quede ejecutoriado el laudo. Sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, Teleupar afirma que el saldo a su favor será de \$ 11.837.708.961.

Quinta. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, Angelcom pagará a Teleupar intereses sobre las sumas debidas, a partir de la contestación de la demanda y hasta que el laudo quede ejecutoriado, si se opone a ella (C.C., art. 964 y C. de Co., art. 884).

Sexta. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato CARC-16/12/98, y de sus convenios previos, para asegurar la prevalencia del interés público sobre el privado, y la continuidad en la prestación del servicio público de telefonía, y para mantener la unidad funcional de los diversos bienes destinados por las partes a la prestación del servicio público de telefonía, se declare que:

a) Teleupar ha adquirido propiedad, por “adjunción” (C.C., arts. 713 y 727), o en subsidio por “especificación” (C.C., art. 732), sobre todos los bienes muebles puestos a disposición de Teleupar por Angelcom en desarrollo del contrato CARC-16/12/98, y de los convenios previos a él, y sobre los repuestos entregados por él a Teleupar, y sobre los derechos adquiridos por el contratista para el uso o instalación de tales pares, y en particular:

a) Sobre los bienes identificados por las referencias que a ellos se hace en la cláusula cuarta del contrato CARC-16/12/98 literales “a” (redes externas de que trata este convenio incluyendo los materiales necesarios para el correcto mantenimiento de las mismas...), y “c” (infraestructura requerida para la construcción de las redes, la misma que fue detallada en la oferta de asociación...); identificados, además, en la forma en la que aparecen en el anexo técnico y en otros documentos del contrato, y, en cuanto adicionen, actas de entrega y actas del comité de coordinación. Estos bienes conforman 20.000 pares de red externa instalados.

b) Que los demandados deben conseguir que se haga cesión a Teleupar de los derechos que tengan en el contrato para el uso y aprovechamiento de los bienes descritos arriba, en caso de que los mismos no sean de su propiedad.

c) Que la adquisición de la propiedad que Teleupar ha hecho en virtud de la adjunción, (o en subsidio de la especificación), de todos los bienes muebles identificados como atrás queda dicho, implica que Teleupar debe pagar por tales bienes a Angelcom, su valor actual;

d) Que ese valor actual se determinará así:

- Definiendo el valor representativo que, con ayuda de peritos economistas y contadores, se demuestre que costaba a las empresas de servicios públicos que operaban en Colombia en los mismos años en los que se ejecutó este contrato instalar cada par de red externa (VL), y sustrayendo de tal valor el de los deméritos por par instalado en cumplimiento del contrato;
- Multiplicando ese valor por el número de líneas puestas a disposición de Teleupar;
- Restando del valor dicho lo que corresponda a la depreciación de los diversos bienes aludidos, desde el final de cada año en el que se instalaron, hasta la fecha en la que se produzca el dato sobre depreciación con la ayuda de perito contador;

O por medio de cualquier otro sistema que el tribunal determine, con base en el dictamen de perito, para establecer en forma razonable y equitativa el valor que los bienes respectivos tienen hoy.

e) Sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, me reservo el derecho a plantear en desarrollo de este, el valor máximo de los bienes puestos a disposición de Teleupar, en ejecución del contrato CARC-16/12/98, y de los convenios previos a él, que en principio estimo en \$ 4.057.350.292.

f) Que se condene en costas al demandado, si se opone a estas pretensiones.

2. Pretensiones subsidiarias: incumplimientos.

- Si el tribunal no accede a la segunda y tercera pretensión, relacionadas con la nulidad absoluta;
- Además de atender la pretensión primera principal, se atiendan, en subsidio de las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima principales, todas las siguientes pretensiones respecto de los contratos en cuestión:

2.1. Incumplimientos relacionados con la planta externa, red de acceso e infraestructura de la infraestructura instalada en ejecución del convenio.

Primera. Que se declare que Angelcom incumplió y está incumpliendo la obligación de satisfacer los requerimientos técnicos para la instalación de la planta externa que se establecieron contractualmente y que prescribe el ordenamiento jurídico. En concreto, dicho incumplimiento consiste, entre otros aspectos, en que:

- a) El asociado instaló cable de cobre aéreo violando las condiciones de los anexos técnicos y las normas de diseño y construcción de redes externas.
- b) En muchos tramos de canalización se incumple la norma técnica sobre ductería libre, la cual es de 30% para canalización.
- c) La distancia entre cámaras de la red es mayor a la medida máxima de 80 metros.
- d) En la red construida se utilizó infraestructura de Electricaribe S.A. como apoyo para la instalación de los cables de abonado.
- e) No se han suministrado los repuestos de conformidad con lo establecido en el anexo técnico del convenio.

f) Angelcom omitió realizar un estudio de demanda detallado para la proyección del diseño de las redes, y entregó a Teleupar únicamente memorias de metodología teórica.

g) No se ha aportado el inventario de toda la red.

Segunda. Que, como consecuencia de la pretensión anterior, el tribunal ordene a Angelcom ejecutar, a su costa, todas aquellas actividades que, de acuerdo con los peritos, sean necesarias para que la infraestructura instalada en ejecución del convenio cumpla con lo establecido en el literal a) de la cláusula cuarta del convenio, en todo lo que tiene que ver con los requisitos para la construcción de planta externa de la infraestructura instalada, y particular pero no exclusivamente en los aspectos relacionados en la pretensión anterior.

Tercera. Que se declare que Angelcom incumplió y está incumpliendo la obligación de mantener y transferir la propiedad de la infraestructura a que se refieren los literales 1) y p) de la cláusula cuarta del convenio, por cuanto:

a) Ha utilizado, como parte de la red externa que deba construir y poner a disposición de Teleupar en ejecución del convenio, infraestructura que no es de su propiedad sino de terceras personas, sin encontrarse autorizado para ello.

b) No ha tomado las medidas necesarias para que Teleupar reciba el derecho de propiedad sobre la totalidad de la infraestructura instalada en ejecución del convenio.

Cuarta. Que Angelcom tome todas las medidas que sean necesarias y suficientes, determinadas con la ayuda de perito, para garantizar que cuando Teleupar reciba en propiedad la infraestructura a la que tiene derecho según el contrato, reciba la totalidad de la infraestructura instalada o que Angelcom ha debido instalar en ejecución del convenio, incluyendo los postes donde sean necesarios, o infraestructura instalada en forma subterránea.

Pretensión subsidiaria a la cuarta. Que, de no ser posible, por pertenecer a terceros, transferir a Teleupar la propiedad de toda la infraestructura que se instaló o debió instalar para cumplir con el contrato.

c) Angelcom ceda a Teleupar los contratos que ha suscrito con terceras personas para el arrendamiento o uso de postes como parte de la infraestructura.

Quinta. Que Angelcom indemnice a Teleupar la totalidad de los perjuicios ocasionados y que se ocasionen por el incumplimiento de su obligación de entregar la infraestructura libre de las cargas económicas que se generan por el uso de la infraestructura de terceras personas en el funcionamiento de la red instalada en ejecución del convenio, así como de su obligación de entregar la planta externa cumpliendo con los requisitos de última tecnología y primera calidad establecidos en el convenio. Sin perjuicio de que en el proceso se prueben perjuicios por una cuantía superior, Teleupar ha estimado preliminarmente el valor de los perjuicios por este incumplimiento en un valor de \$ 457.583.797, sin incluir ítems como el uso de infraestructura de Electricaribe y el estudio de demanda. En todo caso solicito que, al definir el monto de los perjuicios, se aplique el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

2.2. Cláusula penal.

Sexta. Que se declare que los incumplimientos a que se refieren las pretensiones anteriores son graves, por referirse a algunas de las obligaciones esenciales del contrato, y por afectar la calidad en la prestación del servicio a cargo de Teleupar, así como su rentabilidad.

Séptima. Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión anterior, y según lo dispuesto en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil, se ordene a Angelcom pagar el valor de la cláusula penal que establece el literal m) de la cláusula cuarta del contrato, esto es, una suma equivalente al 10% de la inversión requerida para la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contrato. Dicha inversión se previó en la suma de \$ 6.266.274.284, de tal forma que el 10% de la misma equivale a la suma de \$ 626.627.428.

3. Continuación de las pretensiones subsidiarias: interpretación del contrato.

3.1.1. Interpretación de las cláusulas relacionadas con la transferencia de propiedad de la infraestructura.

Octava. Que se declare que, una vez realizado el inventario general de la infraestructura instalada, de acuerdo con la obligación de transferencia de la propiedad de la infraestructura del literal 1) de la cláusula cuarta del mismo, Angelcom debe realizar todas las reparaciones necesarias para que la misma se adecúe en su integridad a los requerimientos técnicos establecidos en el contrato y en el ordenamiento jurídico aplicable.

Novena. Que se declare que con base en las actas de entrega o documentos similares en donde conste qué bienes instaló Angelcom, o con base en el inventario de la infraestructura, el asociado debe transferir la propiedad de esa infraestructura a Teleupar en forma inmediata.

Décima. Que se declare que Angelcom debe realizar todas las obras, construcciones, reparaciones o demás actividades necesarias, determinadas con la ayuda de perito, para que la transferencia de la infraestructura se realice con todos los requerimientos técnicos que establece el convenio para la misma.

3.1.2. Interpretación de las cláusulas relacionadas con el suministro de repuestos.

Undécima. Que se declare que la obligación de suministro de repuestos del contrato CARC-16/12/98, que contiene los literales e) y f) de la cláusula cuarta del mismo, y décima primera, hace referencia a todos los elementos de la infraestructura instalada en ejecución del convenio, incluyendo los repuestos necesarios para el funcionamiento de la planta externa.

Duodécima. Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene a Angelcom suministrar los repuestos que le permitan a Teleupar tener el stock original de repuestos, de conformidad con el literal e) de la cláusula cuarta; un perito determinará cuáles son los repuestos necesarios.

4. Continuación de las pretensiones subsidiarias: interpretación del contrato.

4.1. Pretensiones relacionadas con el contrato CARC-16/12 / 98.

Décima tercera. Que se declare que el contrato en general, y en particular la cláusula décima quinta del mismo, no deben interpretarse en el sentido de que Teleupar tiene alguna obligación, durante la ejecución del convenio o a su finalización, en virtud de la cual deba asumir, directa o indirectamente, el riesgo de que la demanda real por los servicios prestados con la infraestructura instalada en ejecución del convenio sea inferior a la demanda prevista en el contrato, sus anexos y modelos, o asumir la carga económica de ese riesgo.

Décima cuarta. Que se declare que:

A) No existe norma del ordenamiento jurídico alguna de la que se desprenda que Teleupar tiene la obligación, deber o carga, durante la ejecución del convenio o a su finalización, de asumir el riesgo de que la demanda real por los servicios de telefonía prestados con la infraestructura instalada en ejecución

del contrato sea inferior a la demanda prevista en el contrato, sus anexos y modelos.

B) Ninguna de las cláusulas del convenio obliga a Teleupar, ni directa ni indirectamente, a realizar pago alguno que compense económicamente a Angelcom por la diferencia existente entre la demanda real de los servicios durante la ejecución del convenio y la demanda proyectada en el modelo económico del convenio o en las revisiones que se describen en el mismo, o que compense la disminución de los ingresos producida por esa diferencia.

C) Las revisiones anuales a que se refiere el anexo financiero, no deben en ningún momento asegurar el retorno financiero proyectado para Angelcom en los casos en que dicho retorno se vea afectado por una demanda real inferior a la demanda proyectada.

D) Las obligaciones de pago de Teleupar deben calcularse únicamente teniendo en cuenta las líneas vendidas, y que por las mismas deben entenderse las líneas que efectivamente se encuentren facturando.

E) La metodología que se debe utilizar para realizar los ajustes al modelo económico a que se refiere el anexo financiero debe respetar en todo momento la interpretación del contrato a que se refieren las pretensiones anteriores.

5. Segundo grupo de pretensiones subsidiarias: revisión del contrato.

En subsidio de las pretensiones subsidiarias décima tercera y décima cuarta, solicito que se concedan las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones respecto del contrato CARC 16/12/98.

Décima quinta. Que se declare que la evolución del mercado de telecomunicaciones y su impacto sobre las finanzas de Teleupar, a partir de la suscripción del contrato y en el futuro previsible, así como las reglas sobre tarifas, han sido para Teleupar circunstancias extraordinarias que al suscribir y perfeccionar el contrato eran imprevisibles, y que alteran y agravan las prestaciones de futuro cumplimiento para la empresa hasta el punto de resultarle excesivamente onerosas.

Décima sexta. Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión anterior, y por virtud del artículo 868 del Código de Comercio, el tribunal:

— Revise el contrato, ordenando que a partir de la ejecutoria del laudo, Teleupar solo debe pagar al contratista las cifras que resulten al introducir en el “modelo económico” o “anexo financiero” los cambios que el tribunal determine, en forma motivada y equitativa, basados en peritazgos, y que habrían permitido a la empresa, o que permitan a quien haya de asumir las obligaciones y derechos derivados de este contrato, seguir operando y atendiendo sus obligaciones sin incurrir en pérdidas relacionadas con ese contrato;

— O, si tal revisión no es posible, que decrete la liquidación del contrato, sin indemnización para ninguna de las partes y sin aplicar las provisiones contractuales sobre terminación que puedan resultar excesivamente onerosas para Teleupar.

6. Pretensión común sobre costas.

Décima séptima. Que se condene en costas a los demandados, si se oponen a cualquiera de las pretensiones de la demanda.

Las pretensiones transcritas se fundamentan en los hechos que a continuación se sintetizan:

6.1. Con el fin de aumentar la cobertura del servicio público de telefonía y con fundamento en lo previsto por la Ley 37 de 1993, Teleupar invitó a Angelcom a

presentar su propuesta para la instalación de pares de red externa y la comercialización de líneas telefónicas, propuesta que fue recibida estando en vigencia la Ley 142 de 1994, la cual contiene, entre otros temas, normas específicas relativas al régimen de tarifas y tiene como fin principal promover la competencia en el sector de los servicios públicos.

6.2. Teleupar adjudicó a Angelcom el contrato de asociación a riesgo compartido CARC-11/10/96, tal como aparece en la comunicación de fecha septiembre 17 de 1996.

6.3. Con posterioridad, Teleupar invitó a Angelcom a celebrar un nuevo convenio de asociación a riesgo compartido, el cual fue suscrito el 10 de noviembre de 1997 y se identificó como el CARC-10/11/97.

6.4. En 1998, las partes procedieron a unificar los dos anteriores convenios en uno solo, identificado como el CARC-16/12/98, cuya fecha de ejecución se empezó a contar a partir del momento en que se suscribió el primer convenio, esto es, desde el 11 de octubre de 1996.

6.5. La comisión de regulación de telecomunicaciones CRT no conoció ni aprobó los esquemas tarifarios contenidos tanto en los contratos iniciales como en el contrato unificador CARC-16/12/98.

6.6. La demanda por líneas telefónicas ha sido muy inferior a la prevista en los documentos de 1996 que fueron tenidos en cuenta para celebrar los convenios de asociación a riesgo compartido. Igualmente, el crecimiento de la economía ha sido muy inferior, así como el nivel de recaudos. La evolución de las tarifas, además, ha sido sustancialmente diferente de las contempladas en ese entonces.

6.7. De los convenios de asociación a riesgo compartido celebrados en los años de 1996 y 1997, posteriormente unificados en el CARC-16/12/98, se destacan los siguientes aspectos:

6.7.1. El texto del contrato y de sus anexos es el fruto de la colaboración de ambas partes y no puede señalarse como de autoría exclusiva de Teleupar.

6.7.2. En el texto del contrato (tanto del unificador como de los dos convenios iniciales), y en los demás documentos contractuales, las partes invocaron como fundamento la Ley 37 de 1993, no obstante que para esa época ya estaba vigente la Ley 142 de 1994.

6.7.3. El objeto de los contratos era desarrollar en forma conjunta y a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que le permitiría a Teleupar prestar el servicio público de telefonía básica conmutada en la ciudad de Valledupar y en las demás áreas de influencia de dicha empresa.

6.7.4. El plazo pactado en el contrato unificador CARC-16/12/98 fue de 72 meses contados a partir del 11 de octubre de 1996, fecha de celebración del primer convenio, lo cual significa que las prestaciones debían ser ejecutadas con el paso del tiempo, y por lo tanto “era de prever que Teleupar tendría que hacer pagos con recursos presupuestales de años futuros” (fl. 174).

6.7.5. El contrato, según las estipulaciones contenidas en el mismo, quedó perfeccionado con la suscripción del mismo y “No se obtuvieron las autorizaciones y disponibilidades necesarias según la ley orgánica del presupuesto, ni se hicieron los registros del caso”.

6.7.6. Teleupar conservó la titularidad en la prestación del servicio y, por ende, facturaba a los usuarios y recaudaba tales ingresos, los cuales eran de su propiedad y no de Angelcom, quien no podía hacer ningún tipo de recaudos por no ser una empresa prestadora de servicios públicos.

6.7.7. Respecto de los anexos financieros de cada uno de los contratos, se dice en la demanda que en estos “se estableció que se construirían 12.000 pares de red externa en cada uno, es decir, 24.000 pares en total, de las cuales, en el convenio CARC-11/10/96 se comercializarían 8.000 y en el convenio CARC-10/11/97 10.000. En el anexo financiero del convenio unificador se disminuyó el número de líneas a comercializar a 15.000 respectivamente. Así mismo, en los cuadros de dichos anexos, se definió que el 95% de las líneas estarían en operación con tarifa de conexión, y el 93% con ingresos por servicio. Pero esta definición no fue precedida de un plan de expansión de costo mínimo” (fl. 175).

6.7.8. Según la cláusula décima quinta de los convenios, Teleupar no garantizó la demanda por el servicio. Así mismo, se pactó en la cláusula tercera que Angelcom diseñaría, construiría y entregaría las redes externas para la prestación del servicio, incluyendo los materiales necesarios para su mantenimiento, de acuerdo a lo pactado en los anexos técnicos. Igualmente se pactó que Angelcom pondría a disposición de Teleupar la infraestructura necesaria para la construcción de las redes y mantendría una adecuada provisión de materiales; sin embargo, Angelcom conservaría la propiedad sobre los bienes que aportara, los cuales, según las cláusulas cuarta y séptima, debían ser transferidos a Teleupar.

6.7.9. En el anexo financiero del contrato se pactó que “la inversión de Angelcom sería de \$ 6.266.274.284 IVA incluido, y que cada uno de los 20.000 pares de red externa costaría \$ 313.314 IVA incluido” (fl. 176).

6.7.10. En cuanto al régimen de prestaciones económicas se pactó lo siguiente: “Que las participaciones de ingresos únicamente se causarían respecto de los ingresos obtenidos por la prestación del servicio, como consecuencia de los aportes de infraestructura, mantenimiento, operación y explotación efectuados por las partes en desarrollo del contrato (cláusula novena).

Que Angelcom recibiría una participación en los “ingresos” netos, incluyendo una parte de los intereses por mora pagados por los usuarios a Teleupar (cláusula quinta, literales “d” y “e”).

La regla más importante en cuanto a las prestaciones económicas de los convenios, aparece en la cláusula novena de los tres convenios y es del siguiente tenor:

“Las partes determinan que los ingresos netos que se perciban en desarrollo del presente convenio, serán distribuidos de acuerdo con el programa y porcentaje de distribución de ingresos por ellas acordado, de conformidad con el anexo financiero. Las participaciones únicamente se causarán respecto de los ingresos obtenidos por la prestación del servicio, como consecuencia de los aportes de infraestructura, mantenimiento, operación y explotación efectuados por las partes en desarrollo del presente convenio. Los ingresos que actualmente percibe Teleupar por los abonados, infraestructura y operación ya existentes, no serán materia de participación”.

Como se observa, la cláusula determina que se hará un reparto de “ingresos” y no utiliza el concepto de reparto de “utilidades o pérdidas” (fls. 176 y 177).

6.7.11. En los dos primeros convenios se precisó que estos fueron elaborados con base en un modelo económico que detallaba los parámetros financieros que regirían su ejecución; igualmente, en el convenio unificador CARC-16/12/98 se estableció que el mismo fue elaborado con base en un nuevo modelo económico, producto de las revisiones realizadas a los modelos correspondientes a los dos primeros convenios. Estos modelos, según se pactó

en los convenios iniciales, serían ajustados para crear un modelo “actualizado” que serviría para que luego se creara el modelo “ajustado”.

6.7.12. Pese a que en los tres convenios se habla del “valor final de rescate”, estos no contienen regulaciones específicas sobre el tema; sin embargo en el anexo financiero fue definido como el valor en pesos que debería ser pagado a Angelcom al finalizar el contrato, valor que, según se pactó en el convenio unificadorio, “dependerá del resultado que arroje el modelo económico a la finalización del Convenio”. En el anexo financiero de cada uno de los tres convenios se previó un mecanismo de ajuste al valor de rescate final.

6.7.13. En el contrato se pactó que habrían pagos en “vigencias futuras”, como quiera que se previeron pagos periódicos a favor de Angelcom, así como un valor de rescate, fijo en los primeros convenios y variable en el convenio unificadorio, que sería pagado al final de la relación contractual.

6.7.14. Los anexos financieros de los convenios no contienen una metodología que permita determinar las utilidades o pérdidas de la gestión conjunta de las partes, ni la forma en que deberían ser repartidas. La única referencia que se encuentra está relacionada con los resultados de Angelcom en el proyecto; la estructura de los anexos está orientada a definir los ingresos de Angelcom y a facilitar el cálculo de los pagos que debía realizar Teleupar “en el evento de que el desempeño del negocio se apartara de los supuestos del modelo, y, en consecuencia, el contratista no obtuviera la rentabilidad esperada” (fl. 183). En los anexos financieros se incluyeron, además, porcentajes de aumentos de tarifas desde 1996 hasta 2003.

6.8. Al celebrar los convenios, esto es, tanto los iniciales como el unificadorio, no se acataron las normas sobre autorizaciones para contraer obligaciones con vigencias futuras y no se obtuvieron las apropiaciones y los registros presupuestales del caso, aunque ambas partes obraron de buena fe.

6.9. En desarrollo del contrato unificadorio, Angelcom aportó bienes muebles y equipos, algunos de los cuales resultaron deficientes o insuficientes, lo cual disminuyó el beneficio prestado a Teleupar S.A. y demeritó su valor. Tales bienes, fueron incorporados a los diversos inmuebles que tiene Teleupar, quien los utilizó en la prestación del servicio, asignó personal para su gestión administrativa, técnica y comercial, lo cual trajo como resultado que dichos bienes y servicios aportados por el contratista “se integraron en un todo funcional y económico con los de Teleupar, siendo estos últimos de más valor, y sin que exista la posibilidad de separarlos sin perjuicio de la continuidad y calidad del servicio público y del patrimonio estatal” (fl. 185).

6.10. Angelcom inició la instalación de la infraestructura a que se había obligado, utilizando los postes de energía de propiedad de las empresas electrificadoras locales, como apoyo para la red telefónica que iba instalando, sin haber pedido autorización para tal efecto.

6.11. Al haber Angelcom incumplido las estipulaciones y previsiones contractuales y legales en cuanto a la calidad de los bienes y equipos que debía aportar al contrato, se le causó perjuicio a Teleupar “porque la han llevado a hacer repartos de ingresos sobre bienes que deberían haber tenido determinado valor y que, en la práctica, tenían uno inferior por razón de estos incumplimientos; porque, de no haber presentado esta demanda, estaría obligada a asumir por su cuenta el valor de las reparaciones, sustituciones y complementaciones que debieron hacer los contratistas” (fl. 187).

6.12. Al suscribir el contrato unificador, se previó que este “permitiría vincular usuarios para 15.000 líneas telefónicas de los 20.000 pares de red externa a instalar sin embargo, a octubre de 2002, fecha de finalización del convenio, solo había sido posible que estuvieran facturando 11.383 líneas, es decir, un 24.1% menos de lo esperado. De la misma manera, se había previsto en el anexo financiero que a noviembre de 2002 el proyecto habría producido unos ingresos, para Angelcom, de \$ 13.124.261.882; cuando en realidad, los ingresos fueron de \$ 9.586.992.730, inferior en 26.9% al proyectado” (fl. 188).

6.13. La aplicación e interpretación del convenio que ha realizado Angelcom, resulta ser demasiado onerosa para Teleupar y, en general, el contrato se ha visto afectado por hechos imprevistos e imprevisibles que alteraron y agravaron las prestaciones que debía cumplir la convocante, hasta el punto de generar la excesiva onerosidad del convenio. Estos hechos son los siguientes: la pérdida de dinamismo de la economía colombiana; los cambios del régimen tarifario que impiden cobrar las tarifas en los niveles que estaban previstos en el contrato; la imposibilidad de ajustar las tarifas; y, los niveles de recaudo inferiores a los esperados.

6.14. Según aparece en la contabilidad de Teleupar, “entre el período comprendido entre octubre de 1996 y noviembre de 2002, los pagos hechos a Angelcom por anticipos y participación en ingresos, derivados del convenio CARC-16/12/98 ascienden a \$ 12.840.351.413 una vez que se han actualizado con el IPC”.

6.15. De conformidad con las pruebas que se aportarán al proceso, en los años de ejecución del contrato, el valor comercial promedio en el mercado de un par instalado de red externa y en operación, era muy inferior al exigido por Angelcom; y la rentabilidad pactada a su favor en pesos, del 42.5% por año, resultó ser exorbitante, llegando a superar, en determinados momentos, la tasa de usura definida por la

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria.

7. Contestación a la demanda inicial por Angelcom S.A.

En forma oportuna la parte convocada dio contestación a la demanda inicial reformada, aceptando algunos hechos, negando otros y expresando aclaraciones o precisiones respecto de otras afirmaciones contenidas en la demanda.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas “incompetencia para conocer de la pretensión de nulidad” y “caducidad de la acción”, respecto de las cuales afirmó que de haber sido posible las habría propuesto como previas. Igualmente, se opuso a la declaración de nulidad del convenio unificador y a las demás súplicas de la demanda, trayendo a colación argumentos de orden legal, jurisprudencial y doctrinal (fls. 327 a 345, cdno. ppal. 2).

8. La demanda de reconvención de Angelcom S.A.

Dentro del término de traslado de la demanda oportunamente la convocada Angelcom S.A. formuló demanda de reconvención (fls. 495 a 511, cdno. ppal.

1) contra la convocante Teleupar, en la cual se incorporan las siguientes pretensiones:

1. Que Teleupar S.A. ESP, hoy en liquidación, por razón de los hechos y omisiones que serán probados en el presente proceso y porque en las oportunidades y cuantías pactadas Teleupar no pagó a Angelcom las sumas acordadas, incumplió las obligaciones derivadas del convenio suscrito con Angelcom S.A. el 16 de diciembre de 1998 que integró bajo un solo modelo económico y en similares condiciones, sustituyó las obligaciones, privilegios, derechos y garantías de los convenios de joint venture 1 y 2 suscritos entre las mismas partes el 11 de octubre de 1996 y el 10 de noviembre de 1997, que denominaron “acuerdo modificatorio celebrado entre Teleupar y Angelcom S.A. para integrar los joint venture 1 y 2 en uno solo”, con el objeto de desarrollar un proyecto de telefonía local en Valledupar.

2. Que, en consecuencia, se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. todas las sumas de dinero que adeuda y que resulten probadas en este proceso por todo concepto; cuyo monto total de conformidad con el modelo económico no podrá exceder del 110% de los ingresos estimados, ni inferior al 90% del valor de los ingresos estimados, representados en la factura 0184 por valor de \$ 6.264.053.000; según lo previsto y acordado por las partes en los anexos financieros del convenio y en el artículo 9º de los mismos.

3. Que igualmente se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. las sumas de dinero que adeuda y que resulten probadas en este proceso por concepto de 400 pares telefónicos más que fueron recibidos por Teleupar S.A. según certificación de la misma, según el precio pactado, por cuanto que acrecen su patrimonio y que se destinan a la explotación económica en la prestación del servicio y no se incluyen en el modelo económico.

4. Que sobre las sumas de capital anteriores y desde la fecha o fechas en que fueron causadas, se condene al Teleupar S.A. a pagar a favor de Angelcom S.A. intereses comerciales moratorios según lo previsto en el Código de Comercio o los que se determinen en el laudo de conformidad con la ley comercial y las tasas de interés certificadas por la

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria.

5. Que se condene a Teleupar a pagar a favor de Angelcom todas las sumas de dinero por concepto de costas, expensas, agencias en derecho y por todo gasto en que se incurra en el presente proceso.

6. Que se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. el monto total de las condenas decretadas en el laudo que se profiera, a partir de la fecha de su ejecutoria más intereses comerciales moratorios hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago de conformidad con lo previsto en el inciso 5º del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que la convocada —y convocante en reconvencción— se apoya para formular las pretensiones transcritas, son los siguientes:

8.1. En desarrollo de normas vigentes, Telecom, en conjunto con sus teleasociadas, fijó y ejecutó una política de modernización y ampliación de redes y líneas telefónicas en todo el país, para lo cual celebró un total de 18 contratos de joint venture, habiéndose establecido en estos un sistema de

precios fijos y no ajustables para la construcción de redes con el propósito que la entidad operadora del servicio no asumiera los mayores costos por cualquier concepto, los cuales quedaron en cabeza de los contratistas.

8.2. En los contratos celebrados entre Teleupar y Angelcom, se pactó que la retribución de la inversión de esta última por la construcción de esta obra se pactó mediante la participación por los cargos de conexión en la venta de 15.000 líneas, más una participación en la facturación de las líneas vendidas en la proporción ya indicada, con lo cual se entendería retribuida la inversión y la utilidad que debía percibir el contratista por haber financiado y ejecutado la obra.

8.3. En los anexos financieros del convenio integrado, esto es, el CARC-16/12/98, se pactó la revisión anual de los parámetros del modelo económico y el ajuste en la segunda revisión anual en el evento en que no se hubiese vendido el 75% de los pares construidos. Para Angelcom fue determinante a la hora de celebrar el negocio, el pacto sobre el ajuste del valor de rescate a la finalización del convenio.

8.4. Para ambas partes siempre fue claro que el nivel de utilidad y riesgo asumido por Angelcom fue recibir participaciones hasta del 10% más del monto de los ingresos estimados en el plan de negocios, o el 10% del monto de los ingresos estimados.

8.5. Angelcom asumió la publicidad de la venta de líneas, pero para su adquisición era necesario que el usuario se acercara a las instalaciones de Teleupar, quien efectuaba la venta y posteriormente remitía informes mensuales a la contratista, con las respectivas participaciones que se liquidaban a favor de los dos contratantes.

8.6. En varias ocasiones Angelcom solicitó la revisión del modelo económico, la cual nunca se pudo hacer por razones imputables a Teleupar, pese a que era una obligación contractual. En el segundo semestre de 2000, sin el menor fundamento contractual o legal, Teleupar condicionó cualquier revisión del modelo económico a la previa valoración de la infraestructura y de los activos construidos y aportados por Angelcom, con el objeto de verificar el monto de la inversión.

8.7. Además de recuperar la inversión de lo construido y aportado, Angelcom tenía derecho a una participación en la facturación de servicios prestados a través de las líneas vendidas que había construido en gran proporción, a sus expensas, participación que se pactó en la siguiente forma “por facturación de llamadas locales el 70%, por facturación de llamadas de larga distancia nacional el 70% y por facturación de llamadas internacional (sic) el 70% y por la facturación por la eventual mora del usuario el 50%” (fl. 500).

8.8. El contrato finalizó el 16 de octubre de 2002 por vencimiento del término pactado, “con el siguiente resultado: a) Angelcom construyó 20.400 pares telefónicos como consta en actas de recibo que se adjuntan. b) Según certificado de Teleupar solo se comercializaron o vendieron 11.383 líneas telefónicas del total de 14.250 que se habían previsto (95% de las 15.000 líneas, renglón 15 del modelo económico), luego en apariencia se dejaron de vender 2.870 líneas. c) Angelcom no recibió el monto total de los ingresos proyectados en el plan de negocios. d) Por culpa de Teleupar no se ajustó o revisó anualmente el modelo económico aunque se solicitó en forma reiterada por el asociado” (fl. 500).

8.9. En aplicación del convenio y de conformidad con lo anterior, el 27 de octubre de 2002, Angelcom presentó a Teleupar cuenta de cobro por el valor de \$ 6.527.718.000 por concepto del ajuste al valor de rescate final ordenado en los anexos financieros, o sea, el valor de las líneas dejadas de vender al 90% de su costo real, pues sus ingresos por la participación en la venta de líneas y en la facturación de las mismas fueron inferiores a los previstos en el modelo económico ajustado. Teleupar negó el pago acudiendo a su interpretación del convenio y de la cláusula de rescate final. En todo caso, hechos los ajustes necesarios, Angelcom presentó factura definitiva por valor de \$ 6.264.053.000, como valor de rescate final del convenio.

8.10. Angelcom siempre aceptó los informes sobre líneas vendidas y facturación de las mismas, creyendo en la seriedad de Teleupar. Sin embargo, “finalizado el convenio, con motivo de la controversia sobre la cláusula de rescate final y la eventual convocatoria de este tribunal, fue necesario adelantar una investigación física de las líneas efectivamente vendidas tomando para ello los datos del SAT de agosto de 2002, la numeración seriada, confrontados los de planos y verificadas las distintas cajas donde están instaladas las regletas de los pares telefónicos de Angelcom, tanto de la red primaria como de la secundaria construida; para concluir con enorme sorpresa que en este negocio el operador telefónico Teleupar obró de manera subjetiva, arbitraria y reñida con el principio de la buena fe (...). En efecto, se descubrió que aproximadamente más de 5.000 líneas fueron vendidas por Teleupar sin que se hubiesen reportado a Angelcom, sin abonarse a estas participaciones por la venta y sin que se hubiesen abonado las participaciones por facturación, como será acreditado durante el presente proceso” (fl. 501).

8.11. Angelcom nunca tuvo la posibilidad de conocer el hecho anterior y por ello no pudo presentar reclamación ante las instancias previstas en el convenio.

8.12. De conformidad con el artículo 9º de los anexos financieros, el valor del rescate final dependerá de la suma de líneas reportadas o aceptadas por Teleupar mediante certificación, más las que adicionalmente sean probadas en este proceso, cantidad que se estima en superior a 16.300 líneas.

9. La contestación a la demanda de reconvención por Teleupar.

En el término de traslado de la demanda de reconvención, Teleupar contestó la demanda de reconvención oponiéndose a las súplicas de la misma. Propuso las excepciones de mérito denominadas “normas de nulidad absoluta por objeto ilícito y contravención de normas imperativas”, “Angelcom no tiene derecho ni sustancial ni procesal a que se haga contra Teleupar la declaración que ha pedido”, “falta de competencia del tribunal de arbitramento por indebida conformación”, “falta de competencia del tribunal de arbitramento en relación con los hechos vigésimo segundo al vigésimo noveno”, “ausencia de incumplimiento de Teleupar de acuerdo con las cláusulas trigésima y vigésima cuarta del convenio unificador”, “ausencia del derecho al pago reclamado por Angelcom en virtud de la cláusula décima quinta”, “ausencia del derecho al pago reclamado por Angelcom”, “Angelcom no ha cumplido oportuna y cabalmente con las obligaciones del convenio unificador”, “Improcedencia del pago de intereses”, “ausencia de mora” y “compensación”.

10. Alegatos de conclusión.

En la audiencia llevada a cabo el día 11 de marzo de 2005, tanto las partes como la agente del Ministerio Público alegaron de conclusión y presentaron con destino al expediente un resumen escrito de sus intervenciones.

10.1. Alegatos de la convocante.

El alegato de conclusión de la convocante inicia con el tratamiento de varios asuntos de índole procedimental, básicamente relativos a la falta de competencia que dicha parte le ha imputado al tribunal de arbitramento para conocer y resolver la controversia planteada, los cuales básicamente son los mismos planteados desde el inicio del proceso y, concretamente, en la primera audiencia de trámite. Para la convocante, el tribunal es incompetente por su indebida integración, fruto de una supuesta errónea interpretación del pacto arbitral por parte del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Juez 12 Civil del Circuito y del propio tribunal de arbitramento, en lo que respecta con la forma de designar los árbitros. Así mismo, se cuestiona la manera en que el Juez 12 Civil del Circuito procedió a realizar la designación, toda vez que, en sentir de la convocante, se le violó su derecho de defensa al haberse procedido a la designación sin acudir a un requerimiento o diligencia especial.

Se afirma igualmente que en el presente proceso no es posible resolver la controversia planteada por la convocada, relativa al no pago de los ingresos derivados de un número de líneas vendidas por parte de la convocante, toda vez que, según su parecer, aquella no recurrió a las instancias previstas en el convenio para la solución directa de las controversias nacidas de este, lo cual era un presupuesto necesario para acudir a la justicia arbitral; señala que Angelcom tuvo la oportunidad de enterarse en desarrollo del convenio sobre el número de líneas vendidas y, pese a ello, nunca presentó ante las instancias previstas en el convenio una reclamación formal por tal motivo.

En cuanto toca con los efectos económicos de las pretensiones, afirma que en razón a la mala calidad de los dictámenes periciales, el tribunal no cuenta con elementos de juicio para pronunciarse sobre cifras concretas o valores que deberá recibir Teleupar en caso de prosperar las súplicas de la demanda, por lo cual solicita al tribunal dar aplicación a lo previsto en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil y decretar pruebas de oficio para suplir el vacío dejado por los peritajes debido al error grave que los afecta.

Se señala que en lo que respecta a la pretensión de nulidad absoluta de los convenios, tanto los iniciales como el unificatorio, Angelcom no desvirtuó ninguno de los presupuestos de invalidación que formuló la convocante, concretamente, la violación de tres conjuntos de normas legales, a saber, las contenidas en la Ley 37 de 1993, las presupuestales de la Ley 179 de 1994 y las tarifarias de la Ley 142 de 1994, las cuales son desarrolladas en el escrito de alegaciones. Indica que “la naturaleza de los vicios a los que se refiere la demanda reformada, afecta en forma íntegra el convenio al que ella se refiere; las omisiones lo vician en forma íntegra, y las cláusulas que en sí mismas son irregulares, son de tal importancia que, sin ellas, el contrato no podría interpretarse ni aplicarse” (pág. 21 del alegato).

En cuanto atañe a los incumplimientos de la convocada, se afirma que en el proceso aparecen probados varias conductas asumidas por Angelcom que constituyen grave incumplimiento de sus obligaciones, como lo es el de mantener y transferir la infraestructura, por cuanto está utilizando infraestructura de terceros sin tener autorización para ello y no adoptando las medidas necesarias para garantizar que esta pase a ser propiedad de la convocante; por ello, afirma que la convocada le deberá pagar la suma estimada pericialmente por concepto de arrendamiento por uso de la postería

de terceros por el tiempo de vida útil que le resta al proyecto. De la misma manera se indica que la convocada nunca presentó un verdadero estudio de demanda dentro del término exigido en el convenio, lo cual igualmente constituye incumplimiento de sus obligaciones.

Continúa su alegato la convocante señalando, en lo relativo a las pretensiones de interpretación del contrato, que “el convenio establece claramente que Teleupar no garantizó la demanda por la prestación del servicio. Esta disposición está contenida en el cuerpo principal del contrato, que en virtud de la cláusula de prelación, prima sobre las previsiones del anexo financiero que son contradictorias. Por lo tanto, ningún pago que haga Teleupar en virtud de lo contenido en el anexo financiero, puede constituir una compensación por la disminución de la demanda proyectada. Lo contrario desnaturalizaría el contrato, que por ser de riesgo compartido, debe contener una delicada distribución de riesgos entre las partes. Teleupar asumió expresamente varios riesgos, entre ellos el del aumento de las tarifas inferior al proyectado. Pero a su vez, no asumió los relacionados con que la demanda de líneas fuera inferior a la prevista, lo que en términos financieros equivale a que en caso de que los ingresos reales fueran inferiores a los proyectados por razones de demanda, no hay lugar a compensaciones al asociado” (pág. 24).

En cuanto a la pretensión de revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviviente, se indica que el contrato se tornó excesivamente oneroso y costoso para Teleupar debido a la ocurrencia de circunstancias imprevisibles, por lo cual debe ser revisado. Concretamente, se señala que Angelcom nunca previó mediante un estudio de demanda que la venta de líneas resultara inferior a la inicialmente prevista. Dice la convocante que la evolución de la economía en nuestro país la década pasada trajo como consecuencia en la caída de la demanda y frente a ello no era posible conocer sus consecuencias precisas y su impacto sobre la economía del contrato. Se indican, además, otra serie de consecuencias que demuestran la excesiva onerosidad posterior y sobrevenida del contrato.

Frente a las restituciones recíprocas que son producto de la declaratoria de nulidad del contrato, se insiste en que, por un lado, no hay lugar a liquidar el contrato ni a que existan nuevos pagos a favor de Angelcom; y, por otro, que la convocada deberá devolver a Teleupar todo el dinero entregado en virtud del contrato y que esta, a su vez, devolverá el valor de uso que hizo de los bienes aportados por Angelcom, para lo cual trae una serie de procedimientos y fórmulas destinadas a calcular tal valor.

Trae el alegato de la convocante un acápite destinado a refutar las defensas de Angelcom y las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, para luego proceder a realizar un estudio de la prueba testimonial y de los dictámenes periciales, tanto de los iniciales como de los decretados como prueba de las objeciones.

Sobre el particular, señala que el dictamen financiero adolece de fallas de gran entidad que traen como consecuencia que el tribunal no cuente con cifras que le permitan determinar los efectos económicos de las pretensiones, destacándose en el alegato una serie de puntos frente a los cuales considera la convocante, los peritos incurrieron en graves errores. En lo que toca con los dictámenes técnicos, se señala que estos contienen conclusiones equivocadas en cuanto a las líneas vendidas y no reportadas por Teleupar, por cuanto “los peritazgos incurrieron en errores gravísimos, pues determinaron que Angelcom

tenía derecho a ingresos adicionales sobre 4.483 líneas, en las proporciones pactadas en el convenio, basados en un criterio antitécnico y antijurídico, como es el de que ese derecho surgía con el simple hecho de que el servicio generador del ingreso siquiera rozara la infraestructura construida por la convocada” (pág. 61).

Al alegato de conclusión se acompañó un anexo denominado “puntualización sobre las consideraciones del segundo perito técnico”, que contiene 4 sub - anexos.

10.2. Alegatos de la convocada.

La parte convocada inicia su alegato de conclusión haciendo una evaluación de la prueba testimonial obrante en el proceso, transcribiendo buena parte de los mismos y exponiendo sus conclusiones frente a lo dicho por cada uno de los declarantes. Prosigue con un análisis de la prueba pericial técnica, tanto del contenido del dictamen como de sus aclaraciones y complementaciones, destacando que con dicha prueba quedó demostrado que “Teleupar actuó de mala fe al ocultar las líneas encontradas intentando desvirtuar el estudio de demanda con el perjuicio grave de los ingresos de Angelcom” (pág. 20 del alegato).

Continúa el alegato con la presentación y análisis de los modelos económicos y los alcances de los dictámenes financieros, con el fin de desvirtuar la interpretación que realiza la convocante de los aspectos económicos del contrato y de la nulidad absoluta predicada del mismo, señalando que “todo el debate que quiso montar por la convocante sobre el tema de la no garantía del riesgo de demanda de la cláusula décimo quinta que partió de una certificación de 12.830 líneas vendidas, resultó falsa frente a la realidad porque se demostró que Teleupar con culpa grave o dolo ocultó 4.863 líneas vendidas correspondientes al convenio con Angelcom, que fueron identificadas por el sistema técnico pero en especial porque estaban marcadas en el SAT con una banderita con el número 2 que identificaba las líneas de este convenio y allí se hace palmaria la mala fe y la culpa grave porque además de los ingresos por este concepto jamás le pagaron participaciones a la convocada haciendo más gravoso económicamente el riesgo de caja que tuvo que asumir por mayores costos financieros para cumplir la inversión y el proyecto” (pág. 24).

Se realiza un estudio en el alegato acerca de los antecedentes del negocio y la manera en que este fue celebrado, los objetivos perseguidos por las partes y su comparación con otros negocios de este tipo celebrados por la misma época por parte de Telecom y sus teleasociadas. Se hace énfasis en los aspectos económicos y financieros del mismo, especialmente en la interpretación del modelo económico de los contratos iniciales y del unificadorio.

En un capítulo denominado “fundamentos de derecho”, alega la convocante que el tribunal de arbitramento no es competente para conocer de la pretensión de nulidad y los incumplimientos por falta de habilitación de las partes. En cuanto a la excepción de caducidad, se hace referencia a algunas providencias del Consejo de Estado y se traen a colación las normas procedimentales que han regulado el tema en materia contencioso administrativa, señalando que “en síntesis, aplicando aun la reforma del término de caducidad de la Ley 446 de 1998, como se predica que los convenios son nulos porque no se pactó en su texto el reparto del riesgo de utilidades o pérdidas, que en su texto se pactó o negoció el cobro de tarifas del servicio telefónico en contra de la ley y que para la celebración o firma de tales convenios no se solicitó ni obtuvo la autorización

del Confis para comprometer el pago de obligaciones en futuras vigencias presupuestales; por evidente que salta al ojo que los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones anulatorias son contemporáneas a la fecha de celebración de tales contratos. Así las cosas el término de caducidad comenzó a correr desde la fecha de la firma y venció al momento en que precluyó el plazo de este negocio, es decir octubre de 2002” (pág. 55).

Vuelve a tocarse el tema de la nulidad, poniéndose de presente la disposición contenida en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y los antecedentes de tal norma, para concluir, después de analizar el contrato de asociación a riesgo compartido objeto del litigio, que ninguno de los tres motivos de nulidad se configuran en el presente caso.

De igual manera se opone a la pretensión de revisión del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida, señalándose que “el tema, aparentemente complejo, es elemental. Las circunstancias que para la demanda son imprevisibles se reducen, en el fondo, a que no fue posible vender el número de líneas prevenidas en el contrato. ¿Este punto estaba previsto en él? La respuesta que se dé a este interrogante determina la solución que se deba dar al conflicto. Yo afirmo que sí estaban previstas en el contrato, luego en este proceso no cabe aplicar la teoría de la imprevisión. Lo que debe hacerse es aplicar lo que estaba previsto en el contrato y acabadas son cuentas”.

Las partes finales del alegato son destinadas a las pretensiones de la demanda de reconvención, haciéndose énfasis en las sumas reclamadas como valor de rescate, especialmente en las sumas determinadas por el perito financiero, las sumas a pagar en caso de no garantía de demanda, las eventuales restituciones recíprocas en caso de nulidad y los valores por las líneas vendidas y no reportadas.

Al alegato de conclusión se acompañaron como anexos cuadros relativos a los cálculos económicos.

10.3. Concepto del Ministerio Público.

La señora agente del Ministerio Público en el presente proceso expuso en la audiencia de alegaciones sus argumentos frente a la controversia y acompañó un escrito que contiene un resumen de los mismos.

Se inicia el concepto o estudio de la señora procuradora delegada haciendo referencia a la naturaleza de la relación contractual que vinculó a las partes, diferenciando la figura de los joint venture de otras modalidades contractuales, indicándose que “estamos frente a verdaderos contratos estatales generadores de obligaciones, suscritos entre partes con capacidad para contratar (...) que adquirieron derechos y asumieron obligaciones, con fundamento en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero que no están sujetos a las reglas, ni al procedimiento, ni a las cláusulas exorbitantes, ni mucho menos a las causales de nulidad que trae la ley de contratación estatal, conocida como Ley 80. El régimen que le corresponde es el del derecho privado, Código Civil y Comercial cuando fuere necesario por vías de interpretación llegar a dichas normas y en especial a la Ley 37 de 1993, por remisión expresa de la misma Ley 80 de 1993, en su artículo 33” (pág. 2).

Después de hacer una síntesis de la demanda, tanto de la inicial como de la reconvención, así como de sus contestaciones y réplicas, destaca la seriedad y objetividad de los dictámenes periciales, concluyendo que a Angelcom se le dejaron de pagar sumas de dinero a las que tiene derecho por concepto de

líneas no reconocidas y por concepto de valor de rescate final, suma que estima en \$ 11.065.161.000.

11. Las objeciones por error grave a los dictámenes periciales.

En la oportunidad procesal correspondiente tanto la convocante como la convocada objetaron por error grave los dictámenes periciales técnico y financiero rendidos por Helí Martín Rodríguez Tolosa y Luis Fernando Rodríguez Naranjo, respectivamente.

Surtido el trámite de rigor, como pruebas de las objeciones presentadas por Teleupar, además de las documentales obrantes en el expediente, el tribunal, por petición de la parte convocante, decretó la práctica de dos dictámenes periciales, a saber: un peritaje técnico a cargo del ingeniero Jorge Enrique García Jaramillo y un experticio financiero a cargo del economista Fabio Arturo Fajardo García.

Angelcom no pidió pruebas en su escrito de objeciones, por lo cual estas deberán resolverse con apoyo en los documentos que componen el expediente.

Rendidos en su oportunidad los segundos dictámenes decretados como pruebas de las objeciones de la convocante y habiéndose corrido traslado de los mismos, Teleupar solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen financiero, mientras que Angelcom hizo lo propio tanto con el dictamen financiero como con el técnico. De acuerdo con las solicitudes de las partes, los peritos oportunamente aclararon y complementaron sus peritajes.

En consecuencia, el trámite que prevé el numeral 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil se surtió en su integridad y, por ende, corresponde al tribunal de arbitramento entrar a decidir las objeciones en este laudo, por expreso mandato del numeral 6º de la norma en mención, previas las siguientes:

11.1. Consideraciones generales.

El ordenamiento procesal colombiano, en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, a fin de garantizar la vigencia y efectividad del derecho fundamental al debido proceso, ha establecido para cada medio de prueba en particular precisas oportunidades de contradicción, con el propósito que las partes puedan expresar sus puntos de vista acerca de cada prueba y ejercer de esta manera su derecho de defensa.

En cuanto toca con la prueba pericial, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil prevé que las partes pueden objetar el experticio cuando quiera que el perito haya incurrido en un error grave que haga que las conclusiones adoptadas sean equivocadas y, por ende, la prueba no ofrezca utilidad alguna. En consecuencia, si el perito ha llegado a una conclusión que se muestra totalmente alejada de la realidad y que es consecuencia de un yerro protuberante en los experimentos realizados, en la metodología utilizada, en los fundamentos adoptados o en los razonamientos que le permitieron exponer sus conceptos, pueden las partes objetar el experticio para lo cual la norma les exige precisar el error y, además, acompañar o pedir las pruebas necesarias para su demostración.

Con la objeción se pretende, entonces, atacar el mérito demostrativo de la prueba pericial habida cuenta que sus conclusiones resultan equivocadas y,

por ende, no se convierte en un medio de prueba con fundamento en el cual pueda el juez adquirir el conocimiento de los hechos técnicos, científicos o artísticos de la controversia. Para ello, esto es, para desvirtuar las conclusiones del dictamen pericial a través de la objeción se requiere que:

- Exista un error, es decir, una discordancia entre la realidad y los conceptos, opiniones y conclusiones del perito. A menudo se quiere hacer pasar como error simples inconformidades del objetante con el trabajo adelantado por el perito que son el producto de disparidad de criterios, opiniones encontradas, interpretaciones o puntos de vista distintos, pero no constituyen en modo alguno error que pueda desvirtuar el alcance demostrativo del dictamen. Es evidente que por el solo hecho que las partes no compartan los criterios, metodologías, experimentos o conclusiones del perito, no significa que el dictamen esté afectado por un error; es necesario, entonces, un yerro, una equivocación que aleje al dictamen de la realidad técnica o científica;
- El error sea grave, de manera que de no haberse incurrido en este las conclusiones del peritaje hubiesen sido distintas. Es importante precisar que es perfectamente posible que el perito incurra en inexactitudes o imprecisiones de mínima trascendencia en su experticio, es decir, en yerros de menor magnitud que no inciden en las conclusiones a las que se ha llegado, caso en el cual, el dictamen no pierde su firmeza puesto que el error debe ser trascendente y trastocar los resultados del mismo;
- El error haya tenido incidencia directa en las conclusiones del perito o se haya presentado al momento de adoptarlas, toda vez que como lo indica el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el error que da paso a la objeción es el que “haya sido determinante de las conclusiones a que hubiesen llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

Vistas así las cosas, no puede el objetante limitar únicamente su labor a demostrar la configuración de un error, sino además acreditar que el error es de tal trascendencia y gravedad que aleja totalmente las conclusiones del perito de la realidad y, por ende, estas son desacertadas, con lo cual el dictamen pierde todo valor probatorio. El objetante, por mandato de la ley, tiene la carga procesal de demostrar que el yerro en que ha incurrido el perito es evidente y trascendente, que hace que el dictamen vea disminuido su mérito y capacidad demostrativa.

Ahora bien, es importante recordar que para estudiar y analizar la configuración de un posible error en el experticio y, en general, para valorar la prueba pericial, debe el juez echar mano de los demás medios de prueba obrantes en el proceso, dentro de los cuales perfectamente pueden encontrarse otros dictámenes (como ocurre en el presente caso), verificar la firmeza de los experimentos, análisis, operaciones, comprobaciones y, en general, de la actividad adelantada por el perito, estudiar la coherencia y claridad de los fundamentos y las conclusiones, observar la experiencia y conocimientos que el auxiliar ha puesto al servicio de su gestión y, en fin, acudir a las reglas de la sana crítica para resolver lo que en derecho corresponda dentro de su autonomía funcional para valorar las pruebas, autonomía e independencia que la Constitución y la ley le reconocen. En este sentido, el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil enseña que “al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta

la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso”.

En el presente caso, en consecuencia, el tribunal para estudiar la eventual configuración de los errores que se le imputan a los dictámenes técnico y financiero, analizará no solamente el contenido de los experticios, sino también las demás pruebas que reposan en el proceso, especialmente los nuevos dictámenes que fueron decretados a instancia de la convocante, respecto de los cuales se surtió íntegramente la contradicción.

11.2. Objeciones al dictamen técnico.

Teleupar fundamenta sus objeciones al dictamen pericial técnico rendido por el ingeniero Helí Martín Rodríguez Tolosa (fls. 332 a 342 cdno. ppal. 4) en lo que respecta al cálculo de las líneas vendidas y no reportadas, toda vez que el perito se basó, en sentir de la parte objetante, en bases erróneas y, además, en una metodología o procedimiento de obtención de datos que no corresponden a la realidad, para lo cual expone una serie de consideraciones de orden técnico y solicitó, además, la práctica de un nuevo dictamen pericial. Se critica y ataca la metodología utilizada por el perito, los cálculos realizados y, en general, los resultados de sus investigaciones.

Por su parte, Angelcom objetó el dictamen técnico por dos errores concretos (fls. 307 y 308 cdno. ppal. 4); el primero “inducido por Teleupar porque hace que el perito calcule los materiales necesarios para el mantenimiento de las redes del convenio para 2 años”, cuando en el contrato no se estipuló tal obligación; y, el segundo, relacionado con “la instalación de líneas de abonado en los postes de la energía”, en donde el perito no hace mención a que la labor de instalación de las líneas telefónicas de la red externa a los inmuebles de los usuarios abonados la adelantó Teleupar y “tampoco aclara que sobre estos postes también hay instaladas líneas propias de Teleupar y líneas del convenio Telecom - Nortel y en la hipótesis no probada de tener que pagar un canon de arrendamiento futuro por el uso de esos postes de energía, este pago tendría que ser compartido y proporcional entre los tres operadores (Teleupar, Nortel y Angelcom) previo inventario poste a poste de las líneas instaladas”.

11.3. Objeciones al dictamen financiero.

Teleupar S.A. objetó el dictamen pericial financiero elaborado por Luis Fernando Rodríguez Naranjo respecto de dos puntos concretos que se observan en su escrito visible a folios 313 a 331 del cuaderno principal 4, esto es, la determinación del valor de uso y del valor de infraestructura de los bienes aportados por Angelcom y la determinación del valor de rescate o de la compensación al contratista, aspectos frente a los cuales se predica la existencia de yerros de gran trascendencia.

Por su parte, Angelcom objetó parcialmente el dictamen financiero (fls. 308 a 312 cdno. ppal. 4), en cuanto a posibles yerros en la determinación de las tarifas, cálculos realizados con apoyo en la fecha de terminación del convenio, desviaciones que afectan la viabilidad del proyecto, estudio de demanda y tasa de descuento.

11.4. La posición del Ministerio Público.

Resulta pertinente resaltar que la señora agente del Ministerio Público en este proceso, mediante memorial que obra a folios 302 a 306 del cuaderno principal 4, presentó un estudio acerca de los dictámenes periciales contable, técnico y financiero, destacando, en cuanto toca con los dos últimos, la firmeza de sus conclusiones y la seriedad de los razonamientos, metodologías y fuentes

utilizadas por los peritos. Hace énfasis la representante del Ministerio Público en que tanto los peritos iniciales, esto es, Helí Martín Rodríguez Tolosa y Luis Fernando Rodríguez Naranjo, como los encargados de presentar los segundos experticios, Jorge García Jaramillo y Fabio Arturo Fajardo García, cumplieron a cabalidad la gestión a ellos encomendada y ello trajo como resultado que los dictámenes sean objetivos, firmes y fundamentados.

11.5. Consideraciones para resolver las objeciones.

Es importante poner de presente que tanto el dictamen técnico como el financiero se encuentran referidos a temas altamente especializados y de gran importancia en sus respectivas áreas del conocimiento, razón por la cual la escogencia de los peritos fue el fruto del análisis que sobre el particular hizo el tribunal luego de estudiar las hojas de vida del ingeniero Helí Martín Rodríguez Tolosa y del doctor Luis Fernando Rodríguez Naranjo, quienes por su amplia experiencia en sus respectivos sectores y por sus estudios sobre cada una de las materias correspondientes, brindaron garantía tanto a las partes como al tribunal que se trata de verdaderos expertos, por lo cual, en lo que atañe con la idoneidad de los peritos ningún reparo debe hacerse.

En segundo lugar, es importante precisar igualmente que los dictámenes periciales se encuentran debidamente sustentados y fundamentados; los peritos se encargaron de exponer con suficiencia las fuentes consultadas, la metodología escogida, los razonamientos, análisis y estudios que les permitieron arribar a las conclusiones que aparecen expuestas en sus peritajes, todo lo cual le permite manifestar al tribunal que estamos en presencia de dictámenes fundamentados y sólidamente edificados. Vale la pena destacar que, tal como consta en varias de las actas que recogen lo sucedido en las múltiples audiencias en que se desarrolló el proceso, los peritos Rodríguez Tolosa y Rodríguez Naranjo asistieron a las diligencias de inspección judicial y exhibición de documentos que le permitieron al tribunal incorporar al expediente abundante prueba documental y, de paso, a los peritos recoger información valiosa para su trabajo que fue debidamente estudiada y analizada. Se pone de presente que los peritos se trasladaron a la ciudad de Valledupar, examinaron y analizaron información proveniente tanto de las partes como de distintas entidades públicas que aportaron documentos al expediente, tomaron datos de las respectivas fuentes, plantearon diversos escenarios y plasmaron distintas opiniones técnicas respecto de las cuales no se observa la existencia de errores o discordancias que le resten credibilidad o solidez a sus conclusiones. Mal podría el tribunal señalar que los peritos actuaron con ligereza, superficialidad o que desatendieron las preguntas y cuestionarios que les formularon tanto el tribunal en forma oficiosa como las que aparecen en los extensos memoriales de las partes; todo lo contrario, los peritos mostraron diligencia, objetividad y profesionalismo tanto en la preparación de sus experticios como en la presentación de los mismos.

Vistas así las cosas, en cuanto a la labor de los peritos para fundamentar sus experticios y, concretamente, sustentar con claridad, y precisión las conclusiones, el tribunal ningún reparo puede hacer a la luz de lo previsto en el numeral 6º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone que “el dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.

En tercer lugar, en lo que respecta a las objeciones presentadas por Teleupar, es necesario señalar que para su demostración la parte objetante solicitó el decreto y práctica de nuevos peritajes que estuvieron a cargo del ingeniero Jorge García Jaramillo y del economista Fabio Arturo Fajardo García, quienes oportunamente rindieron su dictamen acerca de los puntos sobre los cuales existía inconformidad de la convocante. Ambos dictámenes, de manera sustentada y fundamentada, llegaron a la conclusión que desde el punto de vista técnico y económico-financiero, respectivamente, los dictámenes iniciales son firmes y ofrecen credibilidad, esto es, que no existe ningún tipo de error que les pueda ser imputado y que haga que sus conclusiones sean erróneas; por el contrario, se destaca en los segundos dictámenes que los peritos Helí Martín Rodríguez Tolosa y Luis Fernando Rodríguez Naranjo llegaron a conclusiones sólidas que reflejan la realidad de la ejecución del contrato objeto del litigio y, por ende, los datos, informaciones y conceptos allí contenidos ofrecen seguridad y credibilidad en sus respectivas áreas.

En el anterior orden de ideas, frente a nuevos dictámenes periciales que confirman inequívocamente las conclusiones de los iniciales y destacan su firmeza, debe el tribunal concluir indiscutiblemente que las objeciones formuladas por la convocante Teleupar no están llamadas a prosperar por cuanto los errores que se le imputan a los dictámenes son inexistentes y así se declarará en la parte resolutive del laudo. Se destaca que todos y cada uno de los temas sobre los cuales versaron las objeciones de la convocante, fueron desvirtuados, desde el punto de vista técnico, por los peritos García Jaramillo y Fajardo García, quienes realizaron nuevamente una serie de verificaciones, estudios y análisis que terminaron por confirmar las conclusiones de los peritos iniciales.

En lo que toca con las objeciones de Angelcom tanto al experticio técnico como al financiero, observa el tribunal que antes de constituir error grave, los puntos que se destacan en el escrito de objeción obedecen más a una crítica de los dictámenes, es decir, a una disparidad de criterios existente entre la convocada y los peritos que no alcanza a constituir un error que desvirtúe las conclusiones de estos, razón por la cual serán igualmente negadas.

La contundencia y sólido fundamento de los dictámenes inicialmente rendidos por Helí Martín Rodríguez Tolosa y Luis Fernando Rodríguez Naranjo, la cual fue confirmada íntegramente por los segundos peritajes a cargo de Jorge García Jaramillo y Fabio Arturo Fajardo García, llevan al tribunal a negar las objeciones presentadas por ambas partes y acoger íntegramente el concepto de la señora agente del Ministerio Público, según el cual la prueba pericial ofrece total credibilidad y eficacia demostrativa, sirviéndole al tribunal para fundamentar varias de las decisiones que habrán de adoptarse en el proceso frente a la controversia contractual que sostienen las partes. El hecho que las conclusiones a que llegaron los peritos en sus respectivos dictámenes no satisfagan las aspiraciones de cada una de las partes en defender sus posiciones asumidas en el proceso, no permite señalar de manera alguna que los experticios se encuentren viciados de error grave; deben las partes tener en cuenta que frente a cada uno de los temas, esto es, técnico y económico, existen dos peritazgos coincidentes y concordantes, que ofrecen plena credibilidad al tribunal y, en consecuencia, no se abren paso las objeciones.

12. Consideraciones generales en torno de la prueba.

Dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, pruebas que deberán ser apreciadas, valoradas y analizadas conjuntamente por el juez “de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”, de acuerdo con las claras voces del artículo 187 ibídem. En consecuencia, de las normas transcritas, que son el desarrollo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, las decisiones judiciales deben estar fundamentadas en la valoración conjunta, seria, objetiva y ponderada de todos los medios de prueba que hayan sido incorporados al proceso en forma legal y oportuna, para lo cual el juez deberá acudir a las reglas de la sana crítica, esto es, a las máximas de la experiencia.

En el presente caso, la actividad probatoria desarrollada fue abundante, habiéndose ejecutado un buen número de audiencias para recibir y recaudar las pruebas decretadas a instancia de las partes y en forma oficiosa por el tribunal, lo cual permitió que al proceso fueran incorporados múltiples e importantes medios de prueba, enriqueciendo con ello la labor investigativa del proceso y, por ende, permitiendo un real conocimiento de los hechos que dieron origen a la controversia que convoca a las partes a este proceso. Es de destacar que, por haberse considerado necesarias, procedentes y pertinentes, todas las pruebas solicitadas por las partes fueron decretadas y practicadas, garantizándose con ello el derecho a la prueba.

En lo que toca con los aspectos técnicos, el tribunal cuenta con suficiente ilustración obtenida de los dictámenes periciales practicados, debido a que los mismos se encuentran fundamentados y ofrecen conclusiones serias y sólidas, así como a la labor de contradicción de los mismos ejercida por las partes, labor que permitió dotarlos de mayor sustento.

Igualmente, la abundante prueba documental recaudada a lo largo del proceso, bien sea porque fue aportada por las partes, incorporada por los árbitros en las inspecciones judiciales y exhibiciones o remitida por autoridades públicas, permite conocer los antecedentes que rodearon la celebración del negocio, así como la ejecución y finalización del mismo; de igual manera, se conocieron importantes aspectos que incidieron en el negocio y que permitieron establecer los fines que llevaron a las partes a acudir a la modalidad de negocio que celebraron.

La prueba testimonial, valorada en su real alcance y significación, teniendo en cuenta la calidad de las personas que declararon, así como la explicación de la ciencia de su dicho, permitieron al tribunal igualmente conocer e ilustrarse acerca de los antecedentes del negocio jurídico objeto del proceso, así como de importantes aspectos de su ejecución y finalización que por último dieron origen a la controversia que habrá de resolverse en este laudo arbitral.

A lo anterior hay que agregar que el tribunal, haciendo uso de su autonomía funcional para valorar las pruebas obrantes en el proceso y echando mano de lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que “el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, tomará como indicio en contra de la convocante la conducta hostil y descomedida adoptada desde antes de la instalación del tribunal y continuada luego durante su desempeño en contra de los árbitros y de los cuatro peritos que rindieron los dictámenes que obran en el proceso, conducta en virtud de la

cual siempre se quiso cuestionar la imparcialidad y seriedad de todos y se dificultó la consecución de prueba documental fundamental.

El tribunal no puede pasar por alto varias actuaciones procesales de la convocante que no solamente obstaculizaron la búsqueda de documentación e información valiosa para el proceso, sino que pudieron inducir a error a los árbitros, las cuales se constituyen en un indicio que le resta credibilidad a sus argumentos y defensas. Simplemente para enumerar algunas, se tiene que:

- Mucha de la documentación que debía ser exhibida en la diligencia que con tal fin se llevó a cabo en las instalaciones de la convocada en la ciudad de Valledupar el día 23 de septiembre de 2004 (fls. 284 a 301 cdno. ppal. 3), no fue suministrada o puesta a la vista del tribunal por afirmarse que la misma supuestamente no estaba en poder de la entidad o no se conocía de su existencia; sin embargo, tal información (planos, memorias técnicas, etc.) fue posteriormente encontrada por el perito técnico Helí Martín Rodríguez Tolosa en desarrollo de sus indagaciones y búsquedas en la ciudad de Valledupar para la recopilación de datos con miras a elaborar el dictamen; lo lógico era que tal documentación se hubiese entregado en la diligencia de exhibición en desarrollo del deber que tienen todas las personas naturales y jurídicas, de derecho público o de naturaleza privada, de colaborar con el recto funcionamiento de la administración de justicia (C.N., art. 95, num. 7º), lo cual, sin lugar a dudas, obstaculizó y tornó más difícil la labor de los peritos y, desde luego, del tribunal;

- En el alegato de conclusión de la convocante se hace una transcripción parcializada del dictamen técnico rendido por el ingeniero Helí Martín Rodríguez Tolosa, que pretendió generar confusión o inducir a error a los árbitros. Concretamente en la página 64 del alegato se transcribe una respuesta del perito técnico en forma incompleta, dejando de lado la explicación que a renglón seguido este entrega en torno a una presunta inexactitud en el cálculo de líneas vendidas y no reportadas por la convocante. Esa presentación fraccionada del dictamen podría inducir en error a terceros y, por ende, resulta inaceptable para el tribunal;

- Constantemente la convocante, a través de su apoderado, ha descalificado en forma injusta y sin fundamento la instalación del tribunal, llegando a calificarla de “espuria”, así como varias de las decisiones adoptadas que buscaban darle impulso al proceso e investigar a profundidad todos los hechos materia de la controversia. La continua y constante oposición a los actos del tribunal que perseguían esclarecer los hechos, resulta altamente censurable y criticable, por lo cual, constituye indicio en contra de la misma.

- La convocante pretendió restringir e incluso eliminar la posibilidad amplia que tiene el juez de preguntar en cualquier momento a los declarantes, llegando incluso a aplicar la norma procesal respecto de la pertinencia y conducencia de las preguntas que en realidad está instituida para ser considerada por el juez respecto de las preguntas de los apoderados y no al revés; vale decir, para que un apoderado rechace una pregunta del juez como en efecto ocurrió con Telepar (fls. 9 a 11 cdno. ppal. 4) (CPC, art. 227).

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el tribunal abordará el estudio de la controversia a fin de determinar si las pretensiones y excepciones recíprocamente formuladas tanto en la demanda inicial reformada como en la reconvencción y sus respectivas contestaciones y réplicas, se encuentran

debidamente sustentadas y apoyadas en los hechos demostrados en el expediente y en el ordenamiento jurídico vigente.

II. Consideraciones del tribunal

El tribunal de arbitramento encuentra que debe pronunciarse sobre los siguientes puntos, en orden a definir los conflictos planteados tanto en la demanda presentada por Teleupar como en la demanda de reconvenición de Angelcom, así: 1. Régimen jurídico de los contratos suscritos por las partes, finalmente integrados en el unificadorio CARC-16/12/98; 2. Naturaleza jurídica de los contratos denominados como de joint venture y del unificadorio CARC-16/12/98; 3. Régimen jurídico de la nulidad de los contratos y examen de las nulidades incoadas por Teleupar; 4. Examen sobre la ejecución del convenio unificadorio CARC-16/12/98, en orden a determinar el cumplimiento de obligaciones por los contratantes y el resultado financiero de su ejecución; 5. Pronunciamiento expreso respecto de las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvenición.

1. Régimen jurídico de los contratos suscritos por las partes, finalmente integrados en el unificadorio CARC-16/12/98.

El examen acerca de la legalidad de un contrato que debe realizar cualquier interesado en el tema, dentro de los cuales, por supuesto, está el juez en su labor de definición del derecho en razón de controversias a él planteadas, parte necesariamente de establecer el régimen jurídico que enmarca el asunto sub judice.

Claro está que en muchas ocasiones ese régimen resulta de fácil definición habida consideración que en el lapso que conforme con la normatividad vigente determina la legislación aplicable a un contrato, dadas las circunstancias que rodean su nacimiento y perfección, no existe alteración normativa o no coexisten varias disposiciones que eventualmente pueden regular la materia, sino que es una e identificable de manera elemental.

Se complica el asunto, si precisamente se presenta dicha alteración o tal coexistencia, además de la falta de claridad o rigorismo jurídico de las normas positivas pertinentes. Ello ubica al intérprete en la problemática de resolver, entre esa maraña normativa, la que ha de servir para el análisis del fenómeno que ha de resolverse.

Es esto último o por lo menos semejante, lo que acontece en el caso que ahora debe dirimir este tribunal. En efecto, son varias las leyes que coexisten al momento de entrarse la relación negocial que vinculó a Teleupar con Angelcom, las que tienen contenidos y alcances no siempre semejantes. Sobre este particular baste rememorar que se encontraban vigentes en momentos de celebración de los contratos CARC-11/10/96, CARC-10/11/97 y CARC-16/12/98, las leyes 37 de 1993, contentiva de la prestación del servicio de telefonía móvil celular y de otras normas aplicables al sector de telecomunicaciones; 80 de 1993, relativa al estatuto general de contratación de la administración pública; y 142 de 1994, sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

Esa circunstancia reclama del tribunal la necesidad de una definición acerca de la ley aplicable. Aspecto este cardinal en el conflicto que concentra su atención, entre otros motivos porque uno de los puntos reclamados por la entidad estatal tiene que ver con la nulidad absoluta de los contratos enunciados, para lo cual resulta imperioso conocer la disposición imperativa que los regula en razón a que esa norma objetiva ha de servir de extremo en la confrontación que debe

hacerse con las estipulaciones pactadas en orden a determinar la existencia o no de la infracción o quebranto incoado. Siendo ello así, el tribunal se adentra ahora a escudriñar dichas leyes, de cuyo análisis debe concluirse con la determinación del marco regulatorio aplicable a los contratos bajo examen.

1.1. Ley 37 de 1993.

La Ley 37 de 1993, en lo que atañe a la regulación de los contratos de asociación a riesgo compartido, encuentra su justificación inmediata en la declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado del Decreto 553 de 1992, a la sazón el que habilitó a Telecom para la celebración de ese tipo de contratos. En su momento se consideró que la legislación por entonces vigente impedía la celebración de este tipo de contratos o al menos no era clara la habilitación legal a la estatal para dichos efectos, motivo por el cual se consideró necesario contar con una disposición con un tenor semejante. No es momento para calificar como acertado o no una apreciación tal, aunque el tribunal considera que no era ello necesario dado el régimen jurídico aplicable por ese entonces.

Independientemente de esa discusión, lo cierto es que el Congreso expidió la Ley 37 de 1993, en cuyos artículos 9º y 10 se reguló lo relativo a formas asociativas en el sector de las telecomunicaciones. En virtud de la primera disposición las entidades que presten servicios de telecomunicaciones, como era el caso de Telepar fueron autorizadas para constituir con otras personas “sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos...”, agregando el inciso final que también podrán celebrar “contratos de asociación... sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas”.

Es decir que por esta norma, las entidades estatales pertenecientes al sector de las telecomunicaciones recibieron la necesaria, esa sí, autorización legal para constituir nuevas personas jurídicas encargadas de cumplir actividades que le son propias. Pero además, se les permitió, no autorizó porque no era indispensable en cuanto no generaban nueva persona jurídica, celebrar convenios que nacieran de la necesidad de asegurar la realización de sus objetivos y los que, en todo caso, no implican el surgimiento de una nueva persona jurídica.

Por su parte, el artículo 10 establece que a los “procedimientos de contratación” del anterior artículo se les aplica las disposiciones del derecho privado y “en los contratos se establecerán”, entre otras, estipulaciones relativas a los temas tratados en 4 literales.

Como se observará, el artículo 9º regula dos eventos. El uno relativo a la conformación de sociedades o asociaciones que implican una nueva persona jurídica e independiente de sus socios, encargada de cumplir actividades propias del “socio” estatal. Gracias al segundo, las entidades oficiales pueden celebrar contratos de asociación que no dan lugar a persona jurídica nueva. El artículo 10 aplica a los procedimientos de contratación señalados en la norma precedente. Ello conduce a indagar, en primer término, si este aplica a los dos eventos antes dichos o si, por el contrario, solo se predica de alguno de ellos.

No considera el tribunal que este artículo sea predicable del evento uno, indicado de manera precedente. Ello por cuanto en nuestro ordenamiento existe todo un régimen que de manera detallada regula el contrato de sociedad y que la Ley 37 de 1993 no pretendió alterar o establecer alguna especificidad. Además porque lo obvio de las cosas indica que las estipulaciones que el

artículo 10 señala deben incluir los contratos que al amparo del 9º celebren las entidades estatales, son propias de esquemas negociales en donde la prestación del servicio no sale del resorte de la estatal, lo que necesariamente supone la ausencia de un ente nuevo, con personería jurídica propia. Es decir que las estipulaciones que nacen bajo abrigo del artículo 10, han de incluirse en los convenios de asociación a que alude el inciso final del artículo 9º.

Esto mismo encaja perfectamente con la noción que el derecho comparado proporciona de los llamados contratos a riesgo compartido o también denominados como joint venture, en donde la ausencia de personería jurídica se convierte en nota característica, a más de otras que no es del caso ahondar en este instante.

1.2. Ley 80 de 1993.

En desarrollo del inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993. En su momento pretendió ser un estatuto general de aplicación universal para todas las entidades estatales, de cualquier orden y nivel, que tuvieran participación mayoritaria del Estado. Ello para corregir la dispersión e hiperinflación normativa por entonces reinante que generaba diversos tipos de inconvenientes, siendo uno de ellos, el de inseguridad jurídica.

Con tal fin, a más de adoptar la forma de estatuto de principios, por lo menos en un alto grado, lo que la práctica demuestra muy pocos comprendieron, se derogaron todas las normas de contratación, de todos los órdenes y niveles, con excepción de las que de manera expresa dejó a salvo la propia ley.

El proyecto presentado por el Gobierno Nacional a consideración del Congreso, no incluía el actual artículo 33 ni tampoco los siguientes hasta el 38, inclusive. Fue durante los debates llevados a cabo en las comisiones cuartas de Senado y Cámara, en donde, a instancias del Ministerio de Comunicaciones, se plasmaron. Quizá por eso se observa alguna desarticulación entre estas disposiciones y otras del estatuto. No con el mismo rigor del artículo 78, pero al fin y al cabo siguiendo la filosofía de este, el párrafo único del artículo 33 indicó que “los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen...”.

Una lectura inicial y si acaso desprevenida de la norma, podría dar lugar a interpretar que lo que regula no alude a la permanencia de la legislación precedente, sino en concreto y particular a los procedimientos de selección y contratos suscritos en las dos modalidades, esto es las que generan personas jurídicas nuevas y las que no lo hacen. O sea en términos semejantes a los adoptados en el artículo 78, ejusdem, que como se observará no conlleva el mantenimiento de la legislación sino la aplicación de la normatividad derogada por la nueva ley, a los procedimientos y contratos iniciados y suscritos al amparo de aquella.

Esta postura llevaría a sostener que con la vigencia de la Ley 80 de 1993 y dado su espíritu, caracterizado por derogar, por regla general, todas las normas de contratación existentes, quedaron sin vigencia los artículos referidos de la Ley 37 de 1993, los que, entonces, solo seguirían siendo utilizados en relación con las asociaciones y contratos iniciados y celebrados antes de la entrada en vigor del estatuto general de contratación.

Empero, el tribunal considera que otro es el sentido de la norma bajo examen. En efecto, del aparte que establece la continuidad de la Ley 37 de 1993 o de "las disposiciones que la desarrollen o complementen", se infiere que lo que ella busca es mantener vigente la normatividad, a tal punto que incluye dentro de esa idea, las normas posteriores que la desarrollen o complementen. Circunstancia esta de imposible realización si de lo que se tratare fuera amparar, no la legislación, sino los procedimientos y contratos. Ello en consideración a que derogada una normatividad, cesa su existencia hacia el futuro por lo que no habría lugar a pensar en desarrollos o complementaciones. Traduce lo dicho que con posterioridad al primero de enero de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales del sector de las telecomunicaciones podían asociarse con particulares o celebrar contratos con ellos destinados a cumplir las actividades que le son propias. Claro está que con las grandes posibilidades que brinda el estatuto de contratación, la Ley 37 de 1993, en lo pertinente, se volvió como innecesaria o reiterativa. Agrega esto el tribunal en razón a la posibilidad de celebrar contratos de riesgo compartido al amparo del propio estatuto y sin necesidad de las normas de la Ley 37, dada la preceptiva del artículo 32 y la variada gama de formas asociativas que brinda, tales como consorcios, uniones temporales, sociedades con objeto único o asociaciones o sociedades proyecto.

1.3. Ley 142 de 1994.

En desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política, se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Siguiendo la preceptiva constitucional, esta ley se funda en la libertad y amplia competencia en la prestación de esos servicios, lo que implica la inexistencia del monopolio que antaño el Estado tenía en relación con la prestación de tales servicios. Por lo mismo, es que en aras de esa libertad y competencia, la ley dotó a las entidades estatales de un marco jurídico marcado por una mayor flexibilidad en sus procesos contractuales habida cuenta que la aplicación de la Ley 80 de 1993, particularmente en lo que respecta a la licitación pública, hubiera puesto en franca desventaja a las estatales frente a los operadores privados regidos fundamentalmente por el derecho privado. Claro que para alcanzar el propósito buscado no era necesario irse al extremo de excepcionar todo el estatuto de contratación. Quizá bastaba no aplicar la licitación pública y aquellas normas relativas a los procesos de selección que implicaren menor celeridad en la contratación. Mas no otros principios saludables y necesarios para donde esté el Estado y se manejen recursos públicos. Esto último en manera alguna implica, como erróneamente se ha considerado, menoscabo de la agilidad en los procesos de contratación.

Bajo ese prisma, el artículo 31(

El artículo 31 fue modificado por el artículo 3º de la Ley 689 de 2001.

1) señaló que "los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa". A su vez, el parágrafo 1º del artículo 32 es del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que

correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

Como se observará, la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, no fue nada afortunada y, por lo mismo, más que propiciar claridad engendró un sin número de interpretaciones(

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 preveía la aplicación del régimen de derecho privado a los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando aquellos tuviesen por objeto la prestación de dichos servicios. Esta disposición motivó varias interpretaciones sobre sus alcances, en especial sobre los sujetos a los que se dirige y los contratos que comprende, entre otras razones por la remisión antitécnica que hacía al párrafo 1º del artículo 31 de la Ley 80 de 1993. (...) No obstante lo expuesto por el Consejo de Estado, el tema siguió siendo motivo de controversia por parte de la doctrina y de los entes encargados de ejercer el control fiscal sobre las entidades estatales prestadoras de servicios públicos, así como el control disciplinario sobre los funcionarios de las mismas, generando inseguridad jurídica para quienes tienen a su cargo la administración de las entidades estatales prestadoras de dichos servicios” (Caicedo Ortiz, Diego Humberto. Prólogo Servicios Públicos Domiciliarios — Actualidad Jurídica, tomo IV, 2001. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios).

2). Empezando porque el párrafo del artículo 32 tenía como destinatarios exclusivos las compañías de seguros y financieras del orden estatal, las que nada tienen que ver ni su régimen jurídico especial tampoco con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

La Ley 80 de 1993 quiso que los contratos que desarrollen el objeto social de esas entidades, esto es en lo relativo a negocios bancarios o de seguros, se rigieran por las normas especiales que regulan esas materias que no son otras que las previstas en el estatuto orgánico del sistema financiero (D. 663/93), ley marco de intervención en el sector financiero (L. 35/93) y la ley de reforma financiera (L. 45/90) para el caso de entidades financieras y del Código de Comercio, en lo pertinente, entratándose de los contratos de seguros, ninguna de las cuales, por supuesto, pueden y deben ser aplicables en el evento bajo examen.

Ante tan desafortunada como equivocada remisión, fue la doctrina primero y luego la jurisprudencia las que dilucidaron el asunto. Lo hicieron indicando que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 al remitir al párrafo 1º del artículo 142, lo hacía, no para conducir a normas especiales que por el momento no existían pues era ese el objeto de la misma ley, sino para establecer que los contratos que desarrollen el objeto de las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios se regirán por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993, salvo que la propia Ley 142 dispusiera otra cosa.

A manera de ejemplo se citan algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que dilucidan lo expuesto hasta el momento:

- “En otras palabras, la remisión que ese artículo 31 de la Ley 142 hace del párrafo del artículo 32 de la Ley 80, es así ciertamente confusa y desorientadora (hecha para eludir objeciones de orden constitucional, en especial frente al artículo 150, in fine, de la Carta), porque permite concluir,

contra el querer de la Constitución plasmado en la Ley 80, contra la intención del gobierno expuesta en el proyecto que luego llegó a ser esa Ley 142 y el mismo texto final de esta, que la actividad relacionada con los servicios públicos domiciliarios no estará regida por el estatuto general de contratación para el contrato estatal ni por el derecho público, sino por el derecho privado, con las salvedades que la misma Ley 142 prescribe...” (C.E., S. Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, sep. 23/97, Exp. S - 701).

- “En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 hace, entratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa” (C. Const., Sent. C-066/97, M.P. Fabio Morón Díaz).

- “El artículo 32, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada ley. Aunque el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de los servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994” (C. E., - S. de Consulta y Servicio Civil, C.P. Humberto Mora Osejo, Rad. 666).

- “(...) Se impone reiterar lo expresado en el concepto anterior de la Sala que sobre el mismo tema manifestó: “El artículo 32, parágrafo 1º de la Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada ley. Aunque el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios públicos domiciliarios, la sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994. Las razones expuestas son suficientes para llegar a la conclusión de que el régimen de contratación, aplicable a las personas prestadoras de servicios públicos, incluyendo a los municipios y a las entidades descentralizadas cuyo objeto a contratar sea la prestación de uno de dichos servicios, es el previsto por el derecho privado, con la excepción de la misma Ley 142 y del contrato de concesión, en la forma ya expresada (...)” (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, conc. jul. 19/95, Rad. 704, C.P. Roberto Suárez Franco).

Significa lo dicho que a partir de la vigencia de la Ley 142 de 1994, el régimen jurídico de las entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios sería el siguiente:

1. Para los contratos que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, el derecho privado, es decir, el régimen que se encuentra consignado en el Código de Comercio y en el Código Civil;
2. Para los otros contratos cuyo objeto no corresponde al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, frente a esta situación huelga indagar acerca de la vigencia o no de los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993, una vez se promulgó la Ley 142 de

1993(sic). Al respecto, debe señalarse que el tema bajo análisis se concentra en normas aplicables a contratos; no se alude en manera alguna a disposiciones que regulan un determinado servicio.

Dentro de ese marco debe indicarse que en virtud de la Ley 142 de 1994, todas las normas especiales de contratación que estaban vigentes por entonces, quedaron derogadas o inaplicables si se referían a contratos que desarrollen el objeto social de entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios pues el régimen de estos es el que emana del derecho privado, salvo en lo relativo a cláusulas excepcionales al derecho común que fue la única materia que la ley dejó a salvo respecto de la Ley 80 de 1993. Dentro de ese contexto, habría que decir que al momento de celebrarse los contratos que ahora examina este tribunal, la Ley 37 de 1993 no era aplicable ni los cobijaba, así las partes hayan querido someterse a ese régimen. Es claro que el régimen de cualquier contrato, por lo menos en lo atinente a normas imperativas, proviene por ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes(

Betti, Emilio (Teoría General del Negocio Jurídico. Granada, 2000, pág. 52 y 54), expresa con claridad este punto: “La manifestación suprema de esa autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho le atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto que están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente (...). En la medida en que se la reconoce por el orden jurídico, esta no es llamada a crear, ni siquiera a integrar, ninguna norma jurídica, sino a hacer surgir la hipótesis de hecho de una norma ya existente, dando vida, entre individuo e individuo, a la relación jurídica que la norma dispone. Solo en este sentido puede considerarse atribuida a los particulares, por el orden jurídico, una competencia dispositiva, y no en el que se delegue en ellos una parte de la competencia normativa, y se les transforme así en órganos propios del ordenamiento jurídico”.

3).

Si hemos dicho que con posterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993, quedaron a salvo en virtud de lo establecido en el parágrafo del artículo 33, ejusdem, resulta evidente, entonces, que con la vigencia de la Ley 142 que dejó de lado la Ley 80 de 1993, también sucede lo mismo con la Ley 37 de 1994 (sic), en lo pertinente a la materia contractual y en relación con los servicios públicos domiciliarios a los que aquella se refiere dentro de los cuales se encuentra la telefonía pública básica conmutada (art. 1º).

El tribunal no encuentra sustento alguno para sostener que con la entrada en vigor de la Ley 142 de 1994, y la consecuente inaplicabilidad de la Ley 80 de 1993, quede a salvo la Ley 37 de 1993, siendo que esta debía su “existir” después del 1º de enero de 1994, precisamente al estatuto general de contratación pública.

Podría ser que algún intérprete encontrare la puerta de entrada, una vez promulgada la Ley 142 de 1994, de la Ley 37 de 1993 esgrimiendo un carácter especial y particular de esta respecto de aquella. Empero, esa tesis no puede ser aceptada como válida en razón a que la interpretación que se ha hecho del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, no supone la remisión a normas o

regímenes especiales sino a la no aplicación del estatuto de contratación y, en su lugar, a la utilización del derecho privado.

Pero es que, además, no podría entenderse la citada norma como una remisión a alguna especial y particular habida cuenta que de lo que se trataba con la ley de servicios públicos era, precisamente, instituir un régimen nuevo que se ajustara a los nuevos mandatos constitucionales, por lo que sería absurdo, si de lo que se trataba era definir el régimen de los contratos que celebraban las entidades oficiales, enviar a una reglamentación que no existía sino en la Ley 80 de 1993 que era casualmente la que motivaba la separación.

Tampoco puede tenerse, en ese marco, la Ley 142 como una de orden general que da paso a una más particular porque es esta ley la que tiene el carácter de especialísima en materia de servicios públicos domiciliarios que, en consecuencia, prefiere a cualquiera otra, salvo que la propia Ley 142 disponga otra cosa(

Como se ha dicho, la Ley 142 de 1994 no dejó a salvo la Ley 37 de 1994(sic). 4), e incluso respecto de normas futuras(

En relación con este punto basta leer el artículo 186, a cuyo tenor: “Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirán esta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contraria por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria”.

5).

Así las cosas, para el tribunal es claro que el examen de legalidad que debe hacer de los contratos cuestionados, ha de realizarse al amparo del régimen general de los contratos que consagra el derecho privado y no teniendo como sustento la Ley 37 de 1993. A pesar de ello, tal como en su momento lo establecerá el tribunal, desde ahora consigna que aun en el evento en que los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993 fueren aplicables, la nulidad incoada por violación de las estipulaciones que deberían desarrollar el artículo 10 en lo concerniente al reparto de utilidades y al manejo de los riesgos, tampoco se presenta.

Con lo dicho hasta ahora, encuentra el tribunal que el régimen jurídico que enmarca los contratos que son materia del litigio que lo convoca, se encuentra previsto en el derecho privado. Es conocido por todos que en la órbita de esta extensa rama del derecho, se encuentran dos grandes pilares; el uno consignado en el Código Civil y el otro en el Código de Comercio, lo que implica desentrañar la escala normativa que debe regular el tema. Necesidad en particular evidente respecto de asuntos que tienen regulación en los dos sistemas, no siempre con reglas similares.

Este análisis debe partir de la concepción del llamado acto de comercio y de la calidad de comerciante, los que podrían facilitar la definición acerca de si un asunto es de naturaleza civil o mercantil. Sobre este particular, debe tenerse presente que el ordenamiento comercial tiene el carácter de especial frente al

civil, lo que implica preferencia de aquel sobre este en las materias que él regula (C. de Co., arts. 1º y 2º)

Los artículos 1º y 2º del estatuto mercantil dicen así: “ART. 1º—Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”; “ART 2º—En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil”.

6)). Claro está que esa preeminencia no se traduce en prevalencia del Código de Comercio respecto del Civil habida consideración que existen materias reguladas por el Código Civil que en virtud del artículo 822 del Código de Comercio, se “mercantilizan” o lo que es lo mismo adquieren el mismo rango de las consignadas en el estatuto mercantil. Materias estas por supuesto de rango superior a aquellas materias de raigambre civil que aplican a los asuntos mercantiles por ausencia de norma expresa o de aplicación analógica (C.de Co., art. 2º).

Si bien el objeto y actividades de las empresas de servicios públicos domiciliarios no encajan exactamente en el listado enunciativo que trae el artículo 20 del Código de Comercio, también lo es que por su naturaleza, características e incluso por lo que la propia Ley 142 ordena, deben ser las normas mercantiles las aplicables en primer término y solo a falta de estas las civiles. Claro está, se insiste, considerando que las materias referidas en el artículo 822(

El artículo 822 del Código de Comercio es del siguiente tenor: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

7) y que se encuentran reguladas en el Código Civil, para estos efectos se entienden como mercantiles.

2. Naturaleza jurídica de los contratos denominados como de joint venture y del unificadorio CARC-16/12/98.

Identificado entonces el ordenamiento jurídico que marca los límites dentro de los cuales les es dable moverse a los contratistas y cuya transgresión de normas imperativas, engendra la nulidad absoluta del contrato (C. de Co., art. 899, num. 1º), debe el tribunal referirse a los denominados contratos de riesgo compartido o también llamados de joint venture, habida cuenta que la voluntad de las partes se encaminó a convenir este tipo de contratos.

Al efecto conviene examinar, en primer término y de manera breve, la doctrina foránea y, posteriormente, analizar si en nuestro ordenamiento jurídico existe una regulación precisa o al menos concreta de esta institución o si, por el contrario, la ausencia de ella implica la conformación de un contrato atípico e innominado, lo cual exige decantar con mayor detalle el ámbito jurídico que lo determina.

2.1. Esbozos doctrinales sobre los contratos de joint venture.

Los contratos de joint venture aparecen como originarios del derecho anglosajón. Su concepción primigenia parte de una asociación de dos o más personas encaminadas a ejecutar un negocio o empresa común que, por supuesto, lleva implícito el deseo de lograr utilidades para lo cual encaminan sus esfuerzos pero sin dejar de lado la existencia de un riesgo que puede

traducirse en pérdidas que, claro está, también serán asumidas por los asociados y bajo la premisa de que, por regla general, en virtud de la unión de esfuerzos no se configura un ente nuevo e independiente de sus integrantes.

Con apoyo en esos elementos bastante comunes que se encuentra en la doctrina foránea, se puede destacar también como un aspecto relevante de este tipo de contratos, el que por antonomasia pertenecen a la categoría de los llamados contratos de colaboración por oposición a los denominados de contraprestación recíproca o contrapuesta o también conocidos como contratos de intercambio. Aquellos se caracterizan, entre otros aspectos, por ser contratos plurilaterales en donde los dos o más contratantes no se toman, y así nacen las prestaciones y dirigen sus acciones, como contrapartes sino ante todo como socios o como “una verdadera confraternidad, equiparando los socios a los hermanos”

Tomado de www.csj.gov.sv.

8), en los cuales cada persona se sitúa jurídicamente no frente a la otra sino de manera paralela en la búsqueda de los fines que animaron la unión.

Dentro de esa concepción, por demás bastante genérica y escueta, y en relación con temas concretos que tanto interesan al pleito que nos congrega, como son los relativos a la asunción de riesgos o el reparto de utilidades o pérdidas, se encuentra que la inmensa mayoría de autores destacan que dichas materias son del resorte negocial de las partes, quienes, en consecuencia, quedan en libertad de regularlos de manera libre y autónoma, incluso para determinar límites a esas pérdidas o la asunción o no de eventuales riesgos por alguna o algunos de los asociados. Todo ello en el propósito de obtener acuerdos que faciliten la consecución de las metas comunes que animan y justifican la asociación.

A todo este respecto, Andrea Astofoli indica:

“El contrato de joint venture es un contrato en comunión de finalidad, en el cual la comunidad de intereses no se manifiesta en relación al medio pre-elegido para realizar el objetivo que satisface las motivaciones particulares de los contrayentes, sino en el cumplimiento del objetivo mismo, cuya relación satisface contextualmente los intereses particulares de los co-ventures. La realización del fin-medio, la inversión, no se pone así como momento preliminarmente necesario a la persecución de las finalidades individuales, en cuanto la satisfacción de este no es mediado por una comunión de utilidades sino directamente realizado en cumplimiento del fin común. En consecuencia, en los contratos de joint venture reconfigura una relación de funcionalidad necesaria entre el aporte de los contrayentes y el objeto del contrato, por valuarse en relación con los criterios de repartición de las respectivas competencias entre co-ventures para la ejecución de la prestación en el cual ellos participan. Asumen así escaso relieve los aportes financieros y son, al contrario, de importancia preeminente los aportes tecnológicos, gerenciales u organizativos en cuanto directamente funcionales a la persecución del objeto del contrato”

Astofoli, Andrea. Contrato Internacional de “Joint Venture”, revista de derecho comercial y de las obligaciones. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986. Pág. 53.

9).

Kirkpatrick V. Smith señala sobre este particular:

“(el joint venture) designa una empresa asumida en común; que es una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad que, como las pérdidas será dividida entre ellos, aunque la obligación de los partícipes de soportar una parte proporcional de las pérdidas o de los gastos puede modificarse contractualmente. Porque se trata de una joint venture debe haber una contribución de las partes a la empresa común, una comunidad de intereses y algún control sobre lo que es materia de este o sobre los bienes adquiridos de acuerdo con el contrato”

Kirkpatrick V. Smith, citado por Sergio Le Pera en su obra “Joint Venture y sociedad”, Buenos Aires, Argentina; Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997. Pág. 70.

10).

A su vez Enrique Guardiola Sacarreta señala en los siguientes términos las características fundamentales de estos contratos:

“a) Debe tratarse de un proyecto de tipo societario, de carácter duradero, entre dos o más empresas.

b) El objetivo debe ser realizar en común una determinada actividad en el país de implantación, participando activamente las empresas asociadas, sin confiar por tanto la explotación del negocio a terceros.

c) Dicha actividad debe tener fines lucrativos, asumiendo las empresas participantes el compromiso de compartir los riesgos de la misma.

d) Salvo en países que no reconocen el principio de propiedad privada de capital social, comporta la creación de un nuevo ente con personalidad jurídica y distinta de la de los participantes, aunque también puede considerarse “joint venture” la adquisición por dos o más empresas de participaciones sociales de una compañía preexistente.

e) Las empresas participantes deben controlar efectivamente la sociedad o ente creado o adquirido no solo mediante su participación en el capital social, sino a través de sus aportaciones tecnológicas y de conocimiento y de su presencia en el órgano de administración.

f) Las aportaciones de los socios y su presencia en los órganos de administración no deben suponer el dominio absoluto de uno de ellos sobre los demás...”

Guardiola Sacarreta, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Bosh, Casa Editorial, S.A. Comte d' Urgell. Barcelona, 1998. Pág. 296.

11).

Y sobre algunas de esas características, en concreto sobre lo relativo a pérdidas y utilidades se ha dicho:

“... no es esencial para la existencia de un joint venture que las partes acuerden las pérdidas; ellas pueden incluso pactar que todos participen en las utilidades pero que solo algunos soporten las pérdidas”

Le Pera, Sergio. Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresarial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001, pág. 75.

12).

Por su parte Javier Arce Gargollo ha sostenido:

“... es un contrato asociativo, pues las partes contratantes se obligan a contribuir para la obtención de un fin común (participar conjuntamente en un

proyecto, negocio o sociedad) y están dispuestos a tener utilidades o pérdidas conforme al riesgo que involucra el contrato”(

Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos. Editorial Porrúa. México, 2000, pág. 377.

13).

2.2. Los contratos de riesgo compartido en nuestra legislación.

Salvo las previsiones que la Ley 37 de 1993 establece en el artículo 10 acerca de los llamados contratos de riesgo compartido, que como ha dejado sentado el tribunal no aplica para los servicios públicos domiciliarios y en particular para el de telefonía pública básica conmutada, no existe en nuestra normatividad un régimen jurídico concreto y especial para esta forma negocial(

Véase, Arrubla Paucar, Jaime A., Contratos Mercantiles, t. II, 1992, págs. 258 y 259, quien, refiriéndose a la naturaleza jurídica del Joint Venture, anotó: “Se trata de un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia, que tiene lineamientos claros en el derecho comercial comparado (...). Por tratarse de un contrato atípico no ha previsto la ley ninguna formalidad para su celebración y por tanto, campea libremente el principio de la libertad de forma al momento de su perfeccionamiento”.

14). Se presentan sí, regulaciones de figuras que se le asemejan y que en otras latitudes se toman como modalidades de ese tipo de asociaciones, como son, entre nosotros, los llamados consorcios o uniones temporales.

En efecto, si estas figuras reguladas en el artículo 7º de la Ley 80 de 1993, se examinan, no desde la perspectiva del vínculo con el Estado que es en esencia lo que la ley refiere, sino desde el ángulo de la relación entre sus integrantes, habrá que concluir que en lo fundamental encajan con lo que se ha encontrado y dicho de los joint venture. Esto en razón a que desde esa perspectiva se trata de acuerdos de colaboración, por oposición a los de intercambio, que atan a dos o más personas en la consecución de un fin común, cual es obtener la adjudicación de un contrato estatal para ejecutarlo de manera conjunta y obtener así una utilidad común, pero asumiendo el riesgo que todo negocio comporta y que la misma doctrina y jurisprudencia ha reconocido en el contrato estatal, lo que, por supuesto, no puede confundirse con el principio de la ecuación contractual, instituida para amparar aleas anormales y no como garantía a ultranza de utilidades, como algunos erradamente lo han creído. Utilidades, pérdidas o reparto de riesgos que caen bajo la libre conveniencia y regulación de las partes, quienes de manera autónoma pueden reglamentar estas materias. Se aclara que esta libertad de regulación se centra en los vínculos que atan a los integrantes del consorcio o unión temporal entre sí, mas no respecto de lo que acontece en relación con la entidad estatal contratante que como se sabe asume la forma de solidaridad, inmodificable por acuerdo de las partes, so pena de ineficacia.

Ante la inexistencia de una regulación expresa de la materia, debe preguntarse si estas formas contractuales de origen foráneo, ¿pueden ser pactadas en nuestro país y más con entidades estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios?

La respuesta, por supuesto, tiene que ser positiva a una y otra pregunta en virtud del principio de autonomía de la voluntad que en grado sumo, aunque no absoluto, campea en el derecho privado. Es que aun para entidades que no se encuentran cobijadas por la Ley 142 de 1994, sino exclusivamente por la Ley 80 de 1993, esa posibilidad se presenta pues, tal como se ha dicho, el principio

de autonomía de la voluntad, si se quiere de manera más restrictiva, también aplica por expresa disposición legal (arts. 13 y 40) y también porque de manera clara el artículo 32 de esa ley, a más que resaltó una vez más esa autonomía, dio vía libre a los llamados contratos atípicos o innominados.

Ahora bien, en relación con este tipo de contratos que según se ha dicho, pertenecen los contratos de riesgo compartido o de joint venture que celebren las empresas oficiales de servicios públicos regidas por la Ley 142 de 1993(sic), resulta trascendental determinar, dentro del amplísimo mundo que ofrece el derecho privado, la escala normativa que los ha de regular. Definición por demás trascendental si ha de examinarse la validez de los contratos, tal como ocurre en este evento.

El profesor Ospina Fernández enseña que el orden de prelación normativa en los actos atípicos debe ser: “1. Las leyes imperativas; 2. las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3. las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4. las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5. la doctrina constitucional y los principios generales del derecho”

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Editorial Temis. Tercera Edición. 1987. Pág. 53.

15).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente:

“En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a las disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de autointegración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 22 de 2001, Exp. 5817, M.P. Jorge Castillo Rugeles.

16).

Ha indicado el tribunal que en materia de los servicios públicos domiciliarios(

Según el artículo 1º de la Ley 142 de 1994, entran dentro de esta categoría los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública (fija) básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural.

17), no aplica la Ley 37 de 1993. Empero, la disposición del artículo 10 de la citada ley sí puede servir de apoyo para estructurar un contrato de riesgo compartido en razón de contener esa norma una regulación de un contrato típico muy próximo al que se alude. También, y con similar criterio, pueden observarse las disposiciones mercantiles de los contratos de sociedad y fiduciarios.

Bajo este criterio, propio de los contratos atípicos o innominados, las reglas dispuestas en el artículo 10 de la Ley 37 de 1993 y algunas de los contratos de sociedad y fiduciarios, sirven de parámetro para la construcción del contrato que se quiere ejecutar y también sirven para evacuar, claro está teniendo en cuenta el orden de prelación indicado, los conflictos y vicisitudes interpretativas que ellos suscitan.

Todo esto, por supuesto, teniendo en mira para construir el contrato el llamado orden público de la Nación y el postulado de la autonomía de la voluntad, en cuya virtud son los “interesados, consultando su mejor conveniencia, (los que) determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por la ley”(

Ospina, ob. cit. pág. 52.

18).

A este respecto, debe indicarse que el contrato de riesgo compartido por la naturaleza de colaboración que lo caracteriza, por los fines que persigue debería tener como reglas para su estructuración adecuada, las siguientes:

1. La capacidad e identificación de las partes contratantes con un mínimo de dos;

2. Definición clara del objeto del contrato que no es más que el negocio que de manera paralela las partes pretenden realizar en aras de lograr provechos comunes. Por su naturaleza, tal como lo indica Guardiola en la referencia antes transcrita, el objeto debe vincularse con un proyecto de “tipo societario, de carácter duradero”. Objeto que para validez del contrato debe ser lícito y posible, tanto material como jurídicamente.

3. Los aportes o contribución al esfuerzo común. Esta contribución “puede consistir en bienes, derechos o dinero, pero también en industria, o simplemente en el tiempo aplicado a la ejecución del proyecto”(

Le Pera, ob. cit., pág. 74.

19).

4. La manera en que se van a repartir las utilidades y correlativamente la forma en que han de asumirse las eventuales pérdidas, así como también la manera en que han de compartir los riesgos. A este respecto, el tribunal considera imprescindible, dado el debate planteado, referirse con mayor detalle, tal como lo hará más adelante.

5. Si está de por medio una entidad oficial y dada la titularidad del servicio a su cargo, debería definirse lo relativo a la adquisición de los bienes aportados por el asociado particular y que resulten necesarios para garantizar la oportuna y eficiente prestación del correspondiente servicio.

2.3. Manejo de utilidades, pérdidas y riesgos.

Es connatural al contrato de riesgo compartido el que los asociados persigan utilidades que se erigen en verdadera causa del negocio y, por supuesto y en cuanto todo negocio tiene implícitos riesgos, resulta factible que no solo no se obtengan utilidades sino que se presenten pérdidas.

Lo uno o lo otro depende de una serie de variables de diversa índole, propiciadas por los propios contratistas o provenientes de hechos externos y no imputables a ellos; algunas previsibles al momento de celebrar el contrato y otras totalmente imprevisibles. Todas esas vicisitudes se conocen con el nombre genérico de riesgos(

En el laudo arbitral Coviandes vs. Inco de fecha julio 29 de 2004, del centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, se definió el riesgo “como la probabilidad de producción de sucesos aleatorios que aquejen el desarrollo de un proyecto, propiciando una alteración del resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”. A su vez la doctrina ha indicado que “la asunción de los diversos riesgos que representa la actividad a desarrollar, puede ser objeto de asignación por las partes, de manera que a

cada una se le atribuya aquello que esté en mejores condiciones de afrontar y manejar; de los riesgos asignables se destacan: el regulatorio, el de construcción, el comercial, el financiero, el ambiental, la fuerza mayor, el de liquidez del proyecto y el administrativo” (Mier Barros, Patricia. Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, tomo I, Departamento Nacional de Planeación, 2002. pág. 396-398).

20).

Por supuesto que todo contrato conlleva un riesgo, si este se toma como equivalente a la posibilidad de no ganar las utilidades perseguidas o incluso obtener una pérdida patrimonial por corresponder al alea normal u ordinaria. Durante mucho tiempo, el postulado de la normatividad de los contratos a cuyo tenor lo pactado es ley para los contratantes (C.C., art. 1602), se erigió en barrera infranqueable que mantuvo inmutable e inmodificable la convención, así durante su desarrollo se hubieren presentado eventos que alteraron las condiciones iniciales y por esa vía, se afectó la economía de aquel.

Siguiendo el Código Civil italiano, nuestro Código de Comercio introdujo en el artículo 868 la llamada teoría de la imprevisión, la cual consiste en “suponer que los contratantes se obligan en consideración a las circunstancias existentes al tiempo del negocio (rebus sic stantibus), en forma tal que si estas varían, haciendo más difícil u oneroso el cumplimiento de una de las partes, estas pueden alegar tal cambio como razón exculpatoria de su cumplimiento”(Ospina, ob. cit. pág. 80.

21) o, agrega el tribunal, como motivo para la revisión del contrato y aun, tal como emana de la Ley 80 de 1993, como causa para restablecer las condiciones alteradas.

La aplicación de esta figura y otras análogas que la jurisprudencia y doctrina han diseñado y que se enmarcan dentro del rebus sic stantibus, recogidas en nuestra legislación contractual bajo la denominación genérica de ecuación contractual o ecuación económica y financiera del contrato (L. 80/93, art. 27), se enmarca dentro de lo que también la jurisprudencia y doctrina han dado en llamar el álea anormal.

Cierto es que el lindero entre lo normal y lo anormal es algo que no puede establecerse de manera clara y con reglas concretas y aplicables de manera absoluta. En cada caso, dadas una serie de variables de diverso orden, debe establecerse ese límite, fundamentalmente por el juez del contrato. Por supuesto con el apoyo de una serie de pautas y criterios que la jurisprudencia y doctrina han venido desarrollando y si se quiere puliendo con el transcurso de los años y el acontecer contractual, cada vez más conflictivo por una serie de factores de muy variada índole, empezando por la permeabilidad y manejo relativo y aun acomodaticio del valor de la palabra empeñada, el cual encierra y encuentra apoyo en una serie de valores, hoy también, lamentablemente venidos a menos como es el de la buena fe. Situación esta que no ha sido ajena al Estado sino que más bien la ha prohiado cada vez más con mayor evidencia, ante las vistas “ciegas” de la opinión que con su pasividad se ha convertido en cómplice útil de esta crisis tan profunda de valores que de manera preocupante amenaza nuestra sociedad y, porque no, nuestra ya maltrecha democracia.

Son tantas las posibilidades y fuentes de las circunstancias que en desarrollo de un contrato se presentan y que “alteran” la ruta imaginada y aun trazada por

los contratistas, que por más preparación e ingenio que se posea, por ejemplo, para tratar de regular todos los posibles eventos, siempre se quedarán por fuera muchos de ellos, se insiste, impensables o inimaginables incluso destacando un grado de diligencia y previsión mayúsculos. Ello sin contar los eventos en que el descuido y falta de previsión es manifiesta por parte de los contratistas al diseñar y encuadrar el convenio.

Reconociendo que el contrato es un medio, más nunca fin, para la satisfacción de necesidades de muy variada índole y que por ello corresponde a las partes cumplir con responsabilidad las cargas de legalidad, claridad y diligencia o también denominados por la doctrina deberes secundarios o accesorios de comportamiento, en aras de lograr los fines perseguidos con el acuerdo dentro del marco de la función económica y jurídica que cada contrato contiene, es claro que son las propias partes las llamadas a regular en detalle y de manera eficiente el tema de los llamados riesgos, en particular de aquellos que resultan evidentes e identificables y con mayor veras de esos que encierran un alto porcentaje de realización.

Es ese, entonces, un tema que en principio cae bajo el resorte exclusivo de los contratantes, quienes dentro de una amplia gama de posibilidades pueden regular el asunto de muy abundante manera. Sobre este tópico son varias las disposiciones que invitan a ese ordenamiento voluntario y bilateral o que asumen la forma de normas supletivas, mas no imperativas, a falta de acuerdo expreso. A manera ilustrativa, baste recordar el artículo 1604 del Código Civil, a cuyo amparo se infiere la posibilidad para las partes de reglar a su conveniencia lo relativo al caso fortuito o fuerza mayor, incluso en relación con la manera en que se asume y sin perjuicio del otro papel que de dichas figuras se derivan y que tiene que ver con su poder exonerativo frente a incumplimientos obligacionales.

Sin haberse alterado esa estructura, desarrollos normativos modernos se han ido inmiscuyendo cada vez más en comarcas antaño reservadas al postulado de la autonomía de la voluntad. Lo han hecho de distintas formas, siendo una de ellas la que se presenta en relación con ciertos tipos contractuales en donde el legislador ha irrumpido para asignar uno o varios riesgos a una de las partes o para aumentar el grado de responsabilidad que en relación con ellos les corresponde asumir. Un caso claro de esa situación se presenta en el contrato de concesión. Ello en razón a que por definición legal (L. 80/1993, art. 32, num. 4º), corresponde al concesionario, por su cuenta y riesgo, ejecutar el contrato.

Pero aún en esos eventos en que el legislador ha trasladado al contratista mayor asunción de riesgos y frente a lo escueta de la formulación jurídica y la amplia gama de posibilidades fácticas, lo usual ha sido que las partes diseñen esquemas de regulación que tienden a precisar el tema y que en muchas ocasiones asumen formas semejantes a la exoneración de riesgos para una de las partes, la que en principio debería asumirlos, o al establecimiento de garantías mínimas, como es el caso de las concesiones viales en nuestro medio.

Por manera que, entonces, no resulte extraño que el tema de los riesgos quede sujeto al libre y amplio convenio contractual, incluso para establecer garantías en ciertos eventos y bajo determinadas circunstancias. Salvo, claro está, que una norma imperativa impida hacerlo(

En la publicación del Departamento de Planeación Nacional “misión de contratación”, Patricia Mier Barros, expone este punto de manera clara al

señalar que, en cuanto a la distribución de los riesgos, “este es un tema esencialmente negociable por las partes, obviamente dentro de los límites legales del principio de la autonomía de la voluntad, que en materia estatal, como en el derecho privado, no podrá violentar principios de orden público”.

22).

Significa lo dicho que la formulación jurídica lógica y acorde con nuestro ordenamiento, mirado desde una perspectiva genérica de la teoría contractual, es que salvo que exista una norma expresa e imperativa que asigne un riesgo a una parte o que impida el establecimiento de garantías, las partes pueden moverse dentro de un amplio espectro de alternativas, teniendo en mira, los fines económicos y jurídicos de cada contrato en particular.

En este punto, debe el tribunal establecer si el régimen jurídico vigente para el caso de los contratos de riesgo compartido que celebren entidades oficiales prestadoras de servicios públicos domiciliarios y más precisamente las que se dedican a prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada, contiene una norma de esas características.

La respuesta a tal interrogante tiene necesariamente que ser negativa si se considera que se está ante un contrato atípico o innominado. A esa misma conclusión se llega si se examinan los contratos que tienen regulación expresa y que se le parecen. Ha dicho el tribunal que en esa esfera se pueden ubicar los que caen bajo la preceptiva de los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993 y los de sociedad y fiducia. Sobre este especial tópico relacionado con el examen del contrato utilizando en parte normas del contrato de sociedad, el tribunal acogió lo que se sostiene en la demanda de Teleupar(

A manera de ejemplo se pueden citar los siguientes apartes de esa demanda: “Las utilidades en el mundo societario” (pág. 42); “... en otras palabras, el legislador supuso que el régimen de estas asociaciones sería similar al que es propio de las sociedades comerciales, pero sin formación de una nueva persona jurídica” (pág. 43); “el espíritu de la Ley 37 de 1993 era el de facilitar organizaciones similares a las sociedades, y compartir riesgos como en ellas, pero sin crear personas jurídicas” (pág. 97).

23) y se repite en los alegatos de conclusión.

En estos contratos nada se regula de manera expresa acerca de los riesgos. Claro está que eso es lo corriente; a lo sumo la ley se inclina por plantear esquemas semejantes a los del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esto es, indicar escuetamente que la concesión se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario.

El tema de los riesgos tiene relación directa sobre las utilidades y pérdidas en razón a que unas y otras se ven afectadas según la producción de esos riesgos y la manera en que se hayan pactado o, en caso de ausencia de ello, según la calificación que se dé a cada evento. Así las cosas, si se pregona el carácter de anormal, se tendrá derecho a compensación pecuniaria, la que de manera directa afecta el estado de pérdidas y ganancias.

Bajo esa perspectiva conviene examinar lo referente a estipulaciones sobre utilidades y pérdidas. Adicionalmente porque es este un tema planteado

directamente en la demanda de Teleupar en relación con las nulidades esgrimidas.

El contrato de sociedad por su naturaleza, por ser de colaboración, por implicar la unión de dos o más personas con el fin “de repartirse entre sí las utilidades”(Código de Comercio, artículo 98.

24), se le parece al contrato de riesgo compartido, sin que ello implique que sean iguales porque, por supuesto existen también diferencias evidentes, siendo la más obvia y clara aquella que enseña el inciso final del artículo 98, según la cual la sociedad que ese contrato origina, una vez esté constituida legalmente, “forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, lo que no ocurre en los contratos bajo examen.

De manera análoga a lo previsto en el literal c) del artículo 10 de la Ley 37 de 1993, acerca de la estipulación sobre la participación en las utilidades o pérdidas que el negocio genere, el numeral 8º del artículo 110 del Código de Comercio, aplicable al contrato social, enseña que en la escritura de constitución deberá indicarse, entre otros aspectos, “la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades de cada ejercicio social”. Nada dice respecto de las pérdidas pero al ser la cara opuesta de la misma moneda, la regla sobre este particular tiene que tener concordancia y compatibilidad con lo pactado acerca de las utilidades.

La Ley 37 de 1993, en la norma que se analiza, nada indica acerca de los efectos jurídicos que se desprenden de la falta de estipulaciones que desarrollen los 4 literales que contiene y más precisamente el comentado literal c. Dada la proximidad que se presenta entre los tipos de contratos expuestos, para el análisis y conclusiones considera el tribunal que resulta de suma utilidad indagar por los efectos jurídicos que se derivan para el contrato de sociedad si en la respectiva escritura se hiciera caso omiso a la previsión reseñada sobre utilidades. Esto es importante dada la exigua reglamentación de la Ley 37 de 1993 frente a la abundancia que se predica del contrato de sociedad y habida consideración de la existencia en nuestro ordenamiento, para el caso preciso de los contratos regidos por el derecho privado, de la figura de la analogía(

El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 consagra la aplicación de la ley por analogía señalando que “cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes”. El profesor Arturo Valencia Zea sostiene que “mediante la analogía se trata de elaborar una norma jurídica para regular un caso imprevisto por la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos”. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de enero de 1962, expuso con claridad las condiciones que supone la aplicación del principio de la analogía, a saber: “a) Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera”.

25).

Siguiendo las voces del artículo 1501 del Código Civil(

El artículo 1501 dice “Se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales a él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

26) sobre las cosas que se distinguen de cada contrato, la doctrina ha identificado como elementos esenciales del contrato de sociedad el ánimo de asociarse (consentimiento), la obligación de efectuar un aporte para constituir el patrimonio social y el ánimo de lucro; sobre este último elemento, debe advertirse que en el fondo la definición se limita a consagrar un elemento de la naturaleza del contrato, pues, evidentemente, en el caso de concretarse el riesgo de pérdida, este lo corren los socios contra su aporte y en algunos casos contra todo su patrimonio(

Madriñan de la Torre, Ramón Eduardo. Principios de Derecho Comercial. Ed. Temis, 1980. págs. 181 y 182. De igual manera, García Rendón, Manuel, en su obra “Sociedades Mercantiles”, México, 1993, pág. 30, considera que los elementos esenciales del contrato de sociedad son: el consentimiento, las aportaciones de los socios y el objeto social.

27). En igual sentido lo ha entendido la jurisprudencia. Al efecto, resulta pertinente la siguiente cita:

“... la sociedad siempre se ha considerado como un contrato en que dos o más personas estipulan poner un capital y otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las utilidades y pérdidas que resulten de la estipulación, de donde correlativamente se infieren sus elementos esenciales, como son el aporte de los socios y la affectio societatis”(

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de noviembre de 2000, Proceso 5529, M.P. José Fernando Ramírez.

28).

No es, entonces, la estipulación acerca de la forma en que han de repartirse utilidades, esencial para el nacimiento del contrato de sociedad. En nada se afecta la existencia o validez de este, si en la escritura pública correspondiente se omite la regulación sobre esta materia, a pesar de la exigencia del numeral 8º del artículo 110(

Al respecto, la doctrina nacional e internacional es unánime en afirmar que “... puede omitirse en la Constitución, ya que la propia ley suple la voluntad de las partes, disponiendo que en caso de silencio la participación en utilidades y pérdidas será en proporción a los aportes”. (Mascheroni, Fernando H. — Muguillo, Roberto A., Manual de sociedades civiles y comerciales, Buenos Aires, 1994. pág. 68).

29). Es decir que no todas las previsiones o requisitos que menciona dicha norma, tienen igual entidad y, por eso, solo la omisión de una cosa esencial del contrato da lugar al grado de ineficacia que el profesor Ospina nos recuerda como inexistencia. La estipulación sobre esos aspectos esenciales pero de una manera contraria al ordenamiento jurídico, vale decir, transgrediendo normas imperativas o de orden público, genera el otro grado de ineficacia que es la nulidad.

A tal punto es evidente que la falta de estipulación acerca de las utilidades es irrelevante para efectos de la existencia y validez del contrato, que la propia ley establece una regla frente al silencio de las partes. Lo hace el artículo 150 del

Código de Comercio, diciendo que si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa, “la distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado...”.

Pero la ley va más allá cuando indica que en el evento en que se pacte que uno de los socios no participe de las utilidades, ello no produce la nulidad de todo el contrato, sino la ineficacia de la correspondiente estipulación (C. de Co., arts. 150, inc. 2º y 897).

Resulta claro, entonces, que entratándose del contrato de sociedad, los socios se unen para obtener utilidades; que la ausencia de una estipulación tal no genera la inexistencia o nulidad del contrato; que en cuanto es una materia que debe ser regulada por los propios socios, según las condiciones y circunstancias de cada caso, podrían hacerlo de muy variada forma, no siendo posible únicamente, la estipulación que niegue el derecho a percibir utilidades a uno de los socios, en cuyo caso tampoco se genera la inexistencia o nulidad del contrato, sino tan solo la ineficacia de la correspondiente cláusula.

Esa gama de posibilidades es tan amplia como creativa sea la imaginación de los socios y para el efecto pueden adoptarse mecanismos o fórmulas de variada índole. Lo importante no es la manera o forma en que se redacte la estipulación sino que las partes tienen derecho a recibir utilidades, así sean mínimas. No importa si para el efecto, se repite, se emplean índices, fórmulas o conceptos que no corresponden estrictamente al de utilidad, mirados desde una perspectiva financiera contable, pero que conducen al fin perseguido por la norma, cual es que las partes, en caso de haber utilidades, se las repartan entre los asociados”(

Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, en “Orden societario”, 2002, pág. 137, a la pregunta ¿Qué debe entenderse por utilidad? señala que “el Código de Comercio no define este punto de manera explícita, empero, del conjunto de sus normas (arts. 149 a 157) sí se deduce la necesidad de tener un concepto restringido de las ganancias, en virtud del cual solo son auténticas utilidades aquellas constituidas por el dinero y, en general, los bienes que la sociedad reciba en forma adicional al capital, provenientes del desarrollo de su objeto social”.

30).

En este punto, observa el tribunal que el artículo 10 de la Ley 37 de 1993, así como respetando su naturaleza lo hace el 110 del Código de Comercio, establece que en los contratos correspondientes, se establecerán estipulaciones sobre mecanismos que aseguren la titularidad del servicio a cargo de la estatal; los bienes o servicios que el contratista aporta; la proporción en que se participará en las utilidades o pérdidas; y la manera en que la entidad puede adquirir los bienes aportados por el contratista.

Así como ocurre respecto del contrato de sociedad, en el caso de los convenios de riesgo compartido no se genera inexistencia por la ausencia de alguna o algunas de las estipulaciones a que alude el artículo 10. Esas estipulaciones no pueden tomarse como equivalentes de las cosas esenciales del contrato. Ello porque comparada la construcción jurídica que se ha elaborado de estos contratos a partir del derecho y doctrinas foráneas, no están ahí todos los elementos considerados como esenciales de los mismos y, además, porque tal como aparece en la primera parte del artículo 10, dichas estipulaciones no son

las únicas de estos contratos sino algunas a las que hay que agregar las provenientes del derecho privado, no teniendo todas ellas igual entidad, pues algunas serán de la esencia, otras de la naturaleza y otras meramente accidentales.

Para lo que interesa a este proceso, el tema de las utilidades o pérdidas es algo que queda sujeto a la voluntad de las partes, quienes de manera libre pueden estipular lo pertinente como a bien tengan, teniendo en mira únicamente, por aplicación analógica, que no podrá estipularse la privación de utilidades para una de las partes.

Significa lo dicho que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden emplear en la estipulación referente al reparto de utilidades, mecanismos y formas que gramaticalmente no conlleven el uso de la palabra utilidades o de sinónimas. Lo importantes es que el esquema adoptado conlleve a que las partes se repartan las utilidades alcanzadas, claro está si se logran, o que la fórmula prohijada implícita o explícitamente no implique la “exoneración” de ellas para uno de los asociados.

Es más, también se ajusta a derecho, el contrato de riesgo compartido que no establezca la manera de repartir utilidades. En ese evento, por aplicación analógica del artículo 150 Código de Comercio, estas o las pérdidas correlativas, se repartirán en proporción al aporte de cada asociado.

3. El contrato unificatorio CARC-16/12/98.

El litigio que ahora conoce este Tribunal de Arbitramento nace a propósito de la celebración el día 15 de diciembre de 1998 del denominado “acuerdo modificadorio entre Teleupar y Angelcom S.A. para integrar los joint venture 1 y 2 en uno solo”. Como su nombre lo indica, dicho acuerdo integró los dos restantes que las mismas partes suscribieron el 11 de octubre de 1996 y el 10 de noviembre de 1997.

A lo largo del proceso, ha quedado plenamente probado que este acuerdo se suscribió con el fin de mejorar la capacidad instalada de la estatal y, en últimas, aumentar la cobertura del servicio de telefonía básica conmutada en la ciudad de Valledupar. En momentos en que se analizó la necesidad y conveniencia del contrato, estaban en boga los llamados convenios de riesgo compartido, los cuales presentaban aparentes ventajas, dadas las dificultades presupuestarias por las que atravesaba Telecom y muchas de sus teleasociadas, habida consideración que los recursos, o por lo menos gran parte de ellos, que resultaban necesarios para acometer las inversiones que dieran lugar a esa mejoría de capacidad y cobertura, no provenían del erario sino que eran dispuestos por el asociado privado, quien sería el encargado de obtener la financiación requerida.

No era el contrato de riesgo compartido un instituto trajinado y que tuviera amplio desarrollo normativo o siquiera doctrinario y jurisprudencial. Por el contrario, lo uno y otro era escaso por no decir inexistente y por ello es que se empezó a recorrer haciendo camino al andar. Ello explica, a lo mejor, los términos pactados, muchos de los cuales seguramente serían diferentes si hubieran sido precedidos de una historia al menos palpable y, por supuesto, si se hubiera conocido una mínima parte del acontecer que se presentó en desarrollo de los mismos.

Examinar la realidad contractual bajo el prisma actual pero trasladándolo hacia el pasado, puede resultar válido para algunos efectos, pero no para escudriñar la validez o no del acuerdo de voluntades. Esto último se logra indagando las

motivaciones existentes al momento del acuerdo, conociendo las realidades del entorno y sobre manera teniendo en mira el derecho positivo de orden imperativo que estaba vigente al momento del acuerdo. No es ni puede ser de recibo, una vez se conozca la ejecución real del contrato y los desbarajustes financieros finalmente presentados, arropar con nulidades lo que en la práctica no es nada diferente a una realidad contractual diferente a la pensada, la que, por supuesto, puede dar lugar al nacimiento de varios fenómenos con contenidos y consecuencias jurídicas propias. Las nulidades(

El profesor Ospina Fernández define la nulidad como “la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior”.

31) se fundan y basan en fenómenos ajenos al desarrollo y ejecución contractual habida consideración que su observación se hace exclusivamente en torno a normas imperativas de derecho y a estipulaciones contractuales(

“En ese orden de ideas, esta corporación... ha señalado en relación con la institución de las nulidades, que corresponde al órgano legislativo fijar las causales, la legitimidad para alegarlas, oportunidad de hacerlo, forma de probarlas, el alcance de las mismas, y en general las reglas aplicables a las circunstancias en que surgen, así como lo queatañe a sus efectos”. (C. Const., Sent. C-709/2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

32).

Agrega esto el tribunal porque para él en este proceso ha quedado claro que las nulidades incoadas por la estatal se inspiraron después de haber conocido la realidad contractual, por demás no deseada en los términos creídos por ella, lo que da pie, entonces, a esgrimir vicios que jurídicamente, tal como se dejará sentado más adelante, no se dieron.

Dadas esas motivaciones y entorno, para el tribunal es claro que, pues así ha surgido de las probanzas arrimadas al expediente, Telecom ejerció una estrecha tutoría sobre los convenios suscritos, no solo en razón al dominio accionario de Telecom respecto de Teleupar y, por ende, al control que tenía de la junta directiva, sino por las consultas que funcionarios de Teleupar efectuaron para efectos de la celebración de estos convenios.

Si se observa la situación existente en 1996, fecha del primer convenio, se evidenciará la necesidad de llamar al capital privado para que “colabore” con el estatal, dadas las dificultades presupuestales de estas. Pero esa necesidad, aunada a la escasa regulación normativa, solo se hacía viable si se diseñaban esquemas que de alguna manera minimizaran los riesgos para el operador privado, tal como en efecto ocurrió en varios sectores apremiados por lograr financiación privada, por ejemplo, en las concesiones viales de primera generación y en la propia Ley 105 de 1993.

Pero no solo la escueta normatividad se erigía en talanquera para la toma de decisiones positivas por los privados, sino que esta se aumentaba, y se sigue aumentando, por la extrema como nefasta inseguridad jurídica que nos aqueja. Inseguridad que proviene por la hiperinflación normativa, por la cultura del pleito y del irrespeto al valor de la palabra empeñada y por la volatilidad y extrema relatividad de nuestra jurisprudencia, enseñada a cambiar de criterios casi a diario y sin sentido.

En esa búsqueda de un justo y adecuado equilibrio entre la necesidad estatal y su privación de recursos suficientes, de un lado, y, por el otro, el convencimiento a los particulares acerca de la conveniencia de este tipo de

contratos y de su solidez, se explica la existencia de normas y estipulaciones que diluyen riesgos o que plasman garantías mínimas, garantías de demanda, etc.

Así que ese tipo de privaciones y de garantías se explican por el momento histórico reinante al momento de la celebración de contratos de estas características o de similares. Con ello el tribunal quiere significar que estipulaciones como las que ahora se reprochan tienen explicación lógica. No son ellas el producto del “ingenio” de unas partes con la intención de afectar al Estado o de defraudarlo. Pero este aserto, no es suficiente para sustentar la validez de las mismas. Sirven si acaso, como se ha dicho, para entender su razón.

El verdadero examen que debe realizarse nace a partir del conocimiento de la legislación vigente al momento de la celebración y de lo cual el tribunal se ocupó en las líneas precedentes y del contrato suscrito. Conocer, entonces, su realidad jurídica resulta imprescindible, pues con ello, se estructura el otro extremo necesario para dilucidar la configuración o no de violaciones legales.

También sirve para verificar el grado de cumplimiento de obligaciones que es otro de los puntos planteados a este tribunal ya que con este fin, dicho entendimiento del marco bilateral que las partes dibujaron sirve para comparar con la realidad de la ejecución y cuyo cotejo servirá para establecer si se dieron o no los incumplimientos alegados por ambas partes.

3.1. Características del contrato CARC-16/12/98.

A pesar que las partes del contrato siempre aludieron a contrato de riesgo compartido, en estricto sentido lo suscrito tiene elementos que hacen que se le parezca más a uno de los conocidos como de contraprestación recíproca, contrapuesta o de intercambio intereses contrapuestos que a los típicamente de colaboración a los que en el plano sumo de perfección corresponden los de riesgo compartido.

Señala esto el tribunal en consideración a que más que la unión de esfuerzos y, en consecuencia, aportes para la realización conjunta de un proyecto, de lo que se trató fue de la contratación de una serie de obras y servicios que debería ejecutar Angelcom a cambio de una remuneración que pagaría Teleupar con recursos, no provenientes del presupuesto asignado, sino emanados de las tarifas que los usuarios pagaban. En aquello se asemeja mucho a un contrato de obra con ingredientes adicionales de servicios, pero por la forma de pago se acerca a la que más caracteriza a la concesión. Lo primero porque en realidad el objeto pactado se refiere ante todo al diseño, construcción y entrega a satisfacción de una red externa y no a la estructuración de un proyecto conjunto. Es decir, una entidad en su carácter de contratante y de manera conmutativa que contrata a un particular para que desarrolle ese objeto.

En esa mixtura, incluyendo la adopción del nombre de un contrato sin mayor desarrollo normativo, se estableció una aparente contradicción entre la no garantía de demanda del servicio y una real garantía por ingresos.

Pero encuentra el tribunal que la estructuración del negocio se hizo con apoyo en los llamados anexos financieros y técnicos que constituyen en realidad extensión misma del contrato y no elementos accesorios o de segundo nivel en una eventual pirámide convencional de estipulaciones. De manera permanente, el texto del contrato llama para complementar o desarrollar a esos anexos pero, además, expresamente señala que ellos forman parte integral del contrato(

Carc-16/12/98 cláusula primera y anexo financiero, primer inciso; artículo primero; artículo 4º, sección 4.2.

33).

Dentro de ese esquema, posible es como en cualquier contrato que haya contradicciones o confrontaciones entre una o varias cláusulas. Si existen, las mismas partes regularon la manera de definir las y a falta de ello, el Código Civil suple esa ausencia de voluntad mediante la implantación de una serie de criterios y reglas de interpretación. Según enseña la cláusula trigésima cuarta, la discrepancia entre el texto del contrato y otro documento, dará lugar a preferir al contrato. Entre esos otros documentos se mencionan los anexos. Observa el tribunal que a pesar que ubica a estos como distintos a aquel y de naturaleza similar a otros(

Términos de referencia y oferta.

34), en realidad no se trata más que de una jerarquización de orden físico pero no material pues, tal como se ha dicho, los asuntos que regula tales anexos son de contenido puramente contractual y no instrumental o accesorio o secundario. Pero para los efectos que interesa, esa discusión se torna como irrelevante habida cuenta que resulta clara la prevalencia de una cláusula del contrato frente a la confrontación que se presente con un aparte de los anexos. Si la discrepancia se predica entre estipulaciones del propio contrato, tal prelación no aplicará sino los mecanismos interpretativos que el derecho privado contiene.

Para el actor, es clara la contradicción entre la cláusula décima quinta, relativa al riesgo compartido, y el anexo financiero, particularmente en lo que atañe a los artículos 5º, sobre revisión anual, y 9º, sobre ajuste al valor de rescate final. Al tratarse de un tema significativo en la definición del conflicto, entra ahora el tribunal a resolver este punto.

3.2. Manejo de riesgos y garantía de demanda.

Como se dejó sentado existe, en palabras del convocante, clara discrepancia entre la cláusula décima quinta del acuerdo unificatorio y los artículos 5º y 9º del anexo financiero.

Dice la estipulación primero reseñada así:

“Riesgo compartido. Las partes conocen y aceptan que el producto de los servicios depende de la capacidad instalada 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. Teleupar no garantiza demanda del servicio, pues esta es estimada, por tanto, EL CONTRATISTA declara haber adelantado las investigaciones necesarias para la presentación de la oferta, en consecuencia ni Teleupar ni EL CONTRATISTA harán reconocimiento o reclamación alguna, si durante la ejecución del convenio la demanda es superior o inferior a la estimada, todo de conformidad con el plan de negocios acordado”.

No guardando total armonía con el texto del contrato, lo que sin duda afecta la integración e interpretación del mismo por falta de cumplimiento de las cargas de legalidad, claridad, sagacidad y diligencia(

Al respecto el profesor Fernando Hinesrosa, define las cargas de la autonomía privada en tanto “necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de varios que excitaban al sujeto”, enunciando la carga de legalidad, consistente “en el recuerdo de que

cada tipo de negocio posee un significado concreto, y que los efectos que produce corresponden precisamente a la función social que desempeña”; la carga de claridad y precisión que como su nombre lo indica es aquel comportamiento que emplea una persona en la celebración de un negocio, entre más claro y preciso sea aquel “mayor seguridad tendrá el particular de alcanzar todos los resultados que tiene en mente y que surjan de la función social del negocio celebrado”; la carga de sagacidad quiere decir que la persona que celebra el negocio jurídico “debe ser cauto, cuidadoso, sagaz”; por último la carga de corrección, es decir, que las partes intervinientes deben “abstenerse de vulnerar la legalidad y la moralidad fundamentales (...) observación de todas las diligencias que las reglas comerciales, de cortesía y cumplimiento prescriben” (tomado de www.emercatoria.edu.co).

35), la cláusula bajo examen parece identificar la palabra “productos” que emplea como sinónimo de ingresos que es el término utilizado en el anexo financiero. Significa ello que las partes consignaron que esos productos o ingresos que se tuvieron en cuenta al momento de la estructuración del negocio, no podrían tomarse como exactos ni definitivos pues finalmente ellos dependerían de la real ejecución del contrato que integra, entre otros aspectos, la llamada capacidad instalada, por un lado, y, por el otro, de la demanda que los usuarios hicieran de los servicios que se les ofrecía.

Frente a esa manifestación, entienden las partes que si durante el período de facturación del servicio, los ingresos obtenidos y, en consecuencia, lo que en realidad corresponde a cada parte de ellas, según la participación pactada, no coincide con lo estimado, y así sucesivamente durante todas las facturaciones que abarque la vigencia del contrato, no puede ninguna de ellas reclamar frente a la otra, en el evento en que lo que en realidad reciba sea inferior a lo presupuestado en el modelo económico.

Dado que la inversión sobre diseños y obras estaba a cargo del contratista, quien debería conseguir la financiación, era natural que este adelantara estudios serios, confiables y completos de la demanda real del momento para que con base en técnicas científicas, en estadísticas y todo lo que esté al alcance para obtener el cometido, pudiera asumir el riesgo que se desprendía de no obtener el ciento por ciento de los ingresos que el modelo reflejaba.

Ahora bien, si dicha estipulación hubiera terminado en el aparte que señala que no habrá reconocimiento alguno “si durante la ejecución del convenio la demanda es superior o inferior a la estimada”, sin incluir la parte que indica que “todo de conformidad con el plan de negocios acordado”, sería claro que no habría forma de establecer topes para el riesgo asumido, o lo que es lo mismo, garantías parciales por una parte de ellos.

Si se estuviera bajo el ordenamiento del estatuto general de contratación, habría que señalar que esa asunción de riesgo general y sin garantía de ninguna naturaleza, opera entratándose de lo que la doctrina ha dado en llamar el álea normal u ordinaria del negocio. Per se cualquier proyecto o contrato lleva implícito un riesgo que es el que asumen los contratantes y para lo cual no está instituido el principio de la ecuación contractual. No es él una garantía a ultranza de utilidades como a veces lo creen contratistas quienes frente a cualquier disminución de la utilidad esperada, presentan reclamación, muchas veces sin incidencia ni afectación seria de la economía del contrato.

Ese principio tiene razón de ser para eventos de anormalidad, vale decir, para áleas anormales. Por ello y ante la presencia y comprobación de una situación

que configure un álea anormal, la parte afectada tiene derecho al restablecimiento de la ecuación alterada, así convencionalmente se haya estipulado que el riesgo del negocio debe ser asumido íntegramente por una de las partes. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de concesión, a pesar de la manifestación expresa de orden legal, en virtud de la cual el contrato se ejecuta por cuenta y riesgo del concesionario.

Pero al no sujetarse el contrato a la Ley 80 de 1993 por la aplicación del derecho privado, el principio de normatividad de los contratos hace que las partes se obliguen en los términos pactados y sin posibilidad de alteración por la acaecencia durante la ejecución del contrato de eventos que no encajan dentro de las variables consideradas al momento de su pacto, salvo que se caiga en la premisa que el Código de Comercio establece para la teoría de la imprevisión.

Si esa figura no alcanza a configurarse y frente a lo pactado, se insiste, sin considerar la parte final de la cláusula bajo examen, se tendría que la obtención de ingresos por debajo de los estimados, sería el riesgo que iría para las partes, en ese caso de mayor afectación para el contratista porque dependiendo del nivel inferior logrado podría obtener o no la utilidad esperada o incluso podría entrar a perder dinero si lo recibido ni siquiera alcanza a cubrir los costos erogados en el diseño y construcción de la red externa contratada. Pero sería lo pactado y a ello habría que ajustarse.

Por supuesto que si los ingresos son mayores a los estimados, dentro de la previsión de la estipulación, no habría riesgo como tal, sino la presencia de mayores utilidades.

Huelga indagar si la parte final de la cláusula cambia este esquema o no. Para el tribunal la respuesta debe ser positiva pues el esbozo convencional trazado sobre riesgos y no reconocimientos futuros por menores ingresos o productos, se sujeta al plan de negocios acordado. Es decir que para encuadrar el ámbito exacto de aplicación del tema tratado, debe indagarse por ese plan de negocios.

Ese plan de negocios es precisamente el que se desprende, entre otros, del anexo financiero. A esa conclusión se arrima el tribunal por la presencia en el acuerdo de varias partes que así lo indican o dejan entrever. Entre otras se pueden mencionar:

- En el encabezado del acuerdo modificadorio se dice que las partes han acordado unificar “bajo un solo modelo económico las condiciones financieras...”;
- El considerando 4 señala que las partes han integrado dos convenios previos en uno nuevo “con su consiguiente modelo económico”;
- La cláusula primera establece que el objeto del convenio es “integrar, como en efecto se hace bajo un solo modelo económico...”;
- La cláusula tercera indica que el acuerdo “genera para las partes las mismas condiciones técnicas y legales, salvo las financieras que serán objeto de reglamentación...”;
- La cláusula novena advierte que los ingresos netos se distribuirán según lo acordado, “de conformidad con el anexo financiero”;
- El literal l) de la cláusula cuarta, sobre obligaciones del contratista, indica que al terminar el convenio se debe transferir a Teleupar la propiedad de la infraestructura, redes y derechos, según lo contemplado en el modelo económico.

De alguna manera así lo acepta Teleupar si se revisa lo dicho en sus alegatos de conclusión, especialmente en este aparte: “Por lo tanto, el plan de negocios no está consagrado en el anexo financiero exclusivamente. Este se detalla, como es obvio, en el cuerpo del contrato, pues es allí donde se determinan los principales elementos del negocio”

(Página 26 de los alegatos de Teleupar.

36). A su vez Angelcom de manera clara así lo cree. Basta leer esta enfática aseveración: “Este plan (se refiere al plan de negocios) no es otro que el modelo económico incorporado en el anexo financiero”

(Página 27 de los alegatos de Angelcom.

37).

Traduce lo dicho que, además de reiterar la importancia del nexo financiero que cubría las bases y reglas económicas del contrato, el riesgo sobre ingresos menores y el no reconocimiento de desfases que la cláusula décimo quinta indica se enmarca dentro de los parámetros y límites que se desprenden del anexo financiero. En otros términos, que antes que encontrar una contradicción entre dos manifestaciones de voluntad, lo que existe es una verdadera complementariedad con lo cual se da cumplimiento, lo que no ocurre en la otra interpretación, a la regla inveterada de interpretación que premia aquella que permita producir efectos sobre aquella que los limite

(Artículo 1620 del Código Civil.

38).

Ese anexo podría, entonces, perfectamente incluir topes, límites o garantías por cuenta de ingresos, como en efecto lo hace el artículo 9º o revisiones anuales, tal como lo indica el artículo 5º. Es que de manera clara la misma definición de nivel de riesgo que él contiene, explica ese marco que de manera conjunta, no aislada, se encuentra en el acuerdo de las partes. Traduce lo aseverado que las partes convinieron que la no obtención del nivel de ingresos que se desprendía del modelo inicial por cuenta de desfases en la demanda, daba lugar a que el contratista tenía que asumir esa “pérdida” pero no de manera absoluta sino con límites que se ubican “de + o - 10% sobre los ingresos netos proyectados de los modelos, dentro de cuya franja (+ o - 10%), los ingresos netos recibidos por Angelcom que se obtengan en desarrollo del convenio son a riesgo o beneficio de Angelcom”.

Ubicados en esa franja, no habría lugar a reconocimiento alguno; sí cuando se sale de ella. Pero esta afirmación tampoco se puede tomar como absoluta. En efecto, rememórese ahora que en el esquema trazado el estudio de demanda que debe realizar el contratista es determinante. O sea que el contratista tiene derecho a las ventajas que se desprenden de la aplicación de la franja siempre y cuando haya cumplido a cabalidad con la obligación plasmada en el contrato acerca de la realización oportuna, completa y eficaz de los correspondientes estudios de demanda. A contrario sensu no hay lugar al reconocimiento que traduce el nivel de riesgo explicado, si esa obligación no se satisface en dichos términos que es lo que en realidad ocurre en este evento, tal como se dejará sentado en capítulo siguiente de este laudo.

De otra parte, encuentra el tribunal que el contrato estableció, en caso de cabal cumplimiento, revisiones periódicas que en detalle, el anexo financiero reguló. Como consecuencia de esas revisiones que eran anuales, en caso de presentarse desequilibrios, se contempló tres mecanismos de compensación, a saber:

- Modificación de la duración del convenio;
- Modificación de las participaciones sobre ingresos;
- Modificación del valor de rescate.

Se trataba, entonces, de mecanismos al servicio de las partes, según como se vaya presentando el desarrollo del contrato, dadas las variables que podrían afectarlo. En su momento, la situación que se presentaba caracterizada, según las cifras y datos que por entonces se manejaban, pudo dar lugar a alteraciones y modificaciones del contrato. Las partes no lo hicieron y con ello se perdió la posibilidad de hacer ajustes que bien podrían haber facilitado la ejecución armoniosa del convenio y, por qué no, haber evitado el conflicto.

3.3. Estipulación sobre de utilidades y pérdidas.

Ni en el texto del contrato ni en los anexos, las partes convinieron una manera específica que de manera expresa, gramatical y completa se refiriera al reparto de utilidades y asunción de pérdidas.

Ello porque en relación con temas económicos, con ingresos o con tarifas lo que se encuentra en el acuerdo no permite afirmar ni sostener una regulación sobre utilidades y pérdidas. La cláusula segunda sobre condiciones económicas del nuevo convenio, enseña que la revisión de los dos anteriores, trae como consecuencia la incorporación de parámetros “reales” del modelo económico. Referidos a número de pares a construir, número de líneas a comercializar, término de duración y participación de derechos de conexión y servicios. Es decir señala las bases del modelo financiero pero no indica la manera en que se manejarían las utilidades o pérdidas, según el caso.

Entre los derechos del contratista que la cláusula quinta menciona, aparece en el literal d), que le permite recibir unos ingresos, según la participación acordada. Correlativamente y para que ese derecho sea efectivo, el literal k) de la cláusula sexta, contiene como obligación de Teleupar la atinente al cobro de tarifas a los usuarios.

El anexo financiero tampoco enseña nada sobre el particular pues este se concentra en regular un concepto diferente, cual es el de ingresos netos que el mismo define. La noción de modelo económico también está referida a ingresos netos, lo mismo que el llamado nivel de riesgo, el sistema de doble cupón, el valor de rescate final y la regulación de los ajustes al contrato.

A más que la cláusula sobre utilidades no es determinante ni esencial, según lo expuesto atrás, encuentra el tribunal que en un negocio de estas características lo correcto es referirse a conceptos semejantes o con bases análogas a los que provienen del ingreso. Es que ellos son los que van a dar la medida de la viabilidad económica y financiera del proyecto y son los que permiten saber si con los márgenes estimados, se pueden lograr utilidades o no.

Referirse a los ingresos netos y a la participación sobre ellos según una distribución convenida, implica en el fondo un mecanismo de manejo de utilidades y pérdidas. Al así pactarse y saber que existe una franja de garantía para el contratista por desfases, está implicando que para él con los dineros que bajo esas circunstancias reciba más los ajustes por revisiones y el valor de rescate, son suficientes para atender costos y seguramente ganar utilidades. Deja entrever también que en esas circunstancias, puede que no haya lugar a utilidades y sí pérdidas, lo que también acepta; ese es parte de su riesgo.

No importa, en últimas, si el negocio da utilidades o pérdidas; lo vital es que el esquema financiero quede claro; que se conozca con claridad las obligaciones

y derechos de las partes; que se sepa cómo se paga el contratista; que los parámetros para esa remuneración queden claros; que si se trata de la explotación conjunta de un proyecto, se especifique la manera en que se repartirán los ingresos que genere dicha explotación. Es el modelo económico, las variables que lo integran y los márgenes que permite lo que conduce a que el contratista se interese por el negocio o no. Si esos elementos y sus desarrollos son claros, accederá a él, teniendo como base de remuneración unos ingresos provenientes de tarifas, porque entiende que ello le confiere utilidades.

Una vez más se evidencia, dada la forma pactada, que el contrato suscrito se aleja en algún sentido de un típico joint venture, lo que es perfectamente posible. Es que si en realidad fuera exacto, los aportes de las partes tendrían como finalidad la realización del proyecto para obtener la mayor cantidad de utilidades que se repartirían entre ellas, según lo convenido o a falta de ello, en proporción a lo aportado. En este caso no sucedió así sino que se pactó la distribución de unos ingresos de acuerdo con unas participaciones acordadas e independientemente de si ello generaba o no utilidades, lo que el contratista aceptó bajo la premisa que se le garantizara unos ingresos dentro de una franja también pactada, la que tampoco necesariamente implica generación de beneficios pecuniarios.

En ese esquema resulta menos trascendental y casi inútil la regulación expresa del manejo de utilidades y pérdidas, tal como ocurre en un típico contrato, no de colaboración, sino de intereses contrapuestos. Lo importante es que quede clara la manera de remuneración del contratista pues si este acepta, en los términos propuestos, es porque entiende que dentro de ella está incluido un porcentaje de utilidades.

Pero, se insiste, aún encajando exactamente el acuerdo suscrito en uno de riesgo compartido, tal tipo de estipulación no se torna como necesaria, mas si la manera de conocer el modelo financiero de cuyos elementos se pueden inferir las utilidades.

Ahora bien, conocidas las resultas del contrato, gracias a los experticios practicados, para el tribunal es claro que las dos partes obtienen beneficios y que ambas pueden conocer, con apoyo en la definición que el tribunal hace del conflicto, las utilidades que en verdad ingresan al patrimonio de cada una. Para estos resultados, nada hubiera aportado una estipulación expresa de utilidades pues, se reitera, en los términos convenidos lo importante para las partes era: para la estatal la construcción de una red externa que finalmente será suya y con posibilidad de largo usufructo y, en consecuencia, con gran potencialidad de obtener ingresos y, por supuesto, utilidades, tal como se desprende de los dictámenes, amén de lograrlo gracias a la financiación que provino en un alto porcentaje, no de su pecunio, sino del contratista; y para este último, el recibo de unos ingresos por tarifas pagadas por parte de los usuarios de la red externa objeto del contrato, aceptada como suficiente y entendida como pertinente y adecuada para el logro de utilidades. Dentro de ese panorama, entonces y habida cuenta de lo pactado, la regla sobre utilidades, a más de la dificultad para su establecimiento, es en un todo insustancial.

3.4. Interpretación de las cláusulas referentes al suministro de repuestos.

Las partes han sometido a decisión de este tribunal lo pertinente al establecimiento o no de una obligación a cargo del contratista sobre suministro de repuestos.

Para dilucidar este punto, conviene recordar los siguientes apartes del convenio unificadorio:

- El literal a) de la cláusula cuarta, sobre obligaciones del contratista, indica que este debe suministrar todos los materiales necesarios para el correcto mantenimiento de las obras construidas, de conformidad con lo establecido en el anexo técnico;
- El literal e) de esa misma estipulación, señala que el contratista deberá “reparar o reemplazar los tramos de redes que presenten defectos por mala calidad de material o mala utilización de mano de obra, sin costo adicional para Teleupar o para el convenio”;
- En la parte final del literal f) de tal cláusula enseña que “al finalizar el convenio Teleupar dispondrá de un stock original de materiales. Igualmente, a partir de dicho evento, el suministro a Teleupar se hará a título de venta, de acuerdo con la lista de precios vigente a la fecha de compra”;
- El literal d) de la cláusula séptima, contentiva de los derechos de Teleupar, indica que la entidad estatal podrá “solicitar la reparación y reemplazo de los tramos de red y sus componentes suministrados e instalados por el contratista, con defectos o calidades distintas a las señaladas en el literal e), sin que esto implique costos adicionales para Teleupar o el convenio”;
- En virtud de la cláusula décima primera (sic), Angelcom se obliga a reemplazar los materiales para el mantenimiento de redes, si los aportados no cumplen con las condiciones requeridas.

De lo expuesto se desprende con meridiana claridad que Angelcom en la construcción de la red externa se obligó a ejecutar las obras con una calidad suficiente que garantice la calidad, eficiencia y oportunidad del servicio, para lo cual se comprometió a poner a disposición del contrato una serie de materiales, elementos y repuestos que aseguraran dicha calidad e incluso a reemplazar a su costa los averiados por defectos de construcción o de manipulación, de manera que al término del contrato, dada la transferencia de propiedad pactada a favor de Teleupar, la entidad recibiera una red en condiciones de buena calidad y servicio.

Además de esa obligación, Angelcom debería una vez haya expirado el plazo del contrato dejar a disposición de la entidad un stock original de materiales. No indica el convenio una lista concreta de ellos; empero, durante el proceso y gracias a la prueba pericial practicada, se pudo establecer, con base en la información correspondiente a la ejecución del contrato, el listado de los repuestos que debe entregar Angelcom a Teleupar en cumplimiento de la obligación señalada en el literal f) de la cláusula cuarta.

Esta obligación en los términos pactados, se agota con un solo suministro que tiene lugar una vez finalice el contrato; ella no se extiende en el tiempo de manera indefinida habida cuenta que después de cumplida y satisfecha, el suministro de materiales y repuestos se hará a título de venta, esto es, dentro de un contexto contractual diferente al que enmarca el contrato que convoca la atención de este tribunal.

4. Régimen jurídico de la nulidad de los contratos y examen de las nulidades incoadas por Teleupar.

4.1. Caducidad y prescripción.

La parte actora en su demanda reformada solicita a este tribunal “que se declare la nulidad absoluta del contrato unificadorio CARC-16/12/98, con sus

modificaciones, en su integridad, por contrariar normas imperativas y por tener objeto ilícito ...”(

Ver Pág. 5, demanda, segunda pretensión.

39).

Examinado el tema dentro del campo de aplicación del Código Contencioso Administrativo, “... La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los 2 (dos) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir del perfeccionamiento...”(

Artículo 136, Código Contencioso Administrativo, modificado. Decreto 2304 de 1989, artículo 23, modificado, Ley 446 de 1998, artículo 44, numeral 10, literal e) v. Código Contencioso Administrativo, Cárdenas Borrero Tiberio, Pérez Colmenares Ramiro, Morales Restrepo Didier, Ediciones Leyer, décima edición, Bogotá, Enero 2002, Págs. 317 y 318.

40).

Así las cosas, teniendo presente que el primer convenio que luego dio lugar al convenio 2 y después al unificatorio, se firmó el 11 de octubre de 1996, y que la primera demanda, posteriormente corregida, fue presentada el 7 de julio de 2003, es decir seis (6) años, ocho (8) meses y veintiséis (26) días después, esto determinaría la caducidad de la acción de nulidad pretendida por Teleupar si al contrato le resultara aplicable la caducidad contencioso administrativa, lo cual no es dable dentro del litigio materia del presente laudo que se rige por normas del derecho privado como se analiza en otros apartados del presente laudo.

Ahora bien, para dilucidar el punto propuesto deben analizarse ahora los contenidos jurídico - normativos de la caducidad y de la prescripción extintiva de la acción de nulidad absoluta del contrato propuesta por la parte convocante.

4.1.1. Caducidad.

La caducidad “consiste en que la ley establezca determinados plazos perentorios e improrrogables para intentar ciertos procesos. O sea que se presenta cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término fijado por la ley para ello”(

Morales Molina, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, novena edición, Ediciones ABC, 1985. Pág. 361.

41).

Devis Echandía se refiere a la caducidad como presupuesto procesal de la acción para señalar que ella se configura, “... cuando la ley ha señalado un término para su ejercicio, y de la relación de los hechos de la demanda o de sus anexos resulta que ya está vencido”(

Devis Echandía, Hernando; Compendio de Derecho Procesal, tomo I, Teoría general del proceso, sexta edición, 1978, Ediciones ABC, Pág. 179.

42).

“... Dentro del concepto de caducidad, lo indispensable es que no se haya vencido el lapso que la ley ha establecido para que pueda demandarse. La caducidad consiste entonces en la extinción del derecho a la acción, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretende titular

de un derecho opte por ejercitarlo o renunciarlo (...), fijado en forma objetiva, sin consideración a situaciones personales del trámite, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración”(

Cárdenas Borrero, Tiberio; Pérez Colmenares, Ramiro; Morales Restrepo Didier, Código Contencioso Administrativo. Op. cit. Pág. 319.

43).

4.1.2. La prescripción extintiva.

Es un modo de extinguir las acciones por no haberse ejercitado el correspondiente derecho durante cierto lapso. “Sin duda las relaciones de la caducidad y la prescripción extintiva son muy estrechas”(

Cárdenas Borrero, op. cit., Pág. 319.

44).

Ahora bien, la prescripción no opera automáticamente y puede ser objeto de renuncia o de interrupción natural, forma esta que nunca puede aplicarse a la caducidad. Sin embargo, la doctrina no es uniforme al aceptar la diferencia entre prescripción y caducidad. Así las cosas, Guasp, por ejemplo, opina que la caducidad es una noción que se mueve en un plano idéntico al de la prescripción y al de la preclusión”(

Cárdenas Borrero, op. cit, Pág. 320.

45).

En las legislaciones que siguen la orientación del Código Civil francés, entre ellas la colombiana, el término prescripción se utiliza para denotar genéricamente dos aspectos por entero diversos y que, si bien es cierto, implican efectos del tiempo en las relaciones jurídicas, corresponden a dos fenómenos distantes como son la usucapión o prescripción adquisitiva, que es un modo de adquirir el dominio de derechos reales, y la prescripción extintiva que implica la imposibilidad de ejercitar exitosamente, una determinada pretensión(

V. López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil parte general, tomo I, diciones Dupre, Bogotá, 2002, Pág. 491.

46).

Por la naturaleza del asunto que se examina, el tribunal limitará el análisis a la denominada prescripción extintiva, la cual “... extingue pura y simplemente un derecho (...). Extingue, en principio, todas las acciones personales o reales, salvo las referentes a los derechos de la personalidad y al derecho de propiedad...”.

“En suma, conforme a nuestro sistema civil, la prescripción extintiva es un medio de extinguir el derecho de acción atinente a una pretensión concreta...”(

López Blanco, op. cit., quien a su vez cita a Mazeaud, Henry León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, parte II, Vol. III, Bs. As., E.J.E.A., 1969, Pág. 409.

47).

El Código Civil al consagrar la prescripción de las acciones ejecutiva y ordinaria dispone en el artículo 2536, modificado por el artículo 8º de la Ley 791 de 2002 que “la acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)...”.

El inciso tercero del artículo 2539 ibídem, estatuye: “... Se interrumpe civilmente (la prescripción) por la demanda judicial...”.

Con ello, se puede así observar que la prescripción extintiva como medio de extinguir el derecho de acción de nulidad en el sub lite, se interrumpió

civilmente con la presentación de la demanda. Debe tenerse en cuenta al efecto que, como antes se anotó, el primer convenio Teleupar-Angelcom se celebró el 11 de octubre de 1996 y que la demanda original (posteriormente reformada), fue presentada ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 7 de julio de 2003, según sello estampado en ella. O sea que, en dicho momento procesal se interrumpió el término de la prescripción extintiva de la acción intentada, teniendo presente que se trata de una acción civil ordinaria, puesto que solamente habían transcurrido apenas seis años, ocho meses y veintiséis días, término inferior al de diez años previsto en la ley para que hubiere podido ser declarada extinguida la correspondiente acción de nulidad(

Código de Procedimiento Civil, artículo 90 que regula los requisitos para la interrupción de la demanda, en los siguientes términos: “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o del mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente ...”.

48)(

Véase acta 1 de 10 de marzo de 2004, del tribunal arbitral.

49).

En conclusión, dado que la prescripción extintiva es un medio de extinguir el derecho de acción respecto de una pretensión concreta, si el titular ejerce su derecho de acción para solicitar que ella le sea reconocida y lo hace oportunamente, tal como en el presente asunto, a través de la presentación de la demanda, interrumpe el término de prescripción, por cuanto ejerció su derecho en tiempo(

López Blanco, op. cit. pág. 495.

50).

Hechas las consideraciones anteriores, es del caso afirmar que no se ha extinguido la acción de nulidad predicada por la convocada en contra del convenio sub examine y que por lo tanto el tribunal estudiará las causales que aduce la convocante en apoyo de su pretensión de anulación del contrato mencionado.

Conviene advertir, frente a la acción de nulidad contra el convenio unificatorio propuesta por la convocante, que el tribunal tiene en cuenta lo previsto en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, los cuales establecen que: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda...”, y que: “... Cuando se proponga la excepción de nulidad (...) del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato...”(

Código de Procedimiento Civil, Editorial Leyer, Bogotá, 2003, Pág. 108.

51).

De acuerdo con lo anterior, el tribunal examinará adelante, como ya se advirtió, las causales propuestas por la parte convocante en apoyo de sus pretensiones de nulidad absoluta del convenio unificatorio CARC-16/12/98, así como las de los convenios CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97.

4.2. Competencia del tribunal para conocer de la acción de nulidad del contrato.

El tribunal al momento de asumir la competencia para conocer de este litigio, en la parte pertinente(

Acta 10, del 6 de agosto de 2004, primera audiencia de trámite, auto N° 15, N° 3.3, folios 27 a 34.

52), se expresó en los siguientes términos que damos por reproducidos:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias en virtud del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral que, en tal virtud, queda investido temporalmente de la función pública de administrar justicia, profiriendo un laudo arbitral que está llamado a hacer tránsito a la autoridad de la cosa juzgada.

De manera que la competencia de los tribunales de arbitramento encuentra su génesis en dos claros elementos; el primero, la inequívoca voluntad de las partes en conflicto de no acudir a los jueces ordinarios para solucionar sus controversias, sino de que sea un tribunal de arbitramento el encargado de hacerlo; y, la segunda, el carácter transigible de la controversia, esto es, que los derechos en disputa sean renunciables y disponibles por los particulares, habiendo precisado la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado que en materia administrativa, por el carácter indisponible del orden público, los tribunales de arbitramento no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos en donde se ejercen los poderes exorbitantes de la administración, lo cual, sea pertinente decirlo desde ya, en el presente asunto no está en discusión ante la inexistencia de los mismos.

En cuanto al primer elemento, en el presente proceso no queda la menor duda que tanto la Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar Teleupar S.A. ESP en liquidación, como Angelcom S.A., expresaron válidamente su voluntad de deferir a decisión de árbitros, todas las controversias nacidas del acuerdo o convenio unificador CARC-16/12/98 de 16 de diciembre de 1998, que condensó o unificó en uno solo los contratos CARC-11/10/96 de octubre 11 de 1996 y CARC-10/11/97 de 10 de noviembre de 1997. Así se desprende con total nitidez de la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésimo séptima del convenio CARC-16/12/98, modificada mediante documento de fecha 3 de julio de 2003.

El pacto arbitral celebrado entre las partes, además de contener la expresa voluntad de someterse sus divergencias contractuales a decisión de un tribunal de arbitramento, reúne plenamente los requisitos genéricos de existencia y validez de todo negocio jurídico previstos en el artículo 1502 del Código Civil y, además, los requisitos de forma y eficacia contemplados en los artículos 118 y 120 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora bien, la cláusula compromisoria no excluye ninguna controversia del conocimiento de los árbitros, es decir, las partes no limitaron o circunscribieron expresamente el alcance de aquella a determinadas controversias y dejaron por fuera otras para que fueran resueltas por los jueces ordinarios; de una manera genérica decidieron que “todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus cláusulas” serían resueltos por árbitros en caso de no poderse solucionar en forma directa por ellas mismas. Entiende el tribunal que la forma en que fue pactado el compromiso arbitral cubre todo el desarrollo y finalización del contrato objeto de este proceso, circunstancia que se infiere con nitidez de las

expresiones “interpretación” y “cumplimiento” del negocio jurídico en su integridad o de algunas de sus estipulaciones.

Acerca de la manera en que debe interpretarse el pacto arbitral cuando quiera que este ha sido redactado en forma genérica y sin limitaciones o exclusiones expresas, como ocurre en el presente caso, ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado(

Sentencia del 26 de abril de 2002, Sección Tercera. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor. Gobernación del Tolima. Exp. 19413.

53) lo siguiente:

“...la Sala en asuntos similares ha sostenido que cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, o no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, como sucedió en el caso concreto, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato; por el contrario, si las partes expresamente excluyen determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, los árbitros no pueden pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento”.

Así las cosas, estima el tribunal que todas las pretensiones que tengan su origen directo o indirecto en el contrato unificador CARC-16/12/98 de 16 de diciembre de 1998, que condensó o unificó en uno solo los contratos CARC-11/10/96 de octubre 11 de 1996 y CARC-10/11/97 de 10 de noviembre de 1997, están cobijadas por la cláusula compromisoria, máxime cuando la cuantía de las pretensiones, según afirmación de las partes y tal como puede verificarse en la estimación económica de aquellas, superan el diez por ciento (10%) del valor de la inversión, circunstancia contemplada en el pacto arbitral como requisito o presupuesto para acudir a la justicia arbitral en el caso que ocupa nuestra atención.

En cuanto al segundo elemento, valga decir, el carácter transigible de los derechos en contienda, el tribunal se permite hacer las siguientes consideraciones:

Las pretensiones principales 2 y 3 (segunda y tercera) están orientadas a declarar la nulidad absoluta de los mencionados contratos, pretensiones frente a las cuales la parte convocada ha señalado la incompetencia del tribunal para resolverlas, en la medida que considera que se refieren a materias no transigibles.

En este sentido, sin necesidad de hacer extensas consideraciones, el tribunal de arbitramento pone de presente que la discusión acerca de si los árbitros podían o no pronunciarse sobre la invalidez absoluta de un negocio jurídico, quedó definida por el legislador al establecer la autonomía de la cláusula compromisoria en el parágrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998. Esta norma es del siguiente tenor:

“PAR.—La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

Como se observa, la cláusula compromisoria, considerada por algunos como un verdadero “contrato dentro de otro contrato”, expresión que denota su autonomía, faculta con total claridad a los árbitros para pronunciarse y declarar, si es el caso, la inexistencia o invalidez del negocio jurídico en el cual aquella se encuentre incorporada. De manera que, trátase de nulidades absolutas o relativas de carácter sustancial, los árbitros por expreso mandato legal están autorizados para declararlas sin que ello invalide o afecte su decisión. En consecuencia, la discusión acerca de si las nulidades absolutas son de orden público y, por ende, no constituyen materia transigible y arbitrable, es indiferente a la hora de estudiar la competencia del tribunal por cuanto se tiene competencia por expresa disposición legal para pronunciarse sobre dichos aspectos.

La norma en comento fue declarada exequible por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-249 de 1999, por considerar que el legislador, por mandato del artículo 116 de la Constitución Política, es el encargado de señalar el radio de acción y precisar los límites de la justicia arbitral y, desde luego, a él le corresponde establecer qué pueden conocer los tribunales de arbitramento y qué temas le están vedados. Por ende, si con fuerza de ley se permite a los árbitros pronunciarse sobre la inexistencia y la invalidez contractual, el tema queda perfectamente definido y fuera de toda discusión.

Igualmente, en providencia del 14 de agosto de 2003(

Consejero Ponente Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 24344. Actor: Municipio de Pereira.

54), el honorable Consejo de Estado, en aplicación del precepto legal mencionado, aceptó la posibilidad de que los tribunales de arbitramento se pronuncien sobre nulidades absolutas de índole sustancial. En dicha providencia se lee:

“La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los tribunales de arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.

La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que “podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato”, sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella” (negrillas fuera del texto).

Por su parte, la jurisprudencia arbitral ha aceptado sin reparos la posibilidad de pronunciarse sobre nulidades sustanciales, tal como se desprende de las consideraciones realizadas en un reciente laudo arbitral(

Laudo arbitral de fecha julio 9 de 2004. Tribunal de arbitramento de Electrificadora de Córdoba S.A. ESP contra Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. ESP árbitros José Francisco Chalela Mantilla, Hernán Fabio López Blanco y Rafael Romero Sierra.

55), que el presente tribunal acoge íntegramente:

“Conveniente es precisar que está debidamente aclarado que las posibilidades que tiene un tribunal de arbitramento de abordar el estudio de la validez de un

acto o contrato y, por tanto, pronunciarse sobre su nulidad absoluta, resulta procedente por mandato expreso de la ley en aquellos casos en que los árbitros se encuentren debidamente habilitados por las partes y han definido previamente su competencia para conocer de la respectiva controversia, la cual deberá ser susceptible de transacción. En otras palabras, no se trata de desconocer el requisito de transigibilidad que por ley debe caracterizar el objeto de la litis, sino que se precisa que una vez establecido que la controversia sometida a consideración de los árbitros tiene el carácter de transigible, ellos podrán y deberán ocuparse también del examen de las cuestiones relativas a la nulidad absoluta del contrato, en cuanto ese tema surja como parte del examen de la controversia transigible y sin que la definición de dicha nulidad absoluta —por corresponder a una materia no susceptible de transacción—, quede por fuera de su ámbito de competencia ni siquiera cuando la nulidad abarca todo el contrato, con mayor razón si es parcial como sucede en el presente caso.

“(…) Lo que acaba de exponer encuentra expreso respaldo legal tanto en el citado artículo 1742 del Código Civil, como en el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, por cuya virtud al determinar el carácter autónomo de la cláusula compromisoria, explícitamente se autoriza a someter al conocimiento de la justicia arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato, cuestión esta que obviamente puede concluir con una decisión de nulidad”.

Finalmente, quiere el tribunal traer a colación en este particular tópico, comentarios doctrinales que explican el origen y alcance de la citada disposición. Dice la doctrina(

López Blanco, Hernán Fabio. Ley 446 de 1998 y el Código de Procedimiento Civil. Dupré Editores, Bogotá, 1998, págs. 173 y 174.

56) sobre el particular:

“Debe adicionarse, con relación al párrafo de la norma que con el mismo se puso fin, con autoridad legal, a una centenaria discusión que señalaba que si el tribunal de arbitramento definía que un contrato era nulo o inválido, como dentro del contrato estaba involucrada la cláusula compromisoria esta igualmente lo era y, por ende, se afectaba la validez del trámite arbitral. Si bien es cierto se había sostenido la independencia de la cláusula respecto del contrato, queda definido que así el contrato que contiene el pacto arbitral sea nulo o inválido, la decisión del tribunal es plenamente vinculante, es decir, se acepta la completa autonomía de ella”.

Así las cosas, el tribunal de arbitramento se declarará competente para tramitar, estudiar y decidir las pretensiones de la parte convocante, contenidas en la demanda inicial reformada, que están referidas a la nulidad absoluta del negocio jurídico materia de esta litis...”.

Ahora, se puede agregar para mejor abundamiento que en la propia demanda reformada, la convocante, al folio 2, bajo el título I procedibilidad, manifiesta: “El requisito de conciliación previa no es aplicable en este proceso...”.

De otra parte, para cerrar el tema analizado, destacamos que el honorable Consejo de Estado en importante y reciente decisión(

Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Exp. 25560, Consejero Germán Rodríguez Villamizar, publicado en la Revista Jurisprudencia y Doctrina Legis Tomo XXXIV, N° 398 de febrero 2005, págs. 202 y siguientes.

57), expresó en forma por demás amplia y detallada, la obligatoriedad para los árbitros de pronunciarse fundadamente en el laudo, reiterando al tenor de lo

ordenado por los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, sobre las peticiones de nulidad de actos o contratos que se ventilen en los respectivos procesos arbitrales, lo que supone, por supuesto, la plena competencia de la justicia arbitral para conocer de estos asuntos.

Esta postura jurisprudencial, aunado a lo dicho por el tribunal en la primera audiencia de trámite, sirven para rechazar los argumentos de Angelcom, especialmente delimitados en sus alegatos de conclusión, respecto de la incompetencia del tribunal para conocer las pretensiones de nulidad que deprecia Teleupar. Según el convocado, el marco de competencia de este tribunal está delimitado por lo convenido por las partes en la cláusula compromisoria, la cual, según su dicho, en ninguno de los extremos plantea la posibilidad de conocer conflictos atinentes a la existencia o validez del contrato habida cuenta que las materias deferidas a la justicia arbitral se deben limitar a las que provienen de la interpretación y cumplimiento del contrato.

Por supuesto que el estudio gramatical extremo daría lugar a una interpretación tal. Empero y siguiendo al efecto la providencia del Consejo de Estado reseñada en la primera audiencia de trámite y la del 25 de noviembre de 2004, a que se hizo alusión anteriormente, encuentra el tribunal que el sentido correcto de la cláusula compromisoria convenida es el que sostiene la competencia del tribunal de arbitramento para conocer cualquier conflicto que emane de los contratos suscritos, dentro de los parámetros fijados por la Constitución y la ley así como la jurisprudencia. Es que si dentro del amplio abanico de conflictos que pueden sucederse por motivo de los convenios suscritos, hubiera alguno que las partes no quisieran entregar a esta justicia excepcional, deberían expresamente pactarlo. Caso contrario, esto es cuando no se delimitan puntualmente las materias y conflictos sino que se presenta de manera general en relación con un contrato, debe entenderse que esa voluntad se dirige a confiar en la justicia arbitral la definición de cualquier conflicto que tenga que ver con tales contratos, exclusión hecha, por supuesto y se insiste, respecto de materias vedadas a la justicia arbitral, como sería lo relativo al conocimiento de la legalidad de actos administrativos.

A lo dicho, se une lo indicado por el máximo órgano de lo contencioso administrativo, en el proveído de noviembre pasado y en donde deja en claro la competencia de la justicia arbitral para conocer y pronunciarse de nulidades contractuales, aun en caso de no haberse pedido y de, claro está, no estar reseñadas en la correspondiente cláusula compromisoria.

4.3. Marco jurídico de las nulidades por objeto ilícito.

i) Aspira la convocante a que el tribunal declare la nulidad absoluta del convenio unificatorio, Teleupar-Angelcom, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 899 del Código de Comercio, en lo pertinente(

"Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa. 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos...".

58). Así como también la de los anteriores convenios celebrados entre la convocante y la convocada, CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97. Añade que por virtud del artículo 822 ibidem resultarían aplicables los artículos del Código Civil, 1519 y 1523(

Art. 1519. "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto; Art. 1523. Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes". 59).

Manifiesta que de la Ley 37 de 1993 que adujeron las partes para la celebración del convenio, los artículos 9º y 10 no fueron observados por cuanto dicho contrato no estableció lo relativo al reparto de utilidades o pérdidas que debieron haber pactado las partes y que, en cambio de ello, consagraron el reparto de ingresos y gastos. Lo cual constituiría omisión de norma imperativa que generaría nulidad del contrato, pues no se habría cumplido el mandamiento de estipular conforme al literal c) del artículo 10 de la citada ley, la proporción en que las partes contratantes participarían en las utilidades o pérdidas generadas por la gestión conjunta, así como la forma de liquidación de las mismas, y en el anexo financiero se previó reparto de ingresos, pero no de utilidades.

Por otra parte, aduce que el convenio unificador incluiría una garantía de rentabilidad a favor de Angelcom en el evento de que los resultados de la operación resultaren inferiores a lo previsto en el modelo económico que le aseguraría una rentabilidad mínima no inferior a más de un 10% a lo previsto en el modelo, "limitando el riesgo entre el 90% y el 110% de lo proyectado" (

Pág. 49 de la demanda.
60).

Atribuye además la nulidad del convenio unificador a violación de las normas presupuestales por cuanto la ley orgánica del presupuesto es de derecho público, y ordena que a las empresas industriales y comerciales del Estado como resulta asignable a Teleupar se les aplican sus disposiciones, puesto que el artículo 96 del Decreto 111 de 1996 señala dos principios presupuestales que les prohíben hacer gastos que no tengan aprobación presupuestal o a los que exijan autorizaciones previas para adquirir compromisos con cargo a vigencias futuras.

Señala que Teleupar está sujeta a tales reglas, dado que la Nación ha sido "dueña de más del 90% de su capital a través de Telecom" (

Pág. 52 de la demanda.

61) y que así se tome en cuenta el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que determina el régimen jurídico de derecho privado, aplicable a sus contratos, esto no la exonera de las obligaciones presupuestales a que está sujeta.

Critica también el sistema de "doble cupón" pactado en el citado convenio para que los pagos de los usuarios de telefonía a Teleupar se dividieran con Angelcom de inmediato pasando sus montos a las respectivas cuentas bancarias.

Por otro aspecto, argumenta que el perfeccionamiento del convenio no se debió haber estipulado a la firma del mismo, pues para ello se requería, previamente la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal.

Insiste en que el convenio implicaba un gasto público extensible a vigencias futuras(

Pág. 59 de la demanda.

62), y que además de lo dicho se presentó violación de normas tarifarias que obligan, en la búsqueda de eficacia económica prevista en el numeral 87.1 de la Ley 142 de 1994, por el cual "los costos que pueden incluirse en los formatos tarifarios son solamente aquellos que se justifican porque hay suficiente demanda por el servicio respectivo" (

Pág. 62 de la demanda.

63), y argumenta que para obtener los retornos financieros previstos en el modelo económico, se violaron las normas de los artículos 87.1; 87.7; 88 a 91 de la Ley 142, pues corresponden a una estructura tarifaria ilegal.

Y finalmente argumenta que los anteriores cuestionamientos no solamente afectan las cláusulas vigésima cuarta, validez y trigésima quinta, perfeccionamiento, sino "el contrato integro" (

Pág. 57 de la demanda.

64).

ii) Por su parte, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, Angelcom arguye que el contrato bajo examen es de carácter estatal según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993; agrega que la nulidad de los actos y contratos tiene por objeto sancionar un negocio viciado por ser contrario a la ley y por ende violatorio del orden jurídico superior que previa decisión judicial debe ser retirado del mundo jurídico, con efecto ex tunc, que sin embargo la doctrina posterior autorizó la acción pero sin tolerar un provecho consecuencial o de su torpeza o de su mala fe, protegiendo a quien actuó sin culpa y de buena fe, señalando que la nulidad "... Por tratarse de una sanción que restringe derechos y elimina negocios jurídicos producto de la autonomía de las partes; la doctrina y jurisprudencia reiterada de nuestras cortes (...) afirman categóricamente que para que proceda (...) se deben cumplir (...) los siguientes requisitos (...) a) Causales claras y precisas señaladas por la ley; b) Los hechos y causales constitutivos de nulidad deben estar plenamente probados; c) Las causales y sus fundamentos deben aparecer en forma clara y evidente (...); por lo cual no procede su declaración como consecuencia de (...) complejos raciocinios jurídicos; d) Las causales son de interpretación y aplicación restrictiva y por ende no aplican por analogía o extensión" (

Pág. 3 contestación demanda.

65), y que en suma "... el tribunal carece de competencia por razón de la materia (...)", para conocer de las pretensiones de nulidad del convenio.

iii) Para el tribunal, el convenio unificatorio está regido por el derecho privado, no solo por las consideraciones que antecedieron a este capítulo, sino también, para agregar una adicional, por lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, que dispone: "Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado".

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce”(

Subrayas no son del texto.

66).

Visto lo anterior, considera el tribunal que en lo referente a la nulidad del contrato por ilicitud del objeto, se debe precisar: la invalidez comporta un fenómeno de naturaleza legal propia del negocio jurídico dentro del ámbito del derecho privado con lo que se quiere reprimir determinado comportamiento que trasgrede las normas que orientan la actuación restringiéndola o cercenándole concreciones y que busca desconocer la relevancia que tiene de por sí.

La ley, al crear la institución de la nulidad, lo hace mediante categorías, causales y efectos que buscan adecuarla a las necesidades prácticas y a la protección de los intereses en pugna. Consiste en la oposición de la conducta concreta frente a normas imperativas de derecho, fácilmente identificables en las propias cláusulas del contrato, en las motivaciones de los contratantes, o en la disposición prohibida por la ley.

Así, la nulidad del convenio no puede deducirse artificialmente sino que debe ser derivada de los ordenamientos legales directos y no analógicos, y ha de efectuarse con ayuda de medios y elementos que superen la simple apreciación gramatical, o meramente semántica, en tanto que, por el contrario, fijen su verdadero alcance jurídico.

Ilícito y por consiguiente nulo, es el acto contra lege, es decir contra la previsión legal(

Código de Procedimiento Civil, artículo 6º: "Las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente, de obligado cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

67), que, luego, vincula la conducta comercial prohibida a la ilicitud del objeto(

“Código Civil, artículo 1523: "Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes".

68) en el que está incluido el pacto prohibido por la ley o es contrario a las buenas costumbres o al orden público(

Código Civil, artículo 1518: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

69), que contraviene el derecho público(

Código Civil, artículo 1519: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto".

70), y añade la motivación contraria a los mismos extremos(

Código Civil, artículo 1524: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".

71) en el propósito de impedir infracciones al derecho que salvaguarda los aspectos primordiales del orden social y moral vigentes en la sociedad. Por otra parte, no puede derivar de raciocinios lógicos ni de resultados experimentales, sino de la real situación jurídica; por lo cual es preciso ir directamente a la ley para examinar el negocio dentro de ese contexto, sin olvidar la razón de ser de la medida represiva y la función a la que está destinada, según lo dicho.

El artículo 1740 del Código Civil dice: "Es nulo todo acto o contrato, a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta...".

De esta norma transcrita se deriva la nulidad absoluta del contrato, cuando se contraría una norma imperativa o cuando este contrato tenga causa u objeto ilícito.

El tribunal al examinar el cargo de que el convenio unificadorio, sub judice, es absolutamente nulo por inobservancia de lo dispuesto en el literal c) del artículo 10 de la Ley 37 de 1993, porque dicho convenio y su anexo financiero fijan la distribución de ingresos y no la de utilidades, porque incluye una garantía de rentabilidad a favor del contratista para que este no soporte pérdidas, limitando así su riesgo; es decir, garantizándole el rendimiento de su inversión, reitera, en primer término, que la Ley 37 de 1993 no es aplicable al convenio unificadorio, tal como se explica detalladamente en otro apartado de este laudo. Porque además el tribunal estima que no puede perderse de vista que el convenio unificadorio es realmente un contrato atípico o innominado que estipula en sí mismo sus exigencias inter-partes y no de sociedad, en el cual los contratantes son autónomos plenamente para determinar no solo la proporción en la que asumen la distribución de los ingresos y beneficios, sino que dichas partes conservan su autonomía en el empleo del lenguaje contractual, sin que deban someterse a términos sacramentales a los que se les quiera imprimir alcance meramente verbalista, y no el propio que debe dárseles que es el de su ámbito jurídico propio, y que dentro del orden de conformación de las cláusulas estipulatorias y anexos del contrato ejercen libremente la autonomía de su voluntad negocial, para conformar sus estipulaciones dentro del convenio, en el cual el anexo financiero y el anexo técnico comportan importancia fundamental y no son apenas simples añadidos al contrato, sino verdaderamente partes constitutivas del mismo como igualmente se señala en otros apartados.

Ahora bien, el tribunal ha advertido que el convenio denominado como joint venture o de riesgo compartido sucrito por las partes en conflicto, carece de tipicidad en la legislación colombiana, pudiendo ser calificado como un contrato atípico o innominado. Empero, precisa una determinada duración temporal(V. Cláusula vigésima segunda-72 meses, contados a partir del 11 de octubre de 1996.

72); no crea una nueva entidad autónoma; estipula acuerdos y cláusulas; señala responsabilidades y asocia a empresas que conservan su independencia plena para alcanzar, en leal colaboración, entre ellas, la obtención del resultado previsto a través del empleo de aptitudes, esfuerzos económicos y técnicos sin, comprometer, como ya se dijo, las autonomías, propias de Teleupar o de Angelcom.

El joint venture es una forma útil, hasta cierto punto nueva en Colombia, por lo menos en el campo de las telecomunicaciones, dado que antes venía utilizándose en el sector de la exploración y explotación petroleras. Es una forma asociativa pero, se repite, no es un específico contrato de sociedad, el cual sí tiene tipicidad dentro de la legislación nacional.

Se utiliza principalmente en la ejecución de obras y trabajos que requieren importantes aportes de capital o del empleo de alta tecnología, que exige estudios financieros y técnicos previos que determinen dentro del mejor planteamiento posible, los montos de inversión, los tiempos de ejecución, la amortización, etc.

No se puede pues, en criterio del tribunal, confundir el contrato que se estudia con el de sociedad, así este puede servir en algunos aspectos para el diseño de aquel; por lo cual las partes pueden establecer no solamente la duración del convenio, que se insiste, debe ser precisamente temporal, sino también la manera de distribuirse responsabilidades, beneficios y riesgos, tal como se hizo en el convenio unificador CARC-16/12/98.

Así encuentra el tribunal que en la cláusula segunda se previeron las revisiones a los modelos económicos y convenios anteriores, junto con sus parámetros financieros en los que se regulan e incorporan los retornos financieros que las partes han proyectado anualmente a partir de su suscripción, sin que esto obste para que se pudieran hacer otras revisiones a dichos modelos.

En la cláusula octava, se prevé que las tarifas por cobrar por el servicio y por los demás costos por concepto de la prestación de este serán las fijadas por la ley o por Teleupar, cuando esté autorizado al efecto.

A su vez, la cláusula novena estipula la distribución de los ingresos netos de acuerdo con el programa y el porcentaje de distribución acordados según términos del anexo financiero. Se precisa que dichas participaciones únicamente se causarán respecto de los ingresos obtenidos por la prestación del servicio como consecuencia de los aportes de infraestructura, mantenimiento, operación y explotación efectuados por las partes en desarrollo del convenio. También se determina el margen de riesgo aceptado por cada parte. O sea que cada una de ellas asumió los gastos propios de su participación: primordialmente, Angelcom los de instalación; Teleupar los de operación y mantenimiento.

Ahora bien, la proporción de los riesgos se deduce de la cláusula décima quinta y del anexo económico en forma clara, es decir que en nada comporta en el evento de que esta fuere exigible, violación del literal c) del artículo 10 de la Ley 37 de 1993, puesto que el convenio no se limitó a pactar ingresos, sino que las partes determinaron también los riesgos asumidos por cada una y dentro de los acuerdos convencionales que adoptaron, dentro del libre ejercicio de su voluntad, con lo cual no desfiguraron la noción de riesgo compartido, y menos generaron nulidad por objeto ilícito, pues la Ley 142 de 1994 no establece una determinada proporción de riesgo, mientras que, por otro aspecto, se prevé que

la inversión y los gastos financieros se regirán por lo establecido en dicho anexo financiero que es integrante del contrato tal como ya se ha enunciado.

4.4. Alcance de lo que ha de entenderse por orden público de la Nación para efectos de configurar la nulidad absoluta por su violación.

El objeto del contrato debe ser lícito, o sea, que deberá estar de acuerdo con la ley, el orden público y las buenas costumbres

Arts. 1516 y 1519 del Código Civil.

(73). En esta —la ley— radica la imposibilidad jurídica del objeto contractual, de resultar contrario a los presupuestos lógico-jurídicos de la misma

Tamayo Lombana, Alberto. Manual de obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 2004, págs. 210, 211.

(74)

Así el Código de Comercio en su artículo 104 consagra sobre el contrato de sociedad: "Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios".

(75).

Es, pues, requisito —sine qua non— del objeto del contrato el de someterse al orden público, noción que se equipara a la de las buenas costumbres, las cuales resultan variables según cambian las condiciones sociales y las políticas predominantes de cada época.

La noción de orden público está íntimamente ligada a la de la autonomía de la voluntad, uno de los cuatro pilares fundamentales de la estructura contractual prevista en los códigos continentales expedidos a partir de comienzos del siglo XIX. Los otros tres son: el consensualismo, el "pacta sunt servanda" y el principio de la ejecución de buena fe

Suescún Melo, Jorge; Derecho Civil, Bogotá, 1996, U. Andes-Cámara de Comercio de Bogotá, Vol. I, págs. 246 y ss.

(76).

Esta autonomía de la voluntad "... es proyección de un postulado más general que rige a la voluntad en cimiento de la organización jurídica en la cual el derecho es producto del mero querer de las personas (...que tienen) el máximo poder creador de sus propias relaciones, lo que logran a través del contrato". Se agrega: "Esta concepción voluntarista del contrato reposa sobre dos fundamentos: el de la igualdad y el de la libertad".

Así las personas se auto-obligan en virtud del efecto normativo de sus pactos los cuales los ligan, impidiéndoles evadir sus compromisos obligacionales.

En este orden de ideas, las doctrinas racionalistas en aras de las libertades individuales y para precaver abusos del Estado, establecieron la noción de orden público legal e inmutable

Ospina Fernández, Guillermo, y Ospina Acosta, Eduardo; Op. Cit. págs. 8 y ss.

(77).

El legislador se consideró facultado "para determinar el contenido del orden público" mediante la adopción de un repertorio de leyes imperativas y prohibitivas de obligada observancia no solo por los órganos del poder público y de los jueces, sino por los ciudadanos mismos.

Dentro de tal esquema la voluntad de los individuos, causa eficiente de la vida social, es suprema fuente de todos los efectos jurídicos. Aun la propia ley busca el fundamento de su validez normativa en el consenso ciudadano. Así “...la eficacia de los actos jurídicos deriva directamente de la voluntad de los agentes a quienes les corresponde organizar sus relaciones, determinar la naturaleza y alcance de ellas y estipular sus condiciones y modalidades”.

Por ello el intérprete debe consultar la real intención de los contratantes que es la “fuerza creadora” de los efectos que el acto jurídico vaya a producir.

Entonces, la voluntad privada resulta autónoma mientras no tropiece con la barrera del orden público legal e inmodificable. Pero es indiscutible que ese orden público deba tener elasticidad y flexibilidad que le permitan adaptarse a las diversas corrientes que se suceden dinámicamente.

Una diferente concepción, que pasa no solo del ser al devenir, busca la observancia de principios permanentes impuestos por la naturaleza humana que deben preservarse y que no pueden ser elaborados bruscamente sin comportar hondas conmociones en el medio social tales como la organización política y el desarrollo ordenado de los procesos económicos.

De tal modo que el Estado pueda cumplir su función fundamental por el conducto de sus órganos de expresión jurídica. Se consagra, de tal manera, una intervención estatal como parte integrante del orden público, con miras a obtener la protección de valores, principios y objetivos tales como el desarrollo económico, entre otros. Del Estado gendarme, se ha pasado al Estado dirigista, Estado empresario, Estado promotor, en el propósito de lograr para los asociados la prestación de servicios públicos otrora monopolizados por el Estado en Colombia y que hoy ha debido abrir a la participación y colaboración de los privados. Se ha tenido pues que “abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable (y se les ha reconocido) a los otros órganos del poder público, (...) especialmente al orden judicial, facultades discrecionales para apreciar en cada caso la conformidad o inconformidad de los actos jurídicos o contratos celebrados por los particulares entre sí o con entidades estatales”

Ospina Fernández, Guillermo, Op. Cit. Págs. 11 y 12 (78).

La concepción actual en el campo de nuestro derecho privado es darle contenido y sentido reales al artículo 1602 del Código Civil, para lo cual debe expresarse legalmente la estipulación contractual respectiva “...para que adquieran el rigor normativo que dicho artículo le atribuye, a fin de que se convierta en una ley de las partes...”.

Esto significa que cuando los contratos están legalmente celebrados, “...sus estipulaciones libremente consentidas revisten, para los agentes y también para los jueces encargados de aplicarla, fuerza vinculatoria semejante a la de la propia ley dictada por el Estado”

Ospina Fernández, Guillermo. Op. cit., pág 14. 79).

En efecto, la inmensa materia de las previsiones legales pertinentes a los actos jurídicos y contratos solamente tienen un alcance supletivo o sea que se emplean en defecto de la manifestación expresa de la voluntad de los interesados.

Con tal alcance, la voluntad creadora de las partes constituye peldaño fundamental dentro de la pirámide normativa; solo sometida a vínculos normativos con contenido material de ley. Es decir que es la ley y solo ella la única categoría normativa que dentro de la pirámide kelseniana, está llamada a limitar la voluntad de las partes. En consecuencia, solo respecto de ella es predicable lo relativo a orden público de la Nación para los efectos que interesan.

4.5. Marco presupuestal aplicable al contrato unificatorio CARC-16/12/98.

Otros de los argumentos de la pretensión de nulidad que se examina, es el relativo a no haberse cumplido en el convenio con las exigencias del régimen presupuestal

V, pág. 50 demanda.

(80) que limita el poder de disposición de las empresas industriales y comerciales del Estado, y, además, haber estipulado su perfeccionamiento con las meras firmas de los representantes legales de las entidades comprometidas, y porque a juicio del peticionario, el sistema del “doble cupón”

El sistema consiste en que las facturas preparadas por Teleupar y enviadas a sus usuarios, están conformadas con un doble cupón, en el cual la suma de cada uno corresponde al equivalente a la participación convenida para cada servicio, según el anexo financiero, de modo que al ser consignada en el banco escogido por las partes, se separan los pagos correspondientes a las facturas en cuentas separadas, una a nombre de Teleupar y la otra de Angelcom.

(81), es una forma de hacer gasto público, o sea de disponer de los recursos económicos de cuya propiedad era titular Teleupar, sin previa aprobación para el gasto y porque Teleupar habría contraído obligaciones sobre vigencias futuras sin las debidas y previas apropiaciones presupuestales o sin otras autorizaciones estatales.

Sobre estos particulares, se tienen que precisar nociones fundamentales relativas al presupuesto. Como es sabido, la economía pública se expresa a través de instituciones presupuestales

Restrepo, Juan Camilo. Hacienda pública, U. Externado de Colombia, Primera edición, Bogotá, 1992, págs. 187 y ss.

(82) que regulan el recaudo y la inversión de los recursos que se movilizan en la sociedad económica contemporánea.

La importancia del derecho presupuestal no solo es cuantitativa sino también cualitativa. Su objetivo es regular el proceso de preparación, discusión, ejecución y control del gasto público, al tiempo que ordena y regula el proceso de recaudo de los ingresos fiscales. Además, fija los marcos legales para que el gasto público se controle y sea evaluada su eficiencia. El presupuesto se expresa entre nosotros mediante el estatuto orgánico del presupuesto

Decreto 111 de 1996 (enero 15), Diario Oficial 42692 (enero 18) por el cual se compilan la Ley 38 de 1989; la Ley 179 de 1994, y la Ley 225 de 1995.

(83), que no solo regula el presupuesto anual de la Nación, sino que amplía el radio de acción del denominado “sistema presupuestal”.

Puede decirse que, la ley de presupuesto tiene carácter coactivo, imperativo, de formación de conductas de la administración y de los ciudadanos, típico de toda norma jurídica, que al ser adoptado por el poder legislativo es una ley tanto en el sentido formal como material, siendo su proceso constitucional la aprobación anual del “presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones”.

La Constitución Política prevé en el capítulo 3 del título XII, sobre el régimen económico de la hacienda pública, en los artículos 345 y siguientes lo relativo al presupuesto. De entre estas disposiciones de la Carta es del caso invocar el artículo 352 que instituye: "...la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

Pues bien, Teleupar —al momento de la contratación sub lite— era una empresa organizada bajo ordenamientos relativos a las empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, cuyo objeto consistía en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, con autonomía administrativa y patrimonio propio. El régimen legal al que estaba sujeta era el de la Ley 142 de 1994. Fue conformada en lo relativo a su capital empresarial original, con aportes principales de Telecom y del municipio de Valledupar.

Con posterioridad Teleupar se sostuvo económicamente en su ejercicio empresarial por las tarifas cobradas a sus usuarios por el servicio de telecomunicaciones de larga distancia nacional e internacional no dependientes del presupuesto nacional para su percepción, recibo y utilización aunque, obviamente, sujetas en sus rendimientos y utilidades al régimen acorde con las disposiciones del Decreto compilatorio 111 de 1996 que es el estatuto orgánico del presupuesto nacional.

Examinado el anexo financiero del convenio unificador, se encuentra pactado un aporte inicial en dinero para el desarrollo del proyecto, el cual, según lo probado, tiene como fuente recursos para cuyo desembolso Teleupar requirió y tramitó

V. Artículo 1º del anexo financiero constituido " ...por el dinero aportado por Teleupar al inicio del convenio, (...) de conformidad con el cuadro B..."

(84), las autorizaciones legales correspondientes, requisitos plenamente observados, por lo cual para el tribunal, no comportan erogaciones económicas procedentes en forma irregular del presupuesto, tal como además se cumplió en los convenios 1 y 2, anteriores al convenio unificador.

Por otra parte, se expresa en dicho anexo financiero, en cuanto al sistema de doble cupón cuestionado por la convocante, que se trata simplemente de un mecanismo de facturación que utilizó Teleupar para cobrar el servicio prestado a los usuarios, consistente en que la factura de cobro tiene dos desprendibles o cupones que determinan en forma diferenciada el valor de los ingresos reales que corresponde a cada una de las partes contratantes en la proporción señalada en el convenio y su anexo financiero, con lo cual se fija una forma distributiva del ingreso tarifario, preacordada contractualmente, pero sin que ella implique disposición alguna de fondos públicos dado que el origen de dichos recursos o ingresos del convenio se derivan del pago de las tarifas cubiertas por los usuarios particulares cuando atienden sus facturas .

Por último, está previsto el valor de rescate final que en términos del anexo financiero significará el valor, a la fecha de terminación del convenio, pactada en pesos que eventualmente tendría que pagar Teleupar a Angelcom. Así, se pactó que el valor de rescate dependerá del resultado que arroje el modelo económico a la finalización del convenio, "...dicho valor de rescate en el evento

de producirse, o de causarse, sería cancelado dentro de los 120 días siguientes a la terminación del convenio”

Anexo financiero, Pág. 000134.

(85).

Surge de lo aquí expresado, la afirmación de que este valor final de rescate pudiera atribuirse teóricamente a un futuro desembolso presupuestal, no autorizado. Empero, nítidamente, dicha aseveración carece de entidad en tal sentido, puesto que, realmente, lo que se consagra es una simple condición suspensiva de una obligación, consistente en que dicho valor, en primer lugar, es indeterminado, puesto que el sentido que se le asigna a su incidencia contractual “dependerá del resultado que arroje el modelo económico a la finalización del convenio...”, es decir, pende como ya señalé, de una condición suspensiva, que se examina adelante.

4.6. Obligaciones sujetas a condición suspensiva.

La condición suspensiva, en el tratamiento que le da el jurista Álvaro Pérez Vives

Pérez Vives, Álvaro, Teoría General de las Obligaciones, Vol. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1957, Págs. 39 y ss.

(86), destaca que para la doctrina corriente “mientras la condición suspensiva se encuentre pendiente, se puede decir que la obligación no existe. Solamente es la esperanza de que un día nazca. Nihil ad huc debetur, sed spes est debitum iri”. Cita al efecto por vía ejemplar, el artículo 820 del Código Civil que fija los derechos del fideicomisario, pendiente la condición, bajo las siguientes palabras: “...el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo...”. Agrega que, por consiguiente, “ninguno de los efectos propio de las obligaciones podrá producirse”. Se considera que si la obligación ha surgido de un contrato, este no llega a existir en lo relativo a la condición. Anota, sin embargo, que para otra parte de los doctrinantes no resulta exacto que el contrato antes de darse la condición no exista, puesto que “... hay un lazo jurídico, en virtud del cual ninguno de los contrayentes puede desistir de su compromiso sin el consentimiento del otro“(

Pérez Vives. Op. Cit, pág. 40.

87).

Lo resultante de la interpretación, es que para el tribunal las partes contratantes en el convenio unificatorio, al pactar el valor final de rescate, dejaron la obligación sometida a una condición suspensiva cuyas hipótesis solo estaban contempladas para ser posibles después de la ejecución contractual. En ese momento, según se cumplieran o no esas hipótesis, vale decir la condición, la obligación nacería o simplemente se daría por fallida. De ser lo primero, el desembolso correspondiente debería estar presidido del acatamiento pleno de las exigencias presupuestales pertinentes, para lo cual resulta fundamental, como es apenas obvio, conocer con exactitud el momento y valor de la erogación. Si es lo segundo, tal como en verdad acontece por fuerza del no nacimiento de la obligación a cargo de Teleupar por el no cumplimiento de condiciones ínsitas para ese pago de rescate, nada pasa y sucede. No tiene sentido que en tratándose de este tipo de obligaciones o semejantes(

Otro ejemplo sería cuando se pactan honorarios sujetos a cuota litis.

88), se realicen trámites diseñados para cuando la obligación ya ha nacido. Las normas presupuestales, a pesar de no decirlo expresamente, así deben

entenderse por simple aplicación de nociones elementales del régimen de las obligaciones que muchos funcionarios y asesores parece desconocen, lo que de suyo explica sus razonamientos errados y lo que a veces constituye génesis de investigaciones y pleitos sin fundamento.

Se reitera afirmando el tribunal que las obligaciones y los trámites legales para su eventual cumplimiento tendrán su génesis u origen una vez y solamente si operan las condiciones y circunstancias contractuales que lo hicieren viable.

4.7. Régimen tarifario de estos contratos frente al aplicado al unificadorio CARC-16/12/198.

Por tasas se entienden: "... Las remuneraciones que deben pagar los particulares por ciertos servicios que presta el Estado".

"La diferencia (de estas) con las rentas de dominio público radicaría en que en las primeras el Estado está percibiendo el ingreso normal que genera la gestión industrial o comercial de algún patrimonio destinado a ese propósito (...), como cuando compra o vende electricidad; cuando explota las comunicaciones o cuando presta él también, en concurrencia con los particulares, servicios como el bancario"(

Restrepo, Juan Camilo. Op. Cit., pág. 122.

89).

En la tasa o tarifa existe una contraprestación, verbi gratia el suministro de energía eléctrica, en tanto que en el impuesto no se paga un servicio específico ni se retribuye una prestación determinada. Visto desde otro ángulo, el pago de la tasa tiene un carácter voluntario, en tanto que el impuesto es obligatorio.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional, en sentencia del 26 de agosto de 1998, declaró la exequibilidad de los preceptos demandados relativos a las facultades inherentes a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones CRT, fallo del que el tribunal transcribe: "En la teoría general de la hacienda pública se denomina "tasa" a un gravamen que tiende a la recuperación del costo de un bien o un servicio ofrecido por el Estado. La cuantía del gravamen debe guardar una relación directa y proporcional con el costo del bien o servicio prestado, ya que su objeto es el de financiar servicios públicos divisibles. En principio, puede afirmarse que la tasa no es una imposición obligatoria, toda vez que el particular tiene la opción de adquirir o no el bien o servicio. En el establecimiento de la tarifa de este gravamen solo ocasionalmente caben criterios distributivos a través del establecimiento de tarifas diferenciales como ocurre, por ejemplo, con los precios de los servicios públicos domiciliarios. La tasa se paga a título definitivo, pero el pago se encuentra condicionado a la efectiva prestación del servicio (...). Por consiguiente, el señalamiento de las fórmulas de tarifas sobre las cuales versa la norma analizada, no tiene una finalidad tributaria, sino técnica y operativa para la habilitación de los mencionados operadores a través de la concesión de la respectiva licencia, lo cual por su naturaleza requiere de una decisión dentro del ámbito administrativo, que debe ser eficaz y de oportuna definición, con soporte técnico, por parte del ente administrativo de carácter especializado, que no interfiera la función legislativa ni la potestad presidencial en materias susceptibles de delegación"(

Negritas no son del texto transcrito.

90).

Así las cosas, Teleupar manifiesta que en el contrato CARC-16/12/98 hubo violación de normas tarifarias, e invoca al efecto los artículos 88 de la Ley 142 de 1994; 87.1; 87.7, 90 y 91 ibidem.

Agrega que "... mientras que las normas legales transcritas o aludidas explican con cierto detalle cuáles costos pueden cobrar las empresas por medio de cada componente de sus tarifas, las partes dispusieron en el convenio unificador que todas sus tarifas aumentarían en ciertos porcentajes fijos sin tener en cuenta lo que ocurriera con los costos reales ni con la demanda. La ley regula (...), cuáles cargos tarifados pueden emplearse para recuperar las inversiones en infraestructura; las partes pactaron que todos ellos deberían utilizarse para ese propósito. (...) El "Anexo financiero" no era una simple proyección de la evolución de la empresa: ella contenía los resultados que las partes se comprometían a buscar".

Añade la convocante: "... Para obtener los retornos financieros previstos en el modelo económico era preciso violar las normas sobre tarifas dispuestas en los artículos 87.1, 87.7, 88 y 91 de la Ley 142 de 1994".

Y, así, predica: "las cláusulas indicadas del convenio unificador y de su anexo financiero deben ser declaradas nulas, de nulidad absoluta por objeto ilícito; y dada su importancia en el contexto del convenio, su anulación debe ocasionar la anulación íntegra del contrato"(

V. pág. 65 de la demanda.

91).

La parte convocada, Angelcom, manifestó en la contestación de la demanda:

"La verdad no es otra que la convocante ha interpretado el contrato a favor de su pretensión anulatoria. Cuando los anexos financieros y el plan de negocios contenido en el modelo económico se refieren a las tarifas del servicio, en ningún momento están pactando que forzosamente se debe cumplir dicha proyección. Se trata de avistar a futuro un incremento tarifario como producto de un comportamiento histórico; pero como antes se explicó, el modelo económico se tenía que ajustar anualmente a la realidad del negocio en todos sus parámetros, entre estos, sin duda las tarifas propias del mercado. Es importante saber que el régimen tarifario de este tipo de servicio telefónico desde un principio y siempre se ha encontrado en el denominado régimen de libertad vigilada. Esto quiere decir que la propia operadora del servicio fija libremente sus tarifas, según el mercado, y lo único que simplemente debe hacer es enviar una nota a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, anunciando sus tarifas. Esto lo puede cambiar cuantas veces lo exijan las condiciones del mercado"(

V. pág. 26 contestación de la demanda.

92).

Puestas las consideraciones anteriores, el tribunal se remite a la cláusula sexta del convenio unificador. Allí, entre las obligaciones a cargo de Teleupar se menciona:

"Poner en funcionamiento la infraestructura que el contratista coloque a su disposición para la prestación de los servicios de telefonía básica a los usuarios de Valledupar, operar, explotar y mantener las redes que el contratista construya, teniendo en cuenta las instrucciones de este para su manejo; suscribir los contratos de servicios con los usuarios y ser titular del servicio, así como velar por su continuidad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2123 de 1992. Administrar los servicios, señalar o acatar las tarifas de acuerdo

con las disposiciones aplicables, facturar, cobrar y mantener separados los registros contables relacionados con el convenio...”.

Por su parte, la cláusula octava del convenio estipula: “Las partes acuerdan que el precio o tarifa a cobrar por los servicios y los demás costos por concepto de la prestación del servicio serán los fijados por la ley colombiana o por Teleupar, cuando esté autorizado para determinarlo”.

El tribunal entra a examinar las disposiciones que Teleupar considera violadas:

En primer lugar, el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 indica que el régimen tarifario está orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

En el artículo 87.1 explica lo que se debe entender por eficiencia económica, para lo cual el régimen tarifario procurará aproximarse a los precios de un mercado competitivo y que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, los cuales deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, sin poder trasladarse a estos últimos los costos de una gestión ineficiente ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. Deben reflejar el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio como de la demanda de este.

Por su parte el artículo 87.7 dispone que los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario.

En el artículo 88 se trata de que al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada, libertad vigilada o un régimen de acuerdo a precisas reglas.

En el artículo 90 se precisan los cargos que podrán definir las comisiones de regulación y en el 91 se señala que: “Para establecer las fórmulas de tarifas se calculará por separado, cuando sea posible, una fórmula para cada una de las diversas etapas del servicio”.

De las pruebas aportadas al proceso, el tribunal ha hecho un riguroso examen total que, desde luego, abarca el relativo al régimen tarifario, por lo cual, con base en ello, es de aseverar que no se demostró en el plenario por parte de la convocante ninguna violación del régimen tarifario por parte de Teleupar o de Angelcom, entre cuyas atribuciones tarifarias no tenía acción directa, y que los apartes de la demanda que indican en el convenio la búsqueda de los retornos financieros adecuados no significan aspiración de las partes contratantes diferente a la de ajustarse en el desarrollo del contrato al régimen tarifario legalmente viable, tratando de optimizar su aplicación dentro del convenio unificadorio en orden al logro de óptimos ingresos. También observa el tribunal que el libelo demandatorio de Teleupar al distinguir entre procesos constructivos viables y procesos constructivos “faraónicos”, toma como base para tal distinción la necesaria satisfacción de la demanda, y, precisamente, el convenio unificadorio se pactó para atender la realidad concreta en Valledupar y su área de influencia de dicha mayor demanda del servicio telefónico. Los tres convenios pactados denotan claramente que los cambios contractuales obedecieron a su modificación del número pactado de líneas a instalar en cada uno de ellos hasta llegar al último, que no es otro que el previsto en el llamado convenio unificadorio.

Debe destacarse igualmente que durante la ejecución del convenio, desde su inicio en 1996 y sus modificaciones de 1997 y, finalmente, 1998, estuvo sujeto

todo el tiempo a las resoluciones tarifarias expedidas por la Comisión de Regulación de Servicios Públicos CRT(sic), entidad facultada legalmente para determinar el régimen tarifario al que debían sujetarse las empresas prestadoras del servicio de telefonía básica fija conmutada, que indiscutiblemente cobijó a Teleupar, empresa que en últimas fue la que al tener la titularidad del servicio recaudó las tarifas correspondientes.

Esta información procesal fue suministrada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones al tribunal en diligencia judicial ordenada y practicada con presencia de las partes y de los peritos en la que se aportaron copias de las regulaciones de fijación de tarifas aplicables a Teleupar y que fueron las cobradas por esta última.

Como se puede observar, el régimen tarifario empleado en la ejecución del convenio es el autorizado oficialmente de conformidad con lo establecido en las cláusulas del convenio unificadorio, transcritas en lo pertinente, en virtud de todo lo cual el tribunal estima, y así lo declarará, que no se genera nulidad alguna de las cláusulas del convenio unificadorio cuestionadas por Teleupar, según lo que se acaba de ver, y que siendo consecuencial, además la petición de nulidad absoluta e íntegra de dicho convenio, por la nulidad absoluta de las mencionadas cláusulas, dicha nulidad no es procedente, a juicio del tribunal.

Pero más que invocar la nulidad incoada en las previsiones de la Ley 142 de 1994, que como se ha visto no se han violado, en la práctica ella se hace nacer por parte del actor por transgresiones de actos expedidos por la CRT. Estos actos dentro de la pirámide normativa, inspirada en Kelsen, corresponden a una escala inferior a la ley, tanto en su sentido formal como material, por ser verdaderos actos administrativos de contenido general.

A lo sumo, en caso de encontrarse una violación de estos actos, ello no engendra nulidad del contrato sino reproche administrativo, sanciones de este tipo, improbaciones tarifarias y ajustes de ellas. Nada de lo cual en verdad se ha dado en razón, se repite, del acatamiento del contrato unificadorio a la ley y de las tarifas aplicadas por Teleupar a las reglamentaciones de la CRT, ente que, por lo mismo, ninguna investigación, actuación o gestión ha adelantado por los motivos indicados. Tampoco lo ha hecho la Superintendencia de Servicios Públicos.

4.8. Necesidad de aprobación de los esquemas tarifarios por parte de la CRT.

La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT, fue creada mediante Decreto-Ley 2122 de 1990 y reformada sustancialmente en la Ley 142 de 1994. Mediante el artículo 69 de la citada Ley 142 de 1994, se crearon las comisiones reguladoras como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, del siguiente modo:

1. (...).

2. (...).

3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, adscrita al Ministerio de Comunicaciones .

Por su parte el parágrafo de la norma en cita dispuso: “Cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”.

Entre las funciones y facultades generales otorgadas por la mencionada Ley 142 de 1994 a la CRT, tenemos en la disposición 73.2, la de someter a su regulación, a la vigilancia del superintendente de servicios y a las normas que

la ley contiene en materia de tarifas a empresas determinadas que no sean de servicios públicos.

En la 73.11, la de establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 88 ibidem. Es decir, relativos a la regulación y libertad de tarifas, en la cual se podrán incluir las modalidades de libertad regulada, libertad vigilada y libertad de acuerdo con determinadas reglas, siendo de destacar que las empresas prestadoras del servicio deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo casos excepcionales que esta última norma contempla;

73.20, determinar, de acuerdo con la ley, el grado o régimen de libertades anteriormente descritas;

73.22, establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar redes existentes y acceder a redes públicas de interconexión, y establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el respectivo transporte e interconexión a las redes;

73.23, definir cuáles son los factores aplicables de concesión de subsidios a los usuarios de los estratos de inferior capacidad económica;

73.26, que las faculta para pedir información "... amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes presten los servicios públicos...", inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no proporcionen la información solicitada quedan sujetos a las sanciones del artículo 81 de la citada ley. Es decir: amonestación, multas, órdenes de suspensión, orden de separar administradores o empleados, o solicitud a quienes corresponda para que decreten las caducidades de contratos, o prohibiciones para prestar directa o indirectamente el servicio hasta por diez años, y, finalmente, la toma de posesión de la empresa infractora, que es la mayor de las penalidades previstas.

Por su parte, el artículo 74 ibidem (74.3) atinente expresamente a la CRT, le ordena entre otras funciones, la de promover la competencia en el sector de telecomunicaciones; resolver los conflictos que se presenten entre operadores; establecer los requisitos generales a que deben someterse tales operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, así mismo fijar los cargos de acceso y de interconexión a otras redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en la Ley 142 de 1994; reglamentar la concesión de licencias para operadores de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán para las concesiones, etc.

A su vez el artículo 75 preceptúa que el Presidente de la República ejercerá el control, inspección y vigilancia de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios por medio de la superintendencia respectiva.

En el auto 17 del 6 de agosto de 2004, el tribunal decretó, a solicitud de parte, inspección judicial a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT(V. Acta N° 10 del tribunal.

93), con exhibición de documentos e intervención de los peritos técnico, financiero y contable.

Como resultado de dicha prueba, finalmente practicada, se aportaron a los autos las copias fehacientes de las resoluciones 069 de 19 de marzo de 1996; 080 de 30 de enero de 1997; 106, 232 y 361, respectivamente del 27 de febrero, 28 de abril y 26 de junio de 1998; 734 de 30 de diciembre de 1998;

1372 de 28 de diciembre de 1999 y 3523 de 26 de diciembre de 2000, mediante las cuales la CRT se pronunció acerca de las tarifas utilizadas dentro de su gestión empresarial por Teleupar, las cuales —tarifas— no solo correspondieron al servicio de telefonía básica conmutada prestada a sus usuarios por Teleupar con relación al contrato unificadorio, sino que, además abarcaron a toda su región o zona de servicio. Es decir, que no fueron tarifas exclusivamente aplicables al área afectada por el contrato unificadorio materia del litigio, sino que correspondieron, en su totalidad al servicio prestado por Teleupar a sus usuarios en toda la extensión de su cubrimiento institucional.

Las resoluciones arriba citadas obran en el expediente y fueron aportadas en la diligencia arriba mencionada, y de ellas así como de la información suministrada por los funcionarios de la CRT que atendieron dicha diligencia, se desprende inequívocamente que Teleupar no fue sancionada por la CRT por el empleo de tarifas, por lo cual el tribunal descartará las violaciones a la Ley 142 de 1994 en la forma atribuida primero y deprecada luego, por la convocante.

4.9. Validez del contrato unificadorio y cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento.

Para concluir estos apartados, el tribunal destaca que no se puede perder de vista el objeto del convenio unificadorio destinado al desarrollo de una actividad propia del servicio público de telefonía fija conmutada, una de cuyas característica es la de que los usuarios paguen las tarifas o tasas autorizadas por la CRT, de acuerdo con la ley por el suministro del mismo, por los distintos rubros pertinentes, a órdenes de Teleupar, empresa que conservó la titularidad del servicio como entidad pública contratante, y que tales pagos en modo alguno significan connotación de ser impuestos, ni contribuciones, sino que comportan apenas el pago de verdaderas tarifas, que ingresan directamente a la caja o tesorería de Teleupar, la cual, con los mismos recursos económicos, distribuyó tales ingresos con Angelcom —en los rubros y proporciones acordados— según lo reglado por el convenio unificadorio.

No hubo, pues, enajenación de activos por parte de Teleupar. No se ha violado el derecho público, y menos aún se configura la nulidad absoluta del convenio deprecado por Teleupar por el presunto objeto ilícito de dicho convenio. Ahora bien, en lo tocante a la violación real o supuesta de reglamentaciones propias de las actividades simplemente administrativas no corresponde su examen de legalidad al tribunal y si se dieran incumplimientos disciplinarios su concreción y eventuales sanciones corresponderán a otras autoridades, pues no son materia disponible de este proceso arbitral.

En síntesis, debe insistirse en que el convenio unificadorio analizado no prevé gasto público alguno, ni compromete a Teleupar respecto a vigencias futuras que requieran apropiaciones, registros o certificaciones de disponibilidades presupuestales, o con algún otro tipo de autorizaciones de corte fiscal.

De otro lado, el argumento aducido por la convocante para invocar la nulidad del convenio por haberse perfeccionado este con las solas firmas de las dos entidades involucradas, no constituye violación del derecho público, en criterio de este tribunal, y las afirmaciones contrarias resultan por tanto descartables.

En efecto, dicha estipulación sobre el perfeccionamiento del convenio unificadorio dependió del libre ejercicio de la voluntad de los contratantes, y tampoco esto resulta exótico o inusitado en el derecho colombiano, pues por ejemplo, tenemos que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, precisa: “Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y

la contraprestación y este se eleve a escrito...”. Lo cual es igualmente valedero, y tal vez más ahí en donde campea la consensualidad, en el campo de la contratación regulada por el derecho privado, tal como ocurre en este asunto.

Menciona Teleupar

V, pág. 56 de la demanda.

(94) que en el actual artículo 71 del Decreto 111 de 1996 se exige “certificado de disponibilidad” presupuestal y el “registro presupuestal” para el perfeccionamiento de los contratos y que dicha norma es de carácter imperativo de derecho público presupuestal.

Examinada la norma, el tribunal considera que tampoco ha sido violada en la conducta atribuida a las partes o por la convocante Teleupar exclusivamente, al pactar el contrato unificatorio, en razón de lo dicho respecto del cumplimiento de los requisitos presupuestales para el pago del anticipo efectuado y de su no necesidad para el valor del ajuste; pero además por la razón muy sencilla de que el citado artículo 71 regula lo relativo a los “actos administrativos” que afecten a las apropiaciones presupuestales, los cuales deberán contar con el cumplimiento de tales exigencias. Olvida Teleupar que en el proceso al que se refiere el presente laudo se examina un asunto de carácter netamente contractual que no puede ser examinado a la luz de las disposiciones establecidas para regular actos administrativos, y por tal razón, simplemente, no se ha violado tal disposición, en concordancia con lo ya dicho precedentemente.

En lo referente a la violación de normas tarifarias en el contrato, predicadas por Teleupar en su demanda, se quiere desconocer por esta la verdadera causa y razón de ser del convenio y los términos mismos de sus estipulaciones, dejándose de apreciar, además un evento importante, cual es el de que en los rubros en que Angelcom recibía parte del ingreso producido por la red construida por ella, no estaban contemplados otros importantes renglones que quedaron de propiedad exclusiva de Teleupar tal como se ve claramente de los anexos técnico y financiero y está ampliamente corroborado por el dictamen pericial técnico, en consonancia con el clausulado convencional.

También dejó de precisarse que con el contrato unificatorio Teleupar, según se deriva del dictamen financiero, obtuvo u obtendrá satisfactorios rendimientos económicos, superiores a los de Angelcom, por la explotación de la red puesta por dicho contratista al servicio del convenio; aspecto que adelante se precisará cuando se decida sobre las pretensiones económicas de las partes, entre otras argumentaciones ínsitas en el diferendo contractual que ellas enfrentan.

Para descartar del todo el pretendido desconocimiento de las características propias del convenio unificatorio al impetrar su nulidad absoluta resulta importante manifestar, que según documentos aportados al proceso, originados en el mismo sector oficial, procedentes algunos del Departamento Administrativo de Planeación Nacional y del Conpes(

V, por ejemplo, documento Conpes 2760, Mincomunicaciones DNP-Uinf-Ditel, Bogotá D.C., enero 18/85- Versión aprobada. Anexo 4 dictamen pericial financiero, economista Luis Fernando Rodríguez Naranjo.

95), las empresas oficiales del servicio de telefonía fija fueron orientadas para abrir el “monopolio” estatal sobre las comunicaciones telefónicas, invitando a suministradores extranjeros y nacionales a invertir dineros, recursos y tecnología de punta, en los ensanches del servicio, puesto que la cobertura del

mismo a nivel nacional era muy baja, por una parte, y, por la otra, porque ya se veía venir la competencia de importantes empresas externas, dueñas de gran capacidad técnica y financiera, que dejarían fuera del mercado el sistema existente. Además teniendo presente que el Estado por sí mismo no estaba en capacidad económica para atender, con los recursos fiscales existentes o posibles, las inversiones de capital requeridas por los ensanches y ampliaciones de la telefonía; factores que fueron determinantes para dejar de lado el esquema vigente de monopolio estatal y acudir en busca de capitales y tecnologías puestos por el sector privado de la economía al servicio de la empresa pública prestadora. De procedencia extranjera en la mayoría de las veces, y nacional en algunos precisos casos.

Tampoco puede pasarse por alto el hecho cierto y demostrado de que los contratos o convenios que utilizó Teleupar, se basaron, casi en su totalidad, en los textos o minutas de los convenios preparados y utilizados por Telecom. Empresa que, para entonces, considerada como la rectora del sistema de telecomunicaciones en el país, dueña de importantes conocimientos y dominios técnicos, económicos y administrativos en el sector de telecomunicaciones o “know how”, y ente estatal, entonces, de gran significación nacional. Por lo cual puede afirmarse en estas materias, claramente, que a los contratistas o asociados privados se les formuló, reiteradamente, por el sector estatal la invitación a participar de la modernización del sistema de telecomunicaciones, ya que ellos se mostraban poco dispuestos a invertir sus recursos propios dentro de los llamados convenios de joint venture, y hubiesen preferido, simplemente, vender sus elementos, redes, equipos, conocimientos, tecnologías, otorgar sus créditos y/o financiaciones debidamente garantizadas, etc., y cobrarlos directamente, sin correr los riesgos inherentes de asociarse con el Estado, como lo indicaron claramente testimonios(

V, por ejemplo testimonio de Édgar González López, folios 343 y siguientes del cuaderno principal N° 4. Audiencia del 25 de enero de 2005.

96) de personas cercanamente conocedoras por su vinculación al entorno de la contratación estatal de esa época. Máxime involucrándose en la celebración de contratos de joint venture o de riesgo compartido, cuyos alcances, legislación y jurisprudencias expedidas en Colombia no eran y no lo son aún suficientemente conocidas pero a los que accedieron como contratistas asociados confiando, obviamente, en la seriedad y buena reputación comercial bien reconocidos de la práctica colombiana.

4.10. Restituciones mutuas.

El tribunal al denegar la declaratoria de nulidad que la parte convocante solicita acerca del convenio unificatorio para el cual invoca en su apoyo el artículo 1746 del Código Civil(

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita...”.

97), podría considerar que tomada dicha decisión quedan simplemente resueltos los pedimentos atinentes a lo que la parte actora denomina restituciones mutuas o recíprocas. No obstante, en orden al agotamiento de las cuestiones planteadas examinará el tema con mayor detalle.

En efecto, escribe la convocante que “de acuerdo con el contrato (...), los bienes muebles y la infraestructura que Angelcom aportó le pertenecen a ella, aunque estaba previsto que, a la terminación del contrato Teleupar sería la propietaria”. Señala que el efecto inmediato de la terminación del convenio consistiría en que Teleupar no podría usar más los bienes que la sociedad aportó, con la consecuencia de que esta podría retirarlos para disponer de ellos; aunque precisa que Teleupar ha sido mero “tenedor” de tales bienes y no “poseedor” de los mismos.

Señala que la devolución a Angelcom de bienes que Teleupar actualmente utiliza para prestar el servicio público de telefonía, sería contrario a la Constitución, y que para garantizarlo dichos bienes deben ser de propiedad de Teleupar, sin perjuicio de que esta pague su valor.

Indica además que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de agosto de 1993 estableció jurisprudencialmente que la restitución de cuerpos ciertos debe hacerse in corpore, excepto cuando dichos bienes, en virtud del contrato anulado estaban destinados a prestar un servicio público. Caso en el que prevalece el interés público sobre el interés particular y que la restitución debe entonces hacerse, “por valor equivalente”.

Predica Teleupar que “la restitución ordenada por la Corte fue por “valor actual” de los cuerpos ciertos, valorizado por la inflación(

V. Págs. 72 y 73 de la demanda.

98) e invoca que lo exceptuado por la Corte se funda en el precepto superior contemplado en el artículo 58 de la Constitución Política(

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social (...) El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad...”.

99).

En su argumentación Teleupar aduce que “las líneas” aportadas por Angelcom están estrechamente unidas a lo que podría llamarse “establecimientos de comercio” de Angelcom, de modo tal que integran un todo con ellos, para efectos de la prestación del servicio público.

Además, dicha convocante impetra en su apoyo el artículo 38 de la Ley 142 de 1994, pese, según lo afirma, a “... no ser directamente aplicable...”. Pero insiste en que “Ha tenido lugar la adjunción”(

V, págs. 76 y siguientes de la demanda.

100) y, suplementariamente a ello, que: “Ha tenido lugar la especificación”(

V, págs. 81 y siguientes de la demanda.

101).

Estas formas de accesión, alegadas por Teleupar, vienen tratadas en el Código Civil en los artículos 727 y siguientes.

Sin embargo, para el tribunal es improcedente la estimación de Teleupar sobre el efecto retroactivo de la presunta nulidad del convenio unificatorio en los términos incoados, así como su petición de que la restitución, que considera inviable en especie, haya de hacerse en dinero —a manera de precio—, como tampoco resulta pertinente el examen del efecto que genere la invalidez del

convenio, es decir si se causa ex nunc, pero no ex tunc. Tampoco es admisible para el tribunal la solicitud de Teleupar de devolver o de pagar a Angelcom un supuesto valor de uso de los bienes aportados por dicho convocado en el desenvolvimiento del contrato, los cuales podrían ser retenidos por la convocante por haber obrado respecto de ellos la adjunción o la especificación o por aplicación del principio de prevalencia del interés público sobre el interés privado, en cuanto se trata con dichos bienes de la prestación del servicio público de telefonía fija. No se trata de que haya algo que devolver pues los efectos de la nulidad de un contrato como el que nos ocupa no son ni pueden ser los de regreso al statu quo ante. Se trata de dar término al contrato de asociación comentado mediante su liquidación.

Siendo procedentes las consideraciones anteriores que asumirá el tribunal, tenemos que el convenio unificatorio, cuya validez prevalece, regla íntegramente la materia, tal como se observa fácilmente de la simple lectura de: literal I) de la cláusula cuarta —Obligaciones del contratista— el cual precisa: “A la terminación del convenio, (Angelcom tendrá que) transferir la propiedad de la infraestructura y de las redes y todos los derechos que posea, y entregar a Teleupar por la suma contemplada en el modelo económico las facilidades provistas, entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, las servidumbres y demás derechos obtenidos. La entrega de estos bienes se formalizará de acuerdo con las disposiciones legales vigentes”(V, pág. 114 del convenio unificatorio.

102). La estipulación trascrita —plenamente válida para el tribunal— deberá ser, entonces, apreciada en consonancia con la cláusula séptima, según la cual Teleupar tiene los siguientes derechos: (...) literal “i) A que vierta a su patrimonio la infraestructura, las redes y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por el contratista en las condiciones y plazos de este convenio”. Por demás, se debe tener en cuenta lo previsto por el artículo 8º del anexo financiero que indica, la “Entrega de infraestructura a la fecha de terminación.

Según lo estipulado en la cláusula cuarta literal I) del convenio acordada por las partes, Angelcom tiene la obligación de entregar a Teleupar, a la fecha de terminación del convenio, la infraestructura objeto de este convenio. La entrega de la infraestructura se formalizará por las partes mediante la utilización de un acta de recibo para la transferencia a Teleupar de la misma y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes...”.

Destaca el tribunal que el convenio unificatorio establece en su cláusula vigésima sexta las condiciones en las que la convocante adquirirá al término del convenio los bienes que la convocada hubiere aportado para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Como consecuencia de lo dicho, el tribunal desestima las peticiones de la convocante en referencia a las llamadas restituciones mutuas.

5. Examen sobre la ejecución del contrato.

Denegada, como en efecto ocurre, la nulidad del contrato y dadas las pretensiones, subsidiarias de Teleupar, y principales de Angelcom en su

demanda de reconvención, resulta menester analizar el marco convencional pactado, particularmente en punto de las obligaciones que surgen de él, de un lado, y, por el otro, examinar la realidad contractual presentada a la luz de lo probado y alegado durante este proceso como ejecución. Resultado de lo cual, se podrá inferir si se dieron o no los incumplimientos alegados.

5.1. Obligaciones de Teleupar.

Para abordar el tema de las obligaciones a cargo de Teleupar en el entorno del contrato, es necesario aclarar que estas se componen por aquellas expresamente señaladas, por las que surgen como carga correlativa a los derechos del contratista y por las que emanan de la naturaleza del contrato.

Así las cosas, el tribunal primero abordará las expresamente contenidas, que incluyen las cláusulas de obligaciones especiales de las partes y las contenidas en los anexos técnico y financiero (por expresa estipulación de las partes), luego las derivadas de los derechos del contratista y finalmente las emanadas de la naturaleza del contrato.

5.1.1. Obligaciones expresamente pactadas en el contrato a cargo de Teleupar.

El marco de obligaciones proviene de la cláusula primera del convenio unificadorio, que contiene el objeto en cuya virtud las partes desarrollan conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de telecomunicaciones que le permitiría a Teleupar dar una mayor cobertura al prestar el servicio que le es propio en sus áreas de influencia.

Este objeto, de por sí comporta una conducta positiva por parte de Teleupar en el sentido de desplegar toda su tecnología y esfuerzos en el mejor desarrollo del contrato.

Adicionalmente, Teleupar asumió una serie de obligaciones especiales, igualmente pactadas expresamente en la cláusula sexta del contrato unificadorio, que recogen las expresadas en los convenios 1 y 2. Esta cláusula reza:

Cláusula sexta. Obligaciones de Teleupar. Teleupar tiene las siguientes obligaciones: a) Poner en funcionamiento la infraestructura que el CONTRATISTA ponga a disposición para la prestación de los servicios de telefonía básica a los usuarios de Valledupar, operar, explotar y mantener las redes que el CONTRATISTA construya para la prestación de los servicios a los usuarios, teniendo en cuenta las instrucciones que suministre el CONTRATISTA.

b) Suscribir los contratos de servicio con los usuarios y ser titular del servicio así como velar por su continuidad, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 2123 de 1992.

c) Administrar los servicios, señalar o acatar las tarifas de acuerdo con las disposiciones aplicables, facturar, cobrar y mantener separados los registros contables relacionados con el convenio.

d) Disponer la entrega de los dineros que correspondan a el CONTRATISTA de los ingresos netos, o sea aquellos después de impuestos, retenciones de ley y deducciones autorizadas dentro de los cinco (5) días siguientes a la conciliación de cuentas respectivas. El pago de la participación será efectuado siguiendo los procedimientos previstos por la empresa para la facturación y cobro.

e) Suministrar los servicios de telecomunicaciones a todo usuario que lo solicite una vez concluida la puesta en funcionamiento de las redes.

f) Suministrar el personal técnico y administrativo para llevar a cabo la operación, explotación, mantenimiento y administración, si es el caso de las redes instaladas por el CONTRATISTA, y detrás que correspondan a Teleupar según este convenio.

g) Coordinar el diseño de ingeniería local, su implementación y prueba.

h) Asegurar por su cuenta, su equipo, personal y bienes contra todos los riesgos posibles y mantener un seguro de lesiones personales para sus propios empleados durante el término de este convenio de conformidad con sus políticas internas. Teleupar no será responsable por lesiones personales sufridas por los empleados del CONTRATISTA, excepto por situaciones que resulten del dolo o culpa grave de Teleupar o sus empleados.

i) Teleupar hará uso de sus mejores esfuerzos para colocar su capacidad y experiencia que tienda a optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio.

j) Prestar los servicios de telecomunicaciones a los usuarios en el área de servicio.

k) Cobrar la tarifa correspondiente y demás cargos a los usuarios por los servicios.

De la lectura de las obligaciones contenidas en la cláusula sexta del convenio, se encuentra ínsito un deber de colaboración que excedía el simple cobro y pago. Esta colaboración implica un compromiso de transparencia por virtud de la confianza depositada en ella como representante en el manejo de la información soporte para efecto de pagos.

Desde el literal a) se evidencia un estrecho vínculo de cooperación ente ambos contratantes. En este literal se compromete la entidad estatal a poner a disposición de Angelcom la infraestructura, tanto física como administrativa, financiera y tecnológica, con el fin de facilitar y agilizar la realización del objeto del contrato.

Desde el punto de vista de la operación, se pueden identificar dos tipos de obligaciones: las que tienen relación con la prestación del servicio a los usuarios y las obligaciones de funcionamiento interno del convenio, en especial con los aspectos contables y financieros.

En relación con la prestación del servicio y las relaciones con el usuario, Teleupar estaba obligada a ampliar la cobertura mediante la conexión de abonados y la operación del servicio, manteniendo las redes y velando por la continuidad en la prestación. Para esto, suministraba el personal técnico necesario y se obligaba a prestar los servicios de telecomunicaciones al usuario que lo requiriera, al tiempo que aseguraba la continuidad suscribiendo pólizas que garantizaran el desarrollo del contrato.

Hacia el interior del convenio, es decir frente a Angelcom, las obligaciones de Teleupar se desprendían necesariamente de su labor frente a los usuarios, toda vez que hacía las veces de representante del contrato frente a los suscriptores. La obligación de facturar y cobrar la prestación del servicio, no puede entenderse por fuera del contexto del contrato celebrado con Angelcom, pues si bien es obligación de Teleupar brindar el servicio de telefonía dentro de su área de influencia, la facturación se causaba por virtud de la labor de Angelcom, quien tenía bajo su responsabilidad no solo la construcción de las redes, sino la comercialización de las mismas. Esto último, por lo menos, en cuanto al objeto del contrato celebrado con Angelcom, es decir, respecto de los 20.000 pares de red externa y 15.000 líneas telefónicas comercializadas.

Así, sobre el aspecto contable, por ejemplo, es indispensable anotar la obligación contenida en el literal c) de la cláusula sexta del contrato, a cargo de Teleupar, de manejar cuentas separadas, en las que llevase el movimiento económico-financiero originado en la labor comercial de Angelcom y la operación del negocio por parte de Teleupar. Esta obligación se complementaba con la de girar oportunamente los dineros recibidos, como se desprende del numeral d) ibid. Su cumplimiento necesariamente debe estar presidido por la buena fe y la transparencia.

En sentido amplio, la obligación del literal c) comprendía dos conductas por parte de Teleupar: la primera, establecer una operación administrativa financiera especial para el manejo de los recursos provenientes del convenio; la segunda, mantener un especial cuidado con el manejo de dichos recursos, pues se encuentran afectados especialmente al cumplimiento del contrato, sin perjuicio de la utilidad que el hecho de tenerlos bajo su guarda generaba, v.gr. percibir los rendimientos financieros.

Esta situación pone de manifiesto uno de los elementos del contrato pactado, cual es la naturaleza semejante a una fiduciaria del mismo. Por supuesto que no era menester conformar un patrimonio autónomo para el desarrollo del contrato; empero las pautas de conducta en cuanto al manejo y protección de los recursos, el deber de lealtad en su administración y la responsabilidad correlativa, así como el derecho de exigir una detallada rendición de cuentas, emanan con claridad del contrato suscrito.

En desarrollo de este principio, la sección 7.5 del anexo financiero del convenio unificador, consagra las condiciones de los recaudos directos por Teleupar. Este aparte señala:

Los ingresos netos que Teleupar cobre directamente y que correspondan a la participación de Angelcom según este anexo financiero, serán depositados por Teleupar en las entidades recaudadoras. El depósito de la participación de Angelcom sobre estos ingresos netos será efectuado dentro de los treinta (30) días después de la fecha de pago por parte de dicho usuario, sin realizar retenciones o deducciones que el comité de coordinación no haya autorizado previamente.

No obstante la claridad contenida en el contrato, en el sentido de establecer términos perentorios para realizar los depósitos, a lo largo del proceso se ha probado que Teleupar no reportó la totalidad de las líneas comercializadas y de los cobros realizados.

En efecto, el dictamen técnico elaborado por el ingeniero Helí Martín Rodríguez Tolosa, al responder la pregunta 1 del cuestionario de la firma Angelcom manifiesta:

“...Ahora, de acuerdo con el procedimiento seguido en el SAT, descrito en las páginas 16 a 18 del presente dictamen pericial, se encontró, en el período de ejecución del convenio las siguientes situaciones:

| Ítem | Descripción | Cantidad |
|------|--|----------|
| A | Líneas instaladas con código 2 (Angelcom) | 1.508 |
| B | Líneas instaladas en distritos con infraestructura totalmente construida por Angelcom | 917 |
| C | Líneas instaladas en distritos intervenidos o ampliados por Angelcom con las series 580, 582 y 583 | 1.472 |

DLíneas de transferencias técnicas de todas las series en distritos con infraestructura totalmente construida por Angelcom586
Total líneas4.483

A) Estas líneas en el SAT se encuentran con código 2, correspondiente al socio Angelcom, por lo tanto pertenecen al convenio, pero no figuran entre las 11.383 líneas reconocidas por Teleupar. La relación de estas líneas aparece en el anexo 6 "LÍNEAS CON CÓDIGO 2 EN EL SAT".

B) Estas líneas pertenecen al convenio debido a que fueron instaladas en distritos cuya infraestructura es totalmente nueva construida por Angelcom, pero aparecen en el SAT con código 1 asignado a Teleupar. Estas líneas no fueron reconocidas por Teleupar dentro de las 11.383 líneas y su relación aparece en el anexo 7 "LÍNEAS EN INFRAESTRUCTURA NUEVA".

C) Estas líneas pertenecen al convenio debido a que fueron instaladas en distritos intervenidos o ampliados por Angelcom, con series de numeración 580, 582 y 583 de centrales adquiridas por Teleupar para el convenio, pero aparecen en el SAT con código 1 asignado a Teleupar. Estas líneas no fueron reconocidas por Teleupar dentro de las 11.383 líneas y su relación aparece en el anexo 8 "LÍNEAS INSTALADAS SERIES 580, 582 Y 583".

D) Estas líneas pertenecen al convenio debido a que fueron instaladas en distritos totalmente nuevos contruidos por Angelcom, las cuales se consideran como líneas de transferencia técnica. Estas líneas ocupan la infraestructura del convenio pero no fueron reconocidas por Teleupar dentro de las 11.383 líneas y su relación aparece en el anexo 9 "LÍNEAS DE TRANSFERENCIA TÉCNICA" (negritas fuera del texto).

Para el tribunal no existe duda alguna acerca del incumplimiento de la obligación a cargo de Teleupar de entregar a su contratista los dineros a que tenía derecho, según la participación pactada, por cuenta de las líneas comercializadas. Durante el proceso, a más de la obligación clara y expresa que el convenio unificatorio y el anexo financiero estipulan, se acreditó, como se ha dicho, que Teleupar actuó de manera, por decir lo menos, negligente y arbitraria, esto es con culpa. No otra posibilidad se evidencia si se considera que el manejo de la información de donde emanaban las líneas comercializadas y sus pagos estaba a su cargo, lo que implicaba unos deberes y conductas sumamente claros. El manejo financiero del contrato en últimas estaba supeditado a la confianza, buen suceso y lealtad que se depositaba en la entidad estatal. Ella y solo ella manejaba y disponía de la información, controlaba los pagos y disponía de lo necesario para el traslado y entrega de los recursos a que tenía derecho Angelcom.

El éxito final del contrato, en su perspectiva financiera, estaba centrado en un alto porcentaje por el manejo que se diera a los recursos recibidos y a su disfrute. Y fue precisamente en relación con este punto el que Teleupar no se acomodó a los dictámenes que su carácter de entidad estatal, de contratista serio y de manejador de confianza le imponía.

Lo dicho implica que para el tribunal es claro:

- La existencia de la obligación que finalmente se traducía en el traslado de recursos a Angelcom por cuenta de las líneas comercializadas y de las participaciones en los ingresos que generaban;
- Los momentos en que esa obligación debería ser cumplida, esto es, a más tardar 30 días después del pago del usuario por cada una de las líneas;

- El “pago” automático, dada la modalidad de doble cupón que se convino, lo que implicaba la no necesidad de una factura o cuenta de cobro por parte del acreedor, en este caso Angelcom;
- Durante la vigencia del contrato, un número bastante elevado de líneas comercializadas, al menos 4.224, no fueron reconocidas por Teleupar;
- La comercialización de esas líneas daba derecho a Angelcom a recibir los ingresos que generaron después de 30 días del pago por parte del correspondiente usuario;
- Hasta la fecha de este laudo, Teleupar no ha entregado ingresos provenientes de esas líneas, no obstante haber recibido desde varios años atrás los ingresos que por concepto de tarifas pagaron y han seguido pagando los usuarios del servicio;
- O sea que ha disfrutado no solo de los ingresos que le eran propios sino también de los que correspondían a Angelcom y también, claro está, de los rendimientos y “utilidades” que esos ingresos han producido desde que se recibieron y hasta la fecha.

Así las cosas, el único punto que resta por dirimir es el atinente al número real de líneas que caen en las hipótesis indicadas. Aunque ello se reduce a 259 líneas, lo que permite afirmar que en el resto, es decir en 4224, no existe duda alguna por cuanto los dos dictámenes practicados coinciden en reconocer que pertenecían al convenio, lo que el tribunal avala.

Del análisis de lo probado en el proceso, observa el tribunal que el primer dictamen tomó las líneas en cuestión como pertenecientes al convenio y, por tanto, generadoras de ingresos para Angelcom, por haber sido instaladas en el distrito 3037 durante el tiempo de vigencia del convenio. Para ello tuvo en cuenta la información de la fecha de instalación existente en el SAT (base de datos correspondiente al sistema administrativo de telecomunicaciones).

Por su parte, el segundo dictamen practicado para pronunciarse sobre la objeción por error grave, consideró que las 259 líneas que solamente estarían en duda, estaban instaladas en infraestructura construida por Teleupar para el distrito 3050, atendiendo así lo manifestado por el apoderado de Teleupar al formular la objeción pero sin tener en cuenta la fecha de entrada en servicio de ese distrito 3050.

Para el tribunal esto es relevante habida cuenta que las 259 líneas en cuestión están instaladas actualmente en la infraestructura del distrito 3050 por haber sido trasladadas a él por Teleupar del distrito 3037.

Precisamente lo probado en el proceso, vale decir que esas líneas pertenecían al distrito 3037 y que fueron instaladas durante el tiempo de ejecución del convenio unificatorio; y que fueron después trasladadas por Teleupar al distrito 3050 sin conocer la fecha de ello, avala la postura del primer perito que será, entonces, la que tendrá en cuenta el tribunal por la solidez que encierra. Es que además correspondía a Teleupar suministrar la prueba de que la puesta en funcionamiento del distrito 3050 fue posterior a la vigencia del contrato. Ello nunca se dio. Incluso el segundo dictamen ni siquiera explica las razones por las que da como válido que esas líneas eran del distrito 3050 y que fue puesto en funcionamiento después del convenio. Se limita a tomar por cierto lo dicho por Teleupar.

Contra ello, está la prueba recaudada directamente del SAT por parte del primer perito acerca de que esas líneas eran del distrito 3037 y que se

trasladaron después al 3050. Sea de paso manifestar que el SAT era administrado y manejado por la entidad estatal convocante.

Ahora bien, en relación con este cardinal aspecto de la controversia, la convocante en sus alegatos de conclusión pretende desvirtuar los dictámenes con la transcripción de uno de sus apartes y con su posterior interpretación y manejo bajo la forma de una situación meramente aritmética, que en principio e incluso para cualquier lego en este contrato parecería obvia y por esa vía suficiente para desmoronar los experticios.

En virtud del aparte transcrito, el señor perito técnico en la comprobación in situ que hizo en el SAT en el mes de enero de 2005, a propósito de las aclaraciones y complementaciones decretadas, logró verificar que “se encontraron a la fecha 7.976 pares libres de los 20.400 pares primarios construidos por Angelcom...”. De ello concluye Teleupar en sus alegaciones que “mal puede haber vendido Teleupar más de 15.000 líneas del convenio, cuando existen hoy, casi 8.000 pares disponibles, del total de 20.400”, y agrega que “sería un escándalo condenar a Teleupar a pagar ingresos inexistentes sobre unas líneas supuestamente vendidas, cuando en el proceso quedó demostrado que esas líneas permanecen sin vender”.

El tribunal encuentra que no le asiste ninguna razón a Teleupar en su dicho. Más bien ello refleja un preocupante desconocimiento del negocio pactado, lo que seguramente es la génesis de alguna parte del conflicto que nos convoca. No se encuentra razón para que el convocante sustente que las 15.000 líneas a que estaba obligado Angelcom a comercializar debían corresponder exclusivamente a los 20.000 pares primarios a construir, que finalmente fueron 20.400. Por supuesto que si eso hubiera sido lo pactado y además lo corriente, tendría razón el cuestionamiento habida cuenta que no podría hablarse de cerca de 15.800 líneas en realidad vendidas si de las 20.400 cerca de 8.000 estaban libres.

No se trata ahora de adentrarse en lo que debió haber sido o no lo negociado, es decir, del deber ser en el campo del ejercicio autónomo y libre de las partes. Deben estas y, claro está, el juez centrarse en lo pactado. Y ello indica con toda claridad, y por eso lo incomprensible de la argumentación de Teleupar, que:

- Angelcom se obligó a construir 20.000 pares primarios de red externa;
- Angelcom recibió la autorización para utilizar la infraestructura existente, es decir la que había sido construida al amparo de contratos y convenios diferentes o directamente por la propia entidad oficial. Esta posibilidad emana con claridad del párrafo segundo de la cláusula tercera del convenio unificadorio y del anexo técnico (págs. 3, 6 y 7). De igual manera, el perito técnico designado para pronunciarse sobre el error grave incoado así lo manifiesta en la siguiente transcripción: “Es norma técnica que en todos los proyectos de construcción y/o ampliación de redes externas de operadores que se encuentran prestando el servicio de telefonía pública básica conmutada local (TPBCL), se utilice la infraestructura existente de canalización, postería, cajas terminales, acometidas, u otras. Tal y como se autoriza, en el párrafo segundo de la cláusula tercera y en las páginas 3, 6 y 7 del anexo técnico del ACUERDO MODIFICATORIO (SIC) CELEBRADO ENTRE TELEUPAR Y ANGELCOM S.A. PARA INTEGRAR LOS JOINT VENTURE 1 Y 2 EN UNO SOLO. Sin que esto signifique que no se trata de una red nueva”.

- En virtud de ello, Angelcom podía intervenir distritos no construidos por él, ampliando o modificando la red externa en orden a comercializar líneas;
- La obligación de comercializar 15.000 líneas no estaba vinculada exclusivamente con los 20.000 pares que el convenio cobijaba si no que ese número a vender resultaba posible de un número mayor de pares a aquel, pues a los citados 20.400 se adicionaban los pares que ya estaban construidos y que en realidad alcanzaban algunos miles más.

Por lo tanto, la recta interpretación es que los 7.976 pares libres que encontró el perito técnico sí corresponden a los 20.400 pares construidos por Angelcom; empero, ello no afecta la cifra de comercializados que se verificó (15.863) pues alguna de estas líneas correspondían a infraestructura diferente a la construida por Angelcom y que el convenio expresamente admitió intervenir.

Esto mismo se puede concluir de lo dicho por el propio perito a renglón seguido de la cita en cuestión y lo que no es mencionado por el apoderado del actor siendo que una lectura simple de ese aparte aclaraba la eventual inquietud. En efecto, a folio 16 del escrito de aclaraciones se lee:

“De acuerdo con la revisión ocular de los distribuidores principales y comprobación en el SAT realizada entre el 10 y el 15 de enero de 2005, se encontraron a la fecha 7.976 pares libres de los 20.400 pares primarios construidos por Angelcom. La relación de los pares libres y ocupados de los listones se encuentra en el anexo N° 3 “OCUPACIÓN DE PARES PRIMARIOS”.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1. En los distritos 1104, 1301, 1302, 1503, 1601 y 1602 de la Central Simón Bolívar, Angelcom intervino la red secundaria y no la red primaria, por lo que, las líneas instaladas en estos distritos no ocupan ninguno de los 20.400 pares primarios construidos por Angelcom.
2. Esta misma situación ocurrió en los distritos 2001 y 2006 de la Central Ciudad Jardín así como en el distrito 3034 de la Central San Martín.
3. En los distritos 1109 y 1502 de la Central Simón Bolívar, la asignación de vías o puntos de conexión en los armarios se realizó en forma automática por el SAT, circunstancia que generó la ocupación de pares primarios diferentes a los 20.400 construidos por Angelcom.
4. Esta misma situación ocurrió en los distritos 3031, 3032, 3033, 3035, 3036, 3037, 3038 y 3039, de la Central San Martín.

Lo anterior obedece a que Angelcom podía utilizar la infraestructura existente de la red externa de la ciudad de Valledupar, en consecuencia, las líneas del convenio no necesariamente debían ocupar pares de los 20.400 primarios construidos por Angelcom. Por lo anterior, me permito aclarar que los 12.424 pares ocupados ($20.400 - 7.976 = 12.424$), de los pares primarios construidos por Angelcom, no fueron los únicos pares primarios ocupados en la instalación de líneas pertenecientes al convenio”.

Observa el tribunal cómo y lo que se repite en muchas ocasiones, el convocante de manera bastante agresiva descalifica los dictámenes por no haber coincidido con sus puntos de vista. Pero olvida que no fue uno sino dos dictámenes técnicos y dos financieros los que coincidieron entre sí y dejaron sin apoyo lo que pretendía probar el actor. Frente a ello encuentra el tribunal, por un lado, hechos verificados y respaldados por expertos en la materia, apoyados con otras pruebas que en la misma dirección apuntan, y, por el otro, afirmaciones, cuestionamientos y argumentaciones de Teleupar que no se

soportan en nada diferente a su dicho y a lo que entiende de ciertas cosas, muchas veces errado, tal como sucede precisamente en este punto. A ello debe unirse los planteamientos realizados por la señora agente del Ministerio Público, para quien los dictámenes son serios, completos, claros, idóneos, realizados por personas expertas y con suficiente experiencia en sus respectivas materias.

Entonces, se tiene que dado el acervo probatorio y el mismo entendimiento que tiene el tribunal de los convenios suscritos, no hay duda alguna que Angelcom comercializó 15.863 líneas; que construyó 20.400 pares primarios de red externa; que intervino otra infraestructura; que a enero de 2005 estaban libres 7.976 pares de los 20.400 enunciados; que Teleupar recibió íntegramente las tarifas que pagaron los usuarios de esa líneas y que a la fecha de este laudo, la entidad estatal no ha reconocido dineros, tal como estaba obligado, todo lo cual respalda el claro e inequívoco incumplimiento de Teleupar, tal como lo declarará el tribunal.

Por otra parte, también se encuentran las obligaciones referentes al entrenamiento del personal, que si bien está a cargo de Angelcom, supone la diligencia de Teleupar designando el personal pertinente para recibir la formación.

Finalmente, está la obligación de ambas partes de conformar un comité de coordinación, que resolviera las vicisitudes que se presentaran a lo largo del contrato, al tenor de la cláusula décima. Es decir, Teleupar se obligaba a disponer de profesionales capaces de solucionar o determinar vías de solución a los problemas técnicos, administrativos o financieros que se presentaran en el desarrollo del proyecto.

En conclusión, las obligaciones expresamente pactadas a cargo de Teleupar reflejaban el espíritu de colaboración entre las entidades quienes recíprocamente se vinculan para desarrollar un objeto que brindará utilidad común, poniendo Teleupar toda su capacidad técnica y administrativa para lograr el mayor beneficio conjunto.

5.1.2. Derechos correlativos de Angelcom.

Los derechos especiales consagrados a favor de Angelcom, que suponen unas obligaciones correlativas a cargo de Teleupar, son especialmente aquellos consagrados en la cláusula quinta del convenio unificadorio, la cual prescribe:

Cláusula quinta. Derechos del CONTRATISTA: el CONTRATISTA tiene los siguientes derechos:

- a) De propiedad de la infraestructura que aporta y que se utilicen para el desarrollo de este convenio.
- b) Tener acceso a los lugares en donde están instalados los equipos de conmutación, transmisión, distribuidores, para efectuar los trabajos inherentes al objeto del convenio, previo cumplimiento de las normas de seguridad que tenga Teleupar, si llega a requerirse para el cumplimiento del objeto de este convenio.
- c) Tener acceso total y completo a los registros contables y demás información relacionada con el convenio. El CONTRATISTA tendrá derecho a auditar estos registros y los libros contables y registros de los cuales se ha sacado información.

Para la realización de auditorías o revisiones, el CONTRATISTA podrá actuar por sí o por intermedio de una tercera entidad, contratada al efecto. En este último caso Teleupar será notificada con anticipación para su aprobación del

tercer designado, el cual será a costa de los recursos propios del CONTRATISTA y bajo su exclusiva responsabilidad por ser información confidencial.

d) Recibir los ingresos a que tiene derecho EL CONTRATISTA por la inversión y gastos autorizados que efectuó en desarrollo de las previsiones de este convenio. La participación correspondiente al CONTRATISTA de los ingresos netos que se obtengan, será depositada por Teleupar en el banco o bancos que las partes escojan, de acuerdo a la proporción establecida, dentro de los 30 días de su percepción por Teleupar, teniendo en consideración las disposiciones sobre facturación y recaudo existentes, en una cuenta separada que será abierta a nombre del contratista. En caso de mora en el pago de servicios por parte de un usuario, Teleupar procederá a dar cumplimiento al reglamento gubernamental vigente sobre servicios públicos aplicable a Teleupar.

e) Reclamar su parte proporcional de los intereses por mora pagados por los usuarios a Teleupar. Dichos intereses serán distribuidos de acuerdo a la proporción que le corresponda.

Los derechos prescritos por esta cláusula encierran dos aspectos del contrato, que ya están enunciados a lo largo de este laudo. Por una parte, el derecho a exigir la total colaboración administrativa, técnica y financiera por parte de Teleupar para la construcción de las redes, la puesta en marcha del servicio a los usuarios y, por otra, el derecho a percibir de manera oportuna y real los ingresos, según su participación, de las líneas comercializadas. Adicional a estos aspectos, figura el derecho de propiedad sobre la infraestructura aportada.

Sobre los aspectos técnicos, administrativos y financieros del convenio, se encuentra que consisten básicamente en hacer efectivo el deber de colaboración que consignan las obligaciones de Teleupar. Así, el literal b) le otorga a Angelcom la posibilidad de acceder a los lugares donde estén instalados los equipos y los trabajos necesarios e inherentes al convenio, consistiendo en un derecho lógico si se tiene en cuenta el objeto del contrato.

En adelante, los literales c), d) y e) consagran el derecho de Angelcom a obtener el beneficio real económico del contrato. En desarrollo de esta finalidad, se consagran el derecho a auditar los libros contables, persiguiendo con esto la certeza sobre el beneficio percibido. La razón de ser de dichos literales, no es otra que la posibilidad de verificar contablemente el desarrollo del contrato y establecer con claridad la utilidad o pérdida en que se ha incurrido. De la misma manera, hay que recordar que al tenor del artículo 68 del Código de Comercio “los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente(

Código de Comercio, artículo 68. El artículo 48 y siguientes del código establece que los libros contables hacen parte de los libros de comercio.

103)...” por lo que no debe sorprendernos la existencia de este derecho, consagrado en el literal c), tratándose de un negocio en que una parte factura y administra los recursos que le deben ser entregados a la otra.

Sobre esta particular posibilidad, el tribunal sí destaca la manera por demás simple y si acaso descuidada como Angelcom la ejerció. Aunque dadas las probanzas recogidas, bien podría aludir a omisión.

Si Angelcom tenía el control y conocimiento de la red primaria que construyó más la otra infraestructura que pudo usar para ampliar o modificar la red externa, en orden a comercializar líneas, por lo mismo el control de la red externa y la posibilidad de “auditar” los resultados financieros de la operación que Teleupar iba consignando en su contabilidad, no se entiende porqué no fue más disciplinado y más acucioso, si en últimas de ello dependía en gran parte su suerte financiera en el negocio.

Ahora bien, no hay duda que Teleupar incumplió su obligación y que no hizo gala de la confianza que implicaba el poder sobre el manejo financiero del proyecto; pero también no la hay de la pasividad de Angelcom, dados los instrumentos que el contrato contemplaba.

Frente a ese panorama, debe preguntarse el tribunal si la conducta débil y omisiva del acreedor tiene la potencialidad de enervar o exculpar el incumplimiento del deudor. La respuesta a ello es, por supuesto, negativa teniendo en cuenta que son el caso fortuito y la fuerza mayor los eximentes de responsabilidad que en el campo de las obligaciones contempla nuestro ordenamiento. En veces la conducta de la víctima o acreedor es la real causante del incumplimiento, lo que podría configurar el imprevisto irresistible que configura a aquellas figuras eximentes. Empero, no es esto lo que aquí sucede. No es Angelcom el culpable del incumplimiento de la obligación que se comenta. Sus errores de conducta no incidieron en el comportamiento de Teleupar. Por lo mismo, no puede con base en esa conducta negarse o “extinguirse” el incumplimiento probado por parte de Teleupar.

Es en últimas lo mismo que sucede en frente de los incumplimientos de Angelcom que más adelante detalla el tribunal y en donde Teleupar también actuó de manera permisiva y displicente.

5.1.3. Obligaciones de la naturaleza del contrato a cargo de Teleupar.

Tratándose de un contrato atípico e innominado, la prescripción del artículo 1603 del Código Civil, tiene una importancia particular, pues el principio de buena fe en los contratos adquiere una especial relevancia. Hay pues que determinar cuáles son los elementos de la naturaleza del contrato, para determinar las obligaciones que se entienden que le pertenecen sin estar expresamente pactadas, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil.

En primera instancia, el tribunal debe advertir que se trata de contratos enmarcados dentro de un espíritu de colaboración y confianza, que toma elementos, como bien lo ha señalado Teleupar del contrato de sociedad, en la medida en que dos empresarios disponen de un capital para la realización de una labor conjunta que representa beneficios comunes. Tal como lo mencionó el tribunal al tratar la naturaleza jurídica del contrato de joint venture, a este contrato le son predicables algunas cosas del contrato de sociedad, al tiempo que también algunas de los negocios fiduciarios.

Esta reflexión es de suma importancia, pues la labor de Teleupar, en cuanto a los aspectos administrativos se podría asemejar a la del administrador de una sociedad, al tiempo que implicaría las responsabilidades del manejo fiduciario respecto de los dineros percibidos de los usuarios y que deben entregársele a Angelcom.

Esta responsabilidad se puede decir que se presenta análoga a la conocida como el deber fiduciario del administrador(

Reyes Villamizar. Op. Cit., pág. 446.

104) pues se ha entendido que entre los administradores y las sociedades existe una relación basada en la confianza y juicio del administrador, al punto que ninguna de las partes puede aprovecharse de su posición contractual en forma egoísta, o poner en peligro los recursos puestos bajo su responsabilidad, de manera que siempre debe actuar de manera cautelosa y enmarcada en la mejor buena fe. En consonancia con esto, la Ley 222 de 1995, establece que las actuaciones de los administradores deben ser cumplidas con la particular diligencia de un buen hombre de negocios. El artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, prescribe incluso la responsabilidad solidaria (en caso de dolo o culpa) de los administradores y la presunción de culpa del administrador en caso de incumplimiento o extralimitación de sus funciones.

Así, el deber de lealtad resulta en actuaciones siempre desplegadas en el mejor interés de la sociedad, traducido al contrato que nos ocupa, desarrolladas en el mejor interés de las partes y, siendo Teleupar el administrador de los recursos, en el mejor interés de Angelcom.

Para el caso concreto, el deber de lealtad tiene que ver con la responsabilidad en el manejo y disposición de los recursos percibidos de los usuarios. La obligación de Teleupar no podía entenderse limitada a efectuar las consignaciones, sino a relacionar debidamente el origen de las mismas, lo que estaba por demás implícito en la obligación de llevar registros separados. Igualmente debía abstenerse de realizar operaciones que pusieran en riesgo los dineros, buscar siempre los mecanismos más seguros y eficientes para realizar las consignaciones y proteger, sobre todo, la continuidad del servicio y el desarrollo del proyecto, que estaban directamente relacionadas con la oportunidad de los pagos.

Esta situación asemeja la responsabilidad de Teleupar a la del fiduciario, quien debe responder hasta por la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, al tenor del artículo 1243 del Código de Comercio, la cual se le aplica a todos los negocios jurídicos de confianza o cooperación, pues la instrumentación jurídica propia de los contratos, no tiene finalidad alguna distinta que la de tornar más seguro el vínculo que han contraído los particulares, los cuales se autorregulan por el contrato, materializando la conciencia de haber contraído un compromiso que los obliga en los más elevados estándares morales de la vida social. En conclusión, la esfera de la responsabilidad de Teleupar involucraba la disposición de sus mejores esfuerzos en la realización del convenio, y respecto de los recursos facturados, recaudados y administrados, el mayor grado de diligencia, honestidad y transparencia, implicando el más delicado deber de cuidado y pundonor en el desarrollo de sus actuaciones.

Este grado de compromiso desarrolla lo mandado por el artículo 1604 del Código Civil, que prescribe la responsabilidad hasta la culpa leve(

La culpa leve está definida por el artículo 63 del Código Civil, el cual prescribe que la culpa leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

105) del deudor en los contratos que se hacen para beneficio recíproco, como es este caso.

Sobre la responsabilidad del deudor, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia de junio 7 de 1952, ha dicho:

Las obligaciones se contraen para cumplirse. Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en los modos y tiempos debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (C.C., art. 1604) pero como la culpa proviene con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604) resulta que el deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia o cuidado debido, para hacer posible la ejecución de su obligación. Esta consiste en realizar el resultado convenido mientras no se haga imposible y en poner diligentemente los medios para que la imposibilidad no se presente. Si el resultado era realizable y no se realizó, o si con cierta diligencia pudo evitarse que se hiciera imposible, el deudor es responsable(

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, junio 7, 1951(sic), LXIX, 689. 106).

Lo dicho por la Corte es aplicable a todas las partes del contrato y en el caso de Teleupar merece un análisis detallado en cuanto a la obligación de girar los pagos a Angelcom y las obligaciones de cuidado y protección de los recursos recaudados que se desprenden de su calidad de administrador de dichos recursos.

5.2. Obligaciones a cargo de Angelcom.

5.2.1. Obligaciones expresamente pactadas a cargo de Angelcom.

Al igual que Teleupar, la obligación primordial de Angelcom en el contrato CARC-16/12/98 era el desarrollo conjunto y a riesgo compartido del proyecto de telecomunicaciones que comprendía la construcción de una red que al principio incluía 12.000 pares y posteriormente, en el acuerdo unificatorio, un total de 20.000 pares en la red externa. Esto, implicaba un compromiso de total cooperación con Teleupar, un deber de lealtad recíproca y la mayor diligencia, como reiteradamente se ha dicho.

En el caso de Angelcom, las obligaciones especiales a su cargo son las contenidas en la cláusula cuarta del convenio, la cual prescribe:

Cláusula cuarta. Obligaciones del CONTRATISTA: El CONTRATISTA se obliga a lo siguiente: a) Diseñar, construir y entregar las redes externas de que trata este convenio incluyendo los materiales necesarios para el correcto mantenimiento de las mismas, todo de conformidad con lo establecido en el anexo técnico. La infraestructura aportada para la prestación del servicio será nueva, de última tecnología, de primera calidad y compatibles con la red existente.

b) Entrenar y transferir los conocimientos necesarios al personal de Teleupar que permita la operación, explotación y mantenimiento de las redes a la terminación del convenio.

c) Poner a disposición de Teleupar la infraestructura requerida para la construcción de las redes, la misma que fue detallada en la oferta de

asociación, y en los anexos del convenio, en los cuales se hallan implícitos todos los necesarios para el cumplimiento del objeto del presente convenio.

d) Llevar a cabo por su cuenta y costo la publicidad y mercadeo para conseguir usuarios que suscriban contratos de servicios con Teleupar de acuerdo con el plan e intensidad acordado entre las partes y fijado por el comité de coordinación.

e) Reparar o reemplazar los tramos de redes que presenten defectos por mala calidad del material o mala utilización de la mano de obra sin costo adicional para Teleupar o para el convenio. En caso de defectos el reemplazo se hará en un plazo máximo de 30 días.

f) Mantener a disposición de Teleupar una adecuada provisión de materiales, de conformidad con la cláusula de “REPARACIÓN y/o REEMPLAZO DE TRAMOS DE RED”, a fin de garantizar el servicio al usuario por el tiempo de vida útil de las mismas. Durante la vigencia del convenio, serán de cargo al contratista la provisión de materiales requeridos de conformidad con la cláusula de “Reparación y/o reemplazo de tramos de red” a fin de garantizar el servicio al usuario por el tiempo de vida útil de las mismas. La parte que haya sido cambiada será devuelta al EL CONTRATISTA y este repondrá las piezas respectivas. Al finalizar el convenio Teleupar dispondrá de un stock original de materiales. Igualmente, a partir de dicho evento, el suministro a Teleupar se hará a título de venta, de acuerdo con la lista de precios vigente a la fecha de compra.

g) Responder a su cuenta y costo por cualquier reclamo motivado por las patentes, derechos de propiedad o por cualquier otro reclamo relacionado con la red provista como inversión de este convenio, de conformidad con la cláusula de “Indemnización de patentes”.

h) Asegurar por su propia cuenta la totalidad de la infraestructura aportada así como el personal utilizado, contra todos los riesgos legales y mantener un seguro de lesiones personales para sus propios empleados durante todo el término de este convenio de conformidad con sus políticas internas. El CONTRATISTA no será responsable por lesiones personales o daños sufridos por los empleados de Teleupar, excepto por situaciones que resulten del dolo o culpa grave de EL CONTRATISTA o sus empleados. Adicionalmente, asegurar los riesgos por daños a terceros o a sus bienes que se puedan causar como resultado del desarrollo del convenio.

i) Mantener oficinas locales en Colombia para facilitar la administración de este convenio.

j) Prestar los servicios de soporte técnico que estén relacionados con el objeto de este convenio.

k) Cambiar o modificar la red, cuando se requiera por 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 décima sexta “Comité de coordinación” de este convenio.

l) A la terminación del convenio, transferir la propiedad de la infraestructura y de las redes y todos los derechos que posea, y entregar a Teleupar por la suma contemplada en el modelo económico las facilidades provistas entre las cuales se encuentra la infraestructura aportada por este para la ejecución del convenio, las servidumbres y demás derechos obtenidos. La entrega de estos bienes se formalizará de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

m) EL CONTRATISTA cumplirá con sus obligaciones definidas en el convenio y será responsable ante Telepar por el incumplimiento de las mismas. Telepar podrá hacer efectiva en calidad de cláusula penal una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de la inversión requerida, de acuerdo con el plan de negocios propuesto. Esta cláusula se tomará de la póliza de cumplimiento exigida en este convenio, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. Se hará efectiva con el previo requerimiento escrito de Telepar dirigido al contratista, como único requisito necesario para hacer efectiva la garantía.

n) Constituir una garantía bancaria o de compañía de seguros domiciliada en Colombia, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en los términos y condiciones estipulados en la cláusula denominada "garantías".

o) Destinar en forma exclusiva la totalidad de la infraestructura en las áreas de que se trate, para su utilización exclusiva en el objeto de este convenio.

p) Mantener la propiedad de la infraestructura que aporte y que se utilizan para el desarrollo del convenio hasta su terminación.

q) Suministrar a Telepar los parámetros y normas técnicas, empleados en los diseños de las redes y los planos, anexos técnicos, cálculo de materias, etc., necesarios para la construcción de las redes, incluyendo el suministro y tendido de cables y alambres.

r) Suministrar a Telepar en cada etapa del proyecto los estudios adelantados con el fin de avalar y valorar el cumplimiento del objeto del convenio.

Estas obligaciones abarcaban tanto la construcción de la red como su comercialización, al mismo tiempo que suponían la realización de estudios de demanda por parte de Angelcom. Además tenía tres obligaciones especiales al margen de las obligaciones propias de construcción, instalación y comercialización de la red, cuales eran la de entrenar y transferir el conocimiento a los funcionarios de Telepar (literal b), transferir la propiedad al finalizar el contrato (literal l) y garantizar la idoneidad de los derechos de propiedad industrial.

En los numerales siguientes, siendo que Telepar ha planteado varios incumplimientos de obligaciones por parte de Angelcom, el tribunal se ocupará de examinar la situación, iniciando, como es obvio, por determinar la existencia o no de la obligación correspondiente.

5.2.1.1. Materiales para mantenimiento.

La obligación de Angelcom de proporcionar a Telepar los materiales necesarios para el buen funcionamiento de la infraestructura y para su mantenimiento, así como la garantía de su óptima calidad, se encuentra consagrada en varias estipulaciones del convenio, a saber: cláusula cuarta, numerales a), e) y f); cláusula décima primera y cláusula décima sexta; además de las especificaciones contenidas en el anexo técnico del convenio, el cual, hace parte integrante del mismo.

Es preciso anotar que Angelcom aseguraba la calidad de los materiales así como las posibles reclamaciones por derechos de propiedad industrial, garantizando la aptitud de los trabajos realizados para ser operados por

Teleupar, con posterioridad al retiro de Angelcom del lugar de trabajo, durante la vida útil de las líneas. En este sentido es especialmente importante la obligación contenida en la cláusula décima sexta, pues en ella se estipula la obligación a cargo de Angelcom de:

"...reemplazar o reparar cualquier parte de la red suministrada por este, que sea dañada o destruida, excepto en el grado en que dicho daño o destrucción haya sido causado por actos u omisiones de Teleupar o un tercero".

Es necesario resaltar que el suministro de materiales para el mantenimiento de la planta externa es para el reemplazo de aquellos materiales en mal estado o averiados por la mala calidad de la mano de obra utilizada, así como sobre el material que resultase defectuoso. Así, esta obligación contiene la condición de que se presenten las circunstancias descritas y siempre y cuando no haya habido culpa o negligencia de Teleupar.

En cuanto al stock, este debe elaborarse teniendo en cuenta el número total final de elementos en servicio; el control que se lleve sobre el récord de las cantidades utilizadas que el mantenimiento exija periódicamente, pues esto dará la tasa de averías del elemento, el tiempo medio de reposición y el tiempo medio de espera de un repuesto(

Dictamen pericial técnico Teleupar S.A. ESP vs. Angelcom S.A., capítulo tercero, pág. 55.

107).

Sobre la obligación a cargo de Angelcom de entregar un stock de materiales al finalizar el convenio, el dictamen pericial técnico estableció la cantidad de repuestos para el mantenimiento durante los dos años siguientes a la fecha del peritazgo, de acuerdo con la metodología según la cual, la relación de los repuestos está determinada por la cantidad de los mismos que la infraestructura ha utilizado a lo largo de su período de operación o durante los dos últimos años.

Además de establecer la cantidad de los repuestos necesarios para que Teleupar disponga de un stock original de materiales, el perito anotó que "no se encontró ningún documento en el cual se indique o se informe sobre la entrega de repuestos para un período de dos (2) años, a partir de la fecha de terminación del convenio"(

Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico Teleupar S.A. ESP vs Angelcom S.A., pág. 9.

108) y procedió a cuantificar el valor del stock con base en los precios unitarios de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP usados en el año 2004 a nivel nacional(

Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico Teleupar S.A. ESP vs Angelcom S.A., anexo 2.

109).

Por otra parte, en el dictamen técnico también quedó acreditada la cantidad de los repuestos enviados por Angelcom a Teleupar para darle mantenimiento a la red durante la ejecución del convenio, de manera que en el anexo 3 del mencionado dictamen, obra plena prueba del envío de los materiales y su correspondiente recibo por funcionarios de Teleupar.

5.2.1.2. Cable de cobre aéreo de más de 200 pares.

Este requerimiento técnico establecido para la instalación de la infraestructura telefónica se encuentra planteado en el anexo técnico, en el aparte correspondiente al “Diseño” de la red.

Frente a esta concreta obligación, se debe aclarar que al respecto, el perito técnico no se pronunció en concreto acerca del cumplimiento o no de esta obligación a cargo de Angelcom. Hizo un planteamiento general desde la perspectiva técnica acerca de las implicaciones por el incumplimiento de los requerimientos técnicos establecidos por Teleupar para la construcción de la infraestructura. Al respecto, a folio 43 de su peritazgo señala lo siguiente:

“Sobre las implicaciones técnicas que puede tener el incumplimiento de los requerimientos técnicos en la instalación de la infraestructura telefónica, se tiene lo siguiente:

- Cable de cobre aéreo de más de 200 pares: la limitación de no instalar cable aéreo mayores a 200 pares era una norma técnica establecida especialmente para los cables telefónicos con cubierta de plomo, por su peso, la cual se siguió utilizando con cables telefónicos con cubierta delgada de plomo más chaqueta de pvc, también por su peso. A finales de la década de los 80 la industria comenzó la fabricación de cables plásticos con barrera contra humedad, con un peso por metro lineal mucho menos que los anteriores, lo cual permitía la instalación de cables telefónicos, con tecnología plástica de mayor capacidad de pares y a distancias intercostales mayores; algunas empresas continuaron usando esta norma técnica, por costumbre o por aminorar la polución visual, es decir, ocultar los cables mediante canalizaciones. Por lo tanto, esta actividad no tiene implicaciones técnicas”(

Ibíd, pág. 43.

110) (negrillas fuera de texto).

Como se puede observar, el perito determinó que esta exigencia no tiene implicaciones técnicas para el óptimo funcionamiento de la infraestructura telefónica, así como tampoco, pone en inferioridad de circunstancias para competir a quien use esa infraestructura. Pero de manera alguna entró a verificar in situ la realidad contractual acerca del cumplimiento de la exigencia del anexo técnico.

Se insiste que, entonces, sobre esta obligación no recayó un pronunciamiento concreto por parte del perito; entre otras razones porque Teleupar no formuló una pregunta concreta sobre este particular ni reclamó o al menos pidió una complementación puntual, específica y concreta ante una eventual omisión.

Siendo ello así y dado, por un lado, la presencia de incumplimientos puntuales de orden técnico pero sin incidencia en la infraestructura misma y, por ende, sin afectación para el servicio mismo, y, por el otro, precisamente esto que fue reconocido por el dictamen, es decir que “de acuerdo con el presente peritaje se puede confirmar que Angelcom construyó la ampliación de la red externa en la ciudad de Valledupar con la última tecnología existente”, el tribunal no encuentra las bases suficientes para declarar probado el incumplimiento de esta obligación.

5.2.1.3. Estudio de demanda.

Dentro de las obligaciones de Angelcom sobresale la responsabilidad que esta asumía en cuanto al estudio de la demanda, obligación contenida en el anexo financiero. Los modelos económicos de los primeros dos contratos contemplaban la revisión de dos estudios de demanda, uno realizado en 1995 y otro, en 1997; sin embargo, en el contrato unificatorio las partes determinan un número de líneas fijo, 20.000, con fundamento en las distintas revisiones de los modelos económicos realizados en desarrollo del contrato. De esta forma, se comprometía Angelcom con la instalación de un número establecido, no variable, de líneas, el cual en cierta manera permite suponer que en su momento las partes confiaron en lo que se conoció como “estudio de demanda” pues no podría entenderse cómo sin él, aunque sea de manera precaria, pudieron llegar a unas condiciones que precisamente suponen la presencia de al menos fundamentos que le son propios y connaturales a un estudio tal.

La realidad contractual demuestra la manera en que esta obligación se cumplió, por demás de manera incompleta; pero indica también el grado de permisividad y si se quiere con descuido como la entidad se comportó en frente de la verificación, control y exigencia que le era propia en su carácter de acreedor. Por supuesto que esa conducta de la entidad oficial no tiene ni puede tener un efecto de exculpación, como ya se dijo líneas atrás. Sí demuestra la manera en que condujo el proyecto, lo cual es repetitivo en frente de otras exigencias técnicas que el anexo contenía y que Angelcom no fue íntegramente cumplidor y ante lo cual, la entidad, no solo dejó de aplicar los correctivos jurídicos que le son propios en estos eventos, sino que fue más allá al tolerar y aceptar como válido y completo lo que no era totalmente así.

Ahora bien, en relación con la demanda real del servicio, si bien el contrato unificatorio no exigía la elaboración de un estudio como tal, sí entendía que Angelcom había realizado las gestiones, estudios e investigaciones necesarias para determinar la pertinencia de sus obras y proyecciones en relación con los requerimientos de cobertura y capacidad de compra de las líneas por parte de los potenciales usuarios. Es decir que a más de la existencia misma del estudio de demanda, era necesario que el mismo estuviera dotado de una serie de condiciones y exigencias que dieran tranquilidad y seguridad a las proyecciones, sobre cuyas bases se estructuraron aspectos fundamentales, como son, entre otros, el valor de rescate.

Por otra parte, si bien se trataba de un número fijo de líneas, no se contaba con la misma certeza al momento de determinar el número final de usuarios conectados, así que no obstante había una obligación clara respecto de construir 20.000 pares y comercializar al menos 15.000 líneas, la retribución se hallaba sometida al albur de la demanda efectiva, la conexión real de las líneas y, por tanto, el ingreso concreto era incierto. Así, es claro que corría por cuenta de Angelcom el riesgo sobre el pago de las líneas construidas, no obstante tenía la obligación de construir los pares y comercializar las líneas establecidas en la cláusula segunda.

Es cierto, tal como señala el peritazgo técnico a la contestación de la pregunta número 49, que la falta de un estudio de demanda “...implica técnicamente el que no se pueda elaborar un proyecto de construcción o ampliación de la red externa, porque no se conoce la ubicación y la cantidad de los posibles

usuarios sin servicio telefónico, además no se cuenta con la magnitud de la construcción en ejecución y de las proyectadas a mediano y largo plazo. El hecho de que no se cumpliera con el estudio de demanda hubiera obligado a los funcionarios de Teleupar a no aprobar los diseños y posterior construcción de la red(

Rodríguez Tolosa, Helí M. Dictamen pericial técnico Teleupar vs. Angelcom S.A., pág. 44.
111)”.
112).

Y no solo ello, sino que para el caso concreto puntualizó acerca de la existencia del estudio de demanda. Lo hizo indicando que “Además la documentación revisada demuestra que Angelcom sí realizó el estudio de demanda correspondiente, como se puede observar en el comunicado del día 4 de agosto 2000 GT-1781, donde Angelcom presentó la memoria técnica del estudio de demanda (anexo 5)”(

Ibíd, pág. 41.

112).

Empero, a esta postura no puede darse una entidad diferente a la lógica. Es decir que con apoyo en esta afirmación no puede entenderse necesariamente que la obligación fue cumplida satisfactoriamente. Se entiende por tal, en la perspectiva dicha a lo largo de este laudo, no la simple entrega de un estudio que se denomine de demanda, sino esa entrega oportuna pero acompañada de la presencia en el estudio de una serie de exigencias y condiciones, más allá de las puramente técnicas, que comportan consecuencias para el proyecto financiero mismo.

En términos análogos, no le basta al tribunal para efectos de determinar el cumplimiento de la obligación que se comenta el hecho de existir pruebas o indicios que expliquen o señalen que existió un documento denominado “estudio demanda”. El asunto no se resuelve por una simple presencia física.

Por sus implicaciones, debe abordarse el contenido mismo de ese estudio para efectuar un pronunciamiento serio sobre ese particular.

En esa línea de conducta, al tribunal no le queda duda que Teleupar recibió y analizó un documento presentado como estudio de demanda realizado por Angelcom, pues son varias las actas en que Teleupar se refiere al estudio y lo toma como fuente de consideración.

Pero tampoco le cabe duda que ese estudio no cumplía a cabalidad con las exigencias que le son propias. Así se desprende de lo afirmado por el perito económico y financiero, Luis Fernando Rodríguez Naranjo. Según su dicho, el estudio de demanda no parece haberse hecho siguiendo la metodología requerida ni en él aparecen datos sobre las proyecciones de demanda y sobre consumos en términos de impulsos y minutos que permitieran proyectar los ingresos posibles en este sentido.

Estas conclusiones fueron corroboradas en el segundo peritazgo, informe económico financiero, presentado por Fabio Arturo Fajardo García, en marzo 7 de 2005 en el punto 4:

“Sobre la respuesta a la pregunta 8 de la página 13 y a las preguntas 15 y 16 de las páginas 68 y 69 se señalan:

“Las respuestas dadas en las preguntas 65, 66, y 67 señalan tres elementos:

- Angelcom cumplió con la obligación de elaborar un estudio que denominó de demanda.
- El estudio de demanda sin embargo no siguió la metodología señalada, ni cumplió con los pasos descritos en el mismo documento, ni contiene los elementos que debería tener. De hecho, en el documento no se encuentran datos sobre proyecciones de demanda y sobre consumos de términos de impulsos o minutos que permitieran proyectar los ingresos posibles en este sentido” (subrayo).
- “En los documentos revisados por el perito económico-financiero no se encuentra evidencia que demuestre que el estudio fue entregado formalmente por Angelcom a Teleupar”.
- Se hacen las siguientes anotaciones: 1. Angelcom no elaboró un estudio de demanda que incluyera el consumo del servicio en términos de impulsos o minutos para proyectar ingresos por estos aspectos. Angelcom sí cumplió con la obligación de elaborar los estudios de demanda de acuerdo con los requerimientos contenidos en los anexos técnicos y financieros, que no solicitaban proyecciones sobre consumos en términos de consumo o minutos para proyectar ingresos por estos conceptos; porque esas proyecciones estuvieron a cargo y fueron suministradas por Teleupar. 2. La posición del perito financiero, es diferente a la del perito técnico, por tanto se sugiere ver los conceptos técnicos al respecto contenidos en el capítulo 5 del dictamen pericial técnico, entre las páginas 38, 43, y 3. El concepto del perito financiero puede estar influenciado por la creencia que se trata de un estudio de demanda para líneas telefónicas y no para redes externas.

Sobre este tópico, el segundo perito pudo establecer que Angelcom S.A. efectivamente elaboró un estudio de demanda, pero no se logró establecer si formalmente fue entregado a Teleupar, pues no se encontraron documentos que evidenciaran el hecho. Ahora bien, en el anexo técnico del convenio unificado se establecen todos los parámetros que debe desarrollar sistemáticamente el estudio de demanda y que deben corresponder a estándares técnicos para el desarrollo de un proyecto de telefonía local.

La metodología propuesta en el anexo técnico para la elaboración del estudio de demanda y de los pasos que se deben seguir, se puede sintetizar en los siguientes puntos centrales:

a) Utilizar la metodología de censos con el propósito de establecer la demanda insatisfecha y la ubicación exacta de los usuarios potenciales, dando especial importancia a los servicios residenciales en sus diferentes estratos socio-económicos y a los usos como es el comercial, el industrial, oficial, etc.

En mi opinión, lo que se busca económicamente en este objetivo, es llegar a establecer claramente el potencial de la demanda dispuesta a hacer uso del servicio y que es fundamental al momento de realizar los análisis correspondientes.

b) Esta información así recolectada, es la base para elaborar las proyecciones de demanda correspondientes en cada uno de los tópicos, teniendo en cuenta variables conexas, como es el caso de los planes urbanísticos que se han planeado desarrollar tanto en el corto como en el mediano plazo, los cambios

de destinación y uso de los inmuebles y las posibles ampliaciones de los inmuebles, conceptos estos que pueden incidir de manera directa en el volumen final de la demanda.

En este punto se puede colegir que esta información sin lugar a dudas, se debe traducir en el número de usuarios potenciales, y que una determinada parte de ellos será al final del ejercicio, los consumidores dispuestos a aceptar y utilizar el servicio a través del tiempo, es decir permitirá la determinación final de la demanda real.

Los resultados que arrojen los cálculos establecidos en el estudio de la demanda real, permitirá determinar aquellos sitios de influencia que presenten una mayor densidad poblacional, a efecto de determinar el despliegue de la oferta, mediante el establecimiento del tamaño de los distritos y su cubrimiento, áreas de influencia y rutas primarias.

Los resultados del análisis de todas estas variables serán determinantes para el diseño técnico posterior del proyecto, lo cual generará en la práctica los niveles de ingresos que percibirá el convenio desde el punto de vista económico y financiero, dado que se podrá establecer las áreas de mayor densidad y de mayor necesidad de la población por adquirir el servicio a ofrecer.

En este orden de ideas y revisando el estudio de demanda entregado por Angelcom S.A. se pudo evidenciar que efectivamente el estudio en mención fue elaborado, pero analizando los parámetros señalados en el anexo técnico no cumplen con la metodología allí determinada, lo cual lo circunscribe a que sea de utilidad para el diseño y desarrollo del proyecto desde el punto de vista eminentemente técnico, pero que no aportan elementos desde las aristas económicas y financieras, como es el caso de la definición de los consumos en términos de impulsos o minutos y las proyecciones de la demanda, los cuales de haber sido definidos oportunamente, los valores de los recaudos del proyecto seguramente habrían sido diferentes a los establecidos en el modelo económico y sería un elemento definitivo para precisar la viabilidad o no del proyecto final”.

Entonces, a manera de conclusión sobre este tópico se puede decir que de los peritazgos anteriormente descritos y de la documentación arrimada al proceso, se infiere que, si bien es cierto que Angelcom presentó el estudio de demanda, este no cumplió con la metodología definida por las partes, por lo cual fue de utilidad para el diseño y desarrollo del proyecto, desde el punto de vista técnico, pero no aportó los elementos que requería tanto Angelcom como Teleupar, para poder llevar a efecto el cumplimiento de lo pactado en el anexo económico y financiero. Los efectos de un estudio de demanda en estos términos resultan en un cumplimiento parcial de la obligación a cargo de Angelcom.

5.2.1.4. Ubicación de las cámaras en distancia no superior a 80 metros.

La exigencia de este requisito técnico se encuentra prevista en el anexo técnico, en el acápite sobre el “diseño definitivo”, de la siguiente manera:

“Se ubican entonces sobre las rutas definitivas de canalización cámaras nuevas o se proyecta la optimización de las existentes en distancias que no superen los ochenta (80) metros y determinando el número y diámetro de las vías de acuerdo a la demanda futura de (mediano plazo)”.

Frente al cumplimiento de esta obligación, el perito técnico determinó que:

“en los distritos seleccionados, de los noventa y dos (92) tramos de canalización revisados, solamente trece (13) tramos de canalización construidos por Angelcom no cumplen con la distancia entre cámaras establecida. Según lo anterior se deduce que Angelcom no respetó el parámetro establecido en el convenio que corresponde a 80 metros como distancia máxima entre cámaras.

... la distancia promedio entre cámaras construidas por Angelcom mediante los convenios fue de noventa y cuatro (94,0) metros”.

Observa el tribunal que el perito, frente al cuestionamiento sobre las repercusiones técnicas derivadas de tener como distancia promedio 94 metros y no 80, respondió:

“Actualmente es más relevante la ubicación de las cámaras que la distancia entre las mismas, por existir herramientas y equipos especializados para la instalación de los cables telefónicos en tramos largos de canalización. También los cables son construidos para resistir mayor tracción durante su instalación, lo que permite mayor distancia entre cámaras.

Por lo anteriormente expuesto la distancia promedio de noventa y cuatro (94) metros no es primordial y no tiene repercusiones técnicas”(

Aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico, página 26. 113).

Y al preguntársele sobre el valor agregado que supondría la instalación de nuevas cámaras para solucionar el hecho de no haberse cumplido con los 80 metros, el mismo experto concluye:

“... no hay valor agregado para el convenio por la construcción de cámaras adicionales, porque en el momento no se requieren para el funcionamiento de la red”(

Ibíd., página 21.

114).

De lo anterior se desprende que, si bien el convenio contemplaba este requerimiento para la construcción de la infraestructura, la obligación de construir las cámaras cada 80 metros, no era un imperativo técnico determinante para la infraestructura y la prestación del servicio, pues, de conformidad con lo expuesto por el perito, entre menos cámaras existan hay menos posibilidades de que la red, indispensable para la prestación del servicio público, sufriera menoscabos

Dictamen pericial técnico, página 21.

(115). De la misma manera, se encuentra probado que un mayor número de cámaras no representa un valor agregado, de tal manera que una inversión en ese sentido significaría incurrir en gastos innecesarios.

Es evidente para el tribunal, que algunas condiciones del diseño podían ser precisadas e incluso modificadas por las partes de conformidad con la realidad

del proyecto, la cual se presentaba en la cotidianidad de este; esa era la razón principal de haber estipulado la existencia de un comité de coordinación

Cláusula décima, convenio unificatorio.

(116), que evaluara en el momento y oportunidad en que se presentaban las dudas, los asuntos pertinentes, teniendo plena autonomía para tomar las decisiones del caso. En este comité, tanto Angelcom como Teleupar tenían representantes, con las calidades necesarias para determinar los cursos de acción, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ocasionaran las modificaciones al diseño. Obviamente el comité no podía tomar decisiones en contra del espíritu del contrato, cuál era la mejor prestación del servicio ni tomar determinaciones que cambiaran las bases y elementos fundamentales e importantes del contrato. A lo sumo podría sugerirlas para que los representantes de las partes las discutieran y, en caso de acuerdos, las instrumentaran de manera legal.

En este punto, el tribunal encuentra probado:

- La exigencia técnica;
- Su no necesidad perentoria;
- Su incumplimiento en algunos sectores;
- La posibilidad de modificar aspectos técnicos que como este no son determinantes y que, incluso, modernamente están dejando de ser utilizados;
- La no manifestación o propuesta de alguna de las partes en procura de obtener por conveniencia técnica la revisión y eventual modificación de esa exigencia.

Siendo ello así, entonces, lo que se presenta es un incumplimiento de Angelcom, acompañado de un “aval” o de una conducta omisiva y pasiva de Teleupar. Tanto es así, que se encuentra probado que el comité de coordinación no glosó, ni objetó los diseños y planos donde constaba la separación de las cámaras, ni mucho menos cuestionó la construcción misma. Más que ello el inventor aprobó todas las obras.

Por supuesto que la conducta de la entidad estatal, amén de otro tipo de responsabilidades que pueden inferirse en cabeza de los servidores de turno, no implica exoneración para el contratista. Sirve posiblemente para explicar y apoyar lo que el perito técnico concluyó acerca de la accesoriedad de este requisito y su no afectación para la infraestructura y el servicio.

5.2.1.5. Ducto de reserva.

En relación con este requerimiento técnico, acontece algo exactamente igual a lo predicado en el punto anterior. Es decir:

- El anexo técnico contempla como requisito para el diseño de la red, que el porcentaje de ductos libres, tanto en la canalización existente como en la nueva, sea del 30%;
- Durante la vigencia del contrato no se modificó tal requisito;
- El perito encontró el incumplimiento de ese requisito. En efecto, indicó al respecto que el porcentaje promedio de ductería libre sobre la canalización construida por Angelcom es del setenta y tres por ciento (73%), el cual, es muy elevado frente al establecido en el anexo técnico del convenio; no obstante lo anterior, se estableció que Angelcom no amplió la canalización para cumplir con el porcentaje establecido, ya que el resultado es consecuencia de la utilización que hizo de ductería existente(

Dictamen pericial técnico, pagina 27.

117);

- Ese incumplimiento no afecta la infraestructura ni el servicio mismo, aunque tiene consecuencias técnicas que el dictamen evidenció. Al respecto, el perito estableció: 1. Que los porcentajes de ductos libres si son relevantes en la ampliación de redes canalizadas, de no contar con la cantidad necesaria, implicaría la construcción de más canalización; 2. Se vería afectado el mantenimiento de las redes de distribución, en caso de requerir el reemplazo de un cable averiado; 3. Se podría afectar la prestación del servicio si no se pudiera cambiar un cable averiado en forma paralela o no se contara con la ampliación de la red oportunamente.

- Teleupar no solo guardó silencio sino que avaló y aprobó diseños y obras, a pesar del incumplimiento.

5.2.2. Derechos correlativos de Teleupar.

Además de los derechos correlativos que la buena fe implica a favor de Teleupar, están los consagrados en la cláusula séptima:

“Cláusula séptima. Derechos de Teleupar. Teleupar tiene los siguientes derechos: a) Interventoría y/o supervisión de las actividades a cargo de EL CONTRATISTA en la etapa de diseño, construcción, suministro de materiales e instalación de las redes aptas para entrar en funcionamiento.

b) Participar en cada una de las actividades que le permitan obtener el conocimiento de los procesos de diseño, fabricación, construcción, suministro e instalación y puesta en funcionamiento.

c) Recibir la transferencia de tecnología y conocimientos de parte de EL CONTRATISTA, para la operación, explotación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura de las redes y la prestación eficiente de los servicios.

d) Solicitar la reparación o reemplazo de los tramos de red y sus componentes suministrados e instalados por el contratista, con defectos o calidades distintas a las señaladas en el literal e) sin que esto implique costos adicionales para Teleupar o el convenio.

e) Solicitar y recibir información comercial, técnica y de calidad de la infraestructura, materiales equipos de prueba y demás elementos que suministre EL CONTRATISTA, en desarrollo de este convenio, pudiendo verificar y rechazar las redes cuando no cumplan con las especificaciones técnicas, de última tecnología, de calidad y compatibilidad para ese tipo de redes, como es ofrecido por EL CONTRATISTA.

f) Disponer de la infraestructura, de los equipos de prueba para las redes y materiales que EL CONTRATISTA debe mantener en Colombia para garantizar el servicio al usuario, dentro de los parámetros técnicos contenidos en la oferta, la cual reúne las condiciones de mejor calidad, última tecnología, idóneos y necesarios.

h)(sic) Recibir los ingresos a que tiene derecho por su participación en este convenio.

i) A que vierta a su patrimonio la infraestructura, las redes y las demás facilidades, servidumbres y demás derechos que para la prestación del servicio hayan sido aportadas u obtenidas por EL CONTRATISTA en las condiciones y plazos de este convenio.

j) A deducir de los ingresos brutos los costos autorizados y demás que determine el comité.

k) A que se le informe por parte de EL CONTRATISTA sobre el valor de las inversiones y demás costos que afecten por mutuo acuerdo la cuenta conjunta.
i)(sic) A permitir el uso de sus instalaciones al título que se acuerde entre las partes, cuando sea requerido por EL CONTRATISTA”.

Los derechos de Telepar consistían fundamentalmente en la facultad de exigir del contratista el debido y oportuno desarrollo de sus obligaciones, que es precisamente lo que no hizo cabalmente.

Por otra parte, se consagra el derecho de Telepar de deducir de los ingresos brutos los costos autorizados y los demás que autorizara el comité (lit. j). Este punto amerita un especial análisis, pues el derecho de realizar las deducciones está inexorablemente atado a la responsabilidad de repartir los ingresos. En este sentido, uno de los derechos de mayor relevancia lo consagra el literal k), en el que se estipula la facultad de exigir información sobre el valor de las inversiones y costos que afectarían la cuenta conjunta, es decir, el desarrollo del proyecto. Al lado de este derecho a recibir la información, se encuentra el derecho a realizar las retenciones y deducciones autorizadas sobre los ingresos.

5.2.3. Cláusula penal pecuniaria.

El literal m) de la cláusula cuarta prescribe:

“El CONTRATISTA cumplirá con sus obligaciones definidas en el convenio y será responsable ante Telepar por el incumplimiento de las mismas. Telepar podrá hacer efectiva en calidad de cláusula penal una suma equivalente al diez por ciento (10%) del total de la inversión requerida, de acuerdo con el plan de negocios propuesto. Esta cláusula se tomará de la póliza de cumplimiento exigida en este convenio, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. Se hará efectiva con el previo requerimiento escrito de Telepar al CONTRATISTA, como único requisito necesario para hacer efectiva la garantía” (resaltado fuera del texto).

A pesar de la falta de claridad de la estipulación en comento, al tribunal no le cabe duda que ella contiene una estimación anticipada de perjuicios. Es decir, las partes convinieron la cláusula penal en su función resarcitoria de perjuicios más que como medida de apremio(

Mirado esto en la perspectiva de la contratación estatal, se tendría que la cláusula que estima de manera anticipada perjuicios se denomina cláusula penal pecuniaria, mientras que la que contempla una pena como medida coercitiva o de apremio se llama multa.

118). Sobre este particular, no puede perderse de vista que la doctrina ha destacado esa doble función de la llamada cláusula penal, regulada por los artículos 1592 Código Civil(

El artículo 1592 Código Civil, es de este tenor: "La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal".

119) y 867 del Código de Comercio(

El artículo 867 Código de Comercio reza así: "Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte".

120). En efecto, a este respecto el profesor Ospina dice:

"en nuestro ordenamiento positivo no es de recibo la opinión que reduce la efectividad de la cláusula penal al solo campo de la estimación de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación principal, sino que dicha cláusula cumple otras funciones que ya tenía asignadas en el derecho romano y en el español antiguo; así puede ella constituir también un medio de apremio al deudor, y puede servir igualmente de caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal"(

Ospina Fernandez, Guillermo. Régimen general de las obligaciones, Sexta Edición, Ed. Temis, Bogotá, 1998, pág. 142.

121).

Con base en el artículo 1599 Código Civil(

Señala el artículo 1599 Código Civil: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al creedor o le ha producido beneficio".

122), la doctrina y la jurisprudencia han señalado que la estimación de perjuicios que conlleva la cláusula se hace de manera general para eventos de incumplimiento sin distinción a la prestación insatisfecha, salvo pacto en contrario. Dicho en otros términos, no es factible jerarquizar las obligaciones para aplicar la estipulación a alguno o algunos de sus incumplimientos, bajo el pretexto de su importancia o de su capacidad para inferir perjuicios. Ello sin perjuicio y por supuesto, que es diferente, de la aplicación de los artículos 1596 Código Civil(

Dice así el artículo 1596 Código Civil: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal".

123) y 867 Código de Comercio(

Último inciso, artículo 867 Código de Comercio.

124), consagratorios de la llamada proporcionalidad para eventos en que el deudor ha cumplido parcialmente con la obligación bajo cuestión.

Con esos fines, son pertinentes estas citas:

"Teniendo en cuenta que la cláusula penal ha sido estipulada por las partes como una sanción para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, su exigibilidad se encuentra condicionada a la existencia de una situación de incumplimiento generada por cualquiera de ellas; de allí que la condena al pago

de dicha sanción surge como consecuencia necesaria de la declaratoria de incumplimiento" (se resalta)(

Consejo de Estado, Sección Tercera, 01/02/22, Exp. 18410, Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

125).

Por manera que, en los términos pactados, Teleupar frente a incumplimientos de Angelcom podía reclamar los montos que resultaren de la aplicación del literal m) de la cláusula cuarta, o sea que le bastaba probar el incumplimiento para tener derecho al cobro de los perjuicios estimados con anticipación. Un derecho tal, no estaba condicionado por ninguna obligación en particular ni provenía solo en eventos de incumplimientos graves. Esta calificación no era necesaria. Es de aclarar que en ningún aparte del contrato se consagró una carga similar para Teleupar, no obstante existir obligaciones recíprocas entre las partes.

El derecho que nace a favor del acreedor por virtud del fenómeno jurídico que se estudia, podría quedarse sin efectividad si aquel no lo hace valer o renuncia a él, por ejemplo porque considera que los daños irrogados por el incumplimiento superan los estimados, en cuyo evento, en aplicación del artículo 1600 Código Civil, tendría que entrar a probarlos dentro del proceso.

También podría limitarlo, si al momento de reclamar lo hace por incumplimientos derivados de alguna o algunas obligaciones en concreto o porque califica esos incumplimientos.

Es precisamente esto último lo que Teleupar hace. En efecto, a pesar de no ser necesario, en la pretensión séptima de su demanda, contentiva del reclamo de la cláusula pecuniaria pactada, a manera consecencial, la vincula no a las pretensiones primera y tercera, relativas a la declaración de los incumplimientos que imputa, sino a la sexta que se enmarca dentro de una declaración acerca de incumplimientos graves de obligaciones esenciales que producen afectación del servicio y de la rentabilidad del proyecto. Como quiera que ninguno de esos extremos se configura, tal como se consigna en este laudo, la cláusula penal pecuniaria no es procedente. Se insiste que eso es así en razón de la manera en que Teleupar lo solicitó.

Siendo el punto claro en su redacción, no es procedente utilizar los poderes interpretativos del juez, los cuales nacen, como ha dicho la jurisprudencia(

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 16 de julio de 1993, con ponencia del magistrado Nicolás Bechara Simancas, señaló que "frente a una demanda imprecisa en la concepción de sus súplicas, o en la exposición de sus fundamentos fácticos o de derecho, el juez está en el deber de desentrañar la verdadera intención del demandante, actividad en la cual es preciso que examine el libelo en su conjunto, al igual que las restantes actuaciones desarrolladas por éste en el curso del proceso. Sólo es impracticable cuando la oscuridad o vaguedad de la demanda es tal que se hace imposible averiguar lo que con ella se propuso el demandante, o cuando por el contrario, su precisión y claridad no ofrece ninguna duda, pues

con esa conducta el sentenciador estaría sustituyendo al sujeto activo de la pretensión en cuanto a la pretensión o a los hechos”.

126), frente a petitorios oscuros, ambiguos, confusos, etc. El principio de la congruencia contenido en el artículo 305 Código de Procedimiento Civil lo impide.

5.2.4. Intereses moratorios y cláusula vigésima.

Angelcom pretende que sobre las sumas que se hayan probado a lo largo del proceso como perjuicios, se condene al pago de los intereses moratorios. Por su parte Teleupar se opone a ello, esgrimiendo que a la luz de la cláusula vigésima del convenio unificatorio, los incumplimientos contractuales solo dan lugar al daño emergente y no al lucro cesante. Califica los intereses como lucro cesante, lo que supone el no pago de ellos por aplicación de la referida estipulación.

Cierto es que dicha cláusula parece dar a entender que en caso de incumplimientos de obligaciones, la indemnización correspondiente debe solo limitarse al daño emergente. En efecto, ella es del siguiente tenor:

“Cláusula vigésima de responsabilidad: cada una de las partes cumplirá con los deberes y obligaciones que le correspondan, establecidos en las diferentes cláusulas de este convenio.

Entre las partes: cada una de las partes cumplirá con las obligaciones definidas en este convenio, y será responsable ante la otra parte por el incumplimiento de las mismas. Las partes entre sí solo responderán y pagarán por los perjuicios causados por daño emergente (...).”.

Al margen de la legalidad o no de esa estipulación, dado su separación de lo que por naturaleza pertenece a los contratos, lo cual en términos abstractos es perfectamente lícito, y la existencia del artículo 1626 Código Civil(

Recuerda el tribunal que la ambigüedad que pregonaba el artículo 1626 Código Civil no solo ha sido reconocida por la doctrina y jurisprudencia para casos en que los términos de la estipulación son confusos o ambiguos. También ha sido sostenida para casos en donde la cláusula formalmente es clara pero en donde se cambian las cosas de la naturaleza del contrato y se inobservan las cargas de lealtad y claridad por omisión de las explicaciones que den cuenta de esos cambios.

127), debe el tribunal puntualizar si en efecto los intereses moratorios son lucro cesante. Con tal fin, se apoya en la doctrina que ha pregonado estas definiciones de interés:

1. Jorge Cubides Camacho: “Puede considerarse el interés desde muy diversos puntos de vista; como precio o rédito de un capital; como indemnización por el incumplimiento de obligaciones dinerarias; como compensación por el uso o aprovechamiento de bienes. Pero la más fértil concepción de los intereses, y sobre todo la que mejor orienta al intérprete en la dilucidación de los problemas que alrededor de ellos surgen, es la que los toma como frutos civiles, y por tanto la prestación accesoria, de las obligaciones en dinero” (se resalta)(

Cubides Camacho, Jorge. Obligaciones, Cuarta edición, editorial Javegraf, Bogotá, 1999, pág. 123.

128).

2. Von Tuhr: “Los intereses son una prestación accesoria incorporada a la deuda principal. Su suerte depende de la del crédito que versa sobre el capital y se cuenta, por tanto, entre los derechos accesorios”(

Von Tuhr, Tratado de las obligaciones, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1934, pág. 49.

129).

3. Ospina Fernández: “(...) Teniendo en cuenta la preindicada naturaleza del dinero, su función en el intercambio comercial y la facilidad de su inversión, el legislador reconoce, en general, su rentabilidad o aptitud para producir intereses que así constituyen los frutos civiles del dinero (art. 717); y además miran a varios fines, tales como el de sancionar el incumplimiento de las obligaciones de dinero, el de prefijar el monto de los intereses a falta de estipulación convencional y, de otro lado, siguiendo una tradición legislativa inspirada en el propósito de combatir la usura, a mantener las estipulaciones al respecto dentro de los límites que se consideren razonables y justos”(

Ospina Fernández, Régimen general de las obligaciones, séptima edición, editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 275.

130).

4. Carlos Darío Barrera: “Los intereses no son cosa distinta de los frutos del dinero, o como sostienen algunos, la remuneración que el acreedor de una suma de dinero debe percibir por privarse de usarla”(

Barrera, Carlos Darío. Las obligaciones en el derecho moderno, primera edición, editorial Javegraf, Bogotá, 1995, pág. 34.

131).

5. Sala de Consulta y Servicio Civil, 5 de julio de 2000, consejero ponente: César Hoyos Salazar: “Es el rendimiento periódico que da un capital. También se define como el precio o costo que se paga por el uso del dinero. Normalmente se paga al finalizar un período: mes, trimestre, semestre o año. Cuando la tasa se paga, o sustrae, del valor inicial de un crédito al comenzar un período, se le denomina “tasa de descuento” o también “interés anticipado”. Sobre intereses moratorios se ha dicho:

1. Jorge Cubides Camacho: “(...) Estos son los que se deben a título de indemnización de perjuicios por el retardo en el pago de la obligación principal y se calculan desde el momento en que el deudor incurra en mora” (se resalta)(Cubides Camacho. Ob. Cit., pág. 124.

132).

2. La

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria en concepto 191 de mayo 20 de 1984 sostuvo: “Corresponde a aquellas sumas que se deben pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora el deudor, es decir, desde el incumplimiento de la obligación principal”.

3. Jaime Alberto Arrubla Paucar: “Son aquellos que debe pagar el deudor desde el momento en que se constituye en mora de pagar una suma de dinero, hasta el momento en que se soluciona o paga esa obligación”(

Arrubla Paucar, Jaime. Ob. Cit., pág. 152.

133).

4. Ospina Fernández: “Son los que dicho deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituya en mora de pagar ese capital”.

A su vez, Ley 45 de 1990, artículo 55, parágrafo 2º, los define como “(...) Toda suma que se cobre al deudor por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera que sea su denominación”.

De otro lado, para estos efectos no pueden dejar de considerarse las siguientes disposiciones del Código Civil:

“ART. 1613.—La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ART. 1614.—Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

ART. 1615.—Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.

Con base en ello, podría decirse que en general el daño patrimonial es cualquier afectación de un interés legítimamente producido que tiene una indemnización pecuniaria. Siendo “el daño emergente (*damnum emergens*) la disminución o deterioro de los valores económicos que integran el patrimonio del acreedor. El lucro cesante (*lucrum cessans*) equivale a la ganancia o provecho que el acreedor deja de percibir (art. 1614)”(

Ospina Fernández, Ob. Cit., pág. 125.

134) o lo que es lo mismo, se presenta daño emergente “...cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario hay lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características”(

Tamayo. Ob., Cit.

135).

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el tribunal que el interés moratorio es un concepto que aplica en tratándose de las obligaciones dinerarias que en realidad no puede estrictamente arroparse bajo el concepto de lucro cesante habida cuenta que se trata ante todo de los frutos naturales que emanan del dinero y que encierran varios componentes. Uno indexatorio que constituye un daño emergente porque no se trata de una ganancia sino del mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda(

En opinión de Camilo Vargas la pérdida adquisitiva de la moneda es un daño.

136). Pero además el interés moratorio como reconocimiento por el incumplimiento retardado e injustificado, esto es por la mora, tiene un plus. En efecto, esa mora pretende no solamente pagar el equivalente de lo que no se pagó o cumplió en su momento, sino adicionalmente infligir una sanción que tampoco es lucro cesante y ni siquiera daño emergente. Adicionalmente y bajo otra perspectiva, encierra algo de utilidad por lo dejado de percibir.

En esa línea conceptual debe entenderse la cláusula bajo observación, reitera el tribunal por fuera de un examen de legalidad que por las consideraciones que hará resulta innecesario, como aquella que regula el tema de los daños que nacen del incumplimiento de obligaciones, salvo previsiones expresas y concretas que las mismas partes hagan para ciertos eventos, como en efecto ocurre cuando se convino una cláusula penal. Para obligaciones dinerarias y siendo que los intereses moratorios no son daño emergente ni lucro cesante, el acreedor en las hipótesis que la ley establece tiene derecho a ellos, independientemente de otro tipo de daños que pueda reclamar pero que debe probar, aspecto este último que cae bajo la estipulación en comento.

Es claro, entonces, que el incumplimiento de una obligación dineraria engendra el reconocimiento de intereses moratorios. El tribunal advierte sobre el particular que este análisis se hace a propósito de la obligación principal de Teleupar frente a Angelcom, cual era cancelar los dineros que correspondían a las líneas comercializadas al amparo del convenio.

En este punto se presenta otra controversia, habida cuenta que Teleupar, a manera de excepción, plantea que en caso de algún reconocimiento dinerario, los correspondientes intereses moratorios deben proceder a partir del laudo y no antes, dada su falta de certeza.

Encuentra el tribunal esta postura válida para eventos en donde la controversia abarque la existencia misma de la obligación, mas no cuando la obligación sea clara, así como el momento de su pago que es precisamente lo que acontece para la obligación que se examina. Así es por cuanto, el literal d) de la cláusula sexta del convenio unificador, expresamente reconoce a cargo de Teleupar el pago de los dineros que según las participaciones pactadas son de Angelcom.

Según la sección 7.5 del anexo financiero el depósito de esos dineros será efectuado dentro de los 30 días después de la fecha de pago por parte del usuario. Completa el marco que integra la obligación, la existencia cierta y real de los usuarios y de las líneas comercializadas que generan los reconocimientos.

El hecho de que se haya presentado controversia en este extremo de la obligación, mas no respecto de sus elementos integradores, vale decir que la controversia no se centra sobre la existencia de la obligación ni el momento de su exigibilidad sino de la pertenencia o no al convenio de unas líneas, no la convierte en una de aquellas que implican intereses moratorios a partir del fallo.

Aceptarlo iría en contra de elementales normas legales, a más de configurar premio para un contratista que de manera culposa dejó de reconocer esos dineros y además se lucró con sus frutos.

Esta postura se apoya particularmente en el artículo 1608 Código Civil, a cuyo tenor:

ART. 1608.—El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

El artículo transcrito menciona los eventos en los cuales un deudor se encuentra en mora de cumplir la obligación a su cargo y, en consecuencia, da lugar al reconocimiento de intereses moratorios si la obligación es dineraria. La regla general es la constitución automática del deudor, pues lo común es que se estipule un plazo o se convenga un tiempo dentro del cual habrá de cumplirse con la prestación, como ocurrió en el caso Teleupar-Angelcom.

El acreedor que no se ve satisfecho no puede proceder a la reclamación de perjuicios ni al pago de intereses ante el retraso en el cumplimiento del deudor si este no es culpable. Ello implica que deban configurarse dos situaciones distintas:

- Retraso culpable: la culpa del deudor o en general el reproche de su conducta.
- La no ejecución de la obligación en el tiempo convenido o la reconvenición judicial.

De la norma y la doctrina se deduce la concurrencia de dos elementos estructurales en la acción indemnizatoria: la culpa como elemento subjetivo y el paso del tiempo sin que se cumpla la obligación como elemento objetivo. El profesor Ospina Fernández cuando se ocupa de los elementos de la mora señala:

- El retardo: “Consiste en que el deudor retrase la ejecución de la prestación debida después del momento en que esta se hace exigible”.
- La culpa: “Nuestro código no se acepta la mora objetiva: si el retardo proviene de un caso fortuito, o sea, de un hecho imprevisto a que el deudor no puede resistir, no hay mora ni se producen los efectos de esta” (art. 1616).
- La reconvenición: “Acto formal, en el que se exige el cumplimiento de la obligación”

Ospina Fernández. Ob. Cit., pág. 92.
137).

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que el incumplimiento y la mora no son nociones coincidentes, pues mientras el incumplimiento consiste en la inejecución de la obligación, la mora es el retraso culpable y contrario a derecho, al que ha de unirse la reconvenición judicial cuando a ello haya lugar. Lo cierto es que sin incumplimiento no se puede hablar de mora, pues ambas entidades componen un orden lógico.

La indemnización moratoria como compensatoria dependerá de la constitución en mora del deudor, puesto que hasta tanto no se lo reconvenga, no procederá la acción indemnizatoria, de ahí que la mora se considere como el plazo de gracia que la ley, en la mayoría de casos, le otorga al deudor para cumplir(Decimos en la mayoría de casos, pues existen otros eventos en los cuales la mora se configura de manera automática.

138). Ahora ello no significa que el acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la prestación ante un caso de inejecución de la obligación sin constitución en moral(

Esa falta de reconvencción al deudor conduce a la no existencia de mora.

139), puesto que desde aquel momento pueden los contratantes reclamar el cumplimiento de la obligación contractual cuya certeza jurídica resulta indiscutible.

Tal como lo indica Claro Solar, la constitución en mora del deudor produce los siguientes efectos:

“b) Hace recaer sobre el deudor el riesgo del cuerpo cierto, cuya entrega deba. El deudor ha debido entregar el cuerpo cierto al acreedor desde el momento que esa entrega deja de estar subordinada a una condición o a un plazo y si por no entregarla el cuerpo cierto se deteriora o perece en su poder es él y no el acreedor quien carga con ese riesgo, porque lo ha retenido indebidamente.

c) Hace responsable al deudor del caso fortuito o fuerza mayor a que de otro modo no estaría obligado, siendo el caso fortuito de aquellos que no hubiera dañado a la cosa debida si la hubiera entregado al acreedor, como ya lo hemos explicado.

d) Impone al deudor la obligación de indemnizar al acreedor los perjuicios compensatorios y moratorios a que haya lugar”(

Claro Solar. Ob. Cit., pág. 751.

140).

Con base en lo indicado, el tribunal encuentra que los intereses de mora deben reconocerse desde la fecha de terminación del convenio unificatorio, pues a esa época, gracias a los dictámenes practicados, se puede encontrar una cifra cierta y real de los dineros que correspondían a Angelcom por cuenta de la obligación incumplida por parte de Teleupar, aunque sea del caso aclarar que dicho incumplimiento no se configuró desde entonces sino desde mucho antes. El dictamen pericial financiero determinó y englobó un monto determinado expresado en valores corrientes a octubre de 2002. Dicho en otros términos, ese monto que equivale a dos mil setenta y tres millones de pesos moneda corriente (\$ 2.073.000.000), es el resultante de la sumatoria de lo arrojado durante el período que cobijan todos los convenios (1997 a 2002). Por la negligencia de la entidad estatal, por decir lo menos, no se pudo encontrar la facturación individual y concreta para cada línea y por cada mes en un espacio de ese período, lo que implicó para el perito el tener que realizar proyecciones y conclusiones con base en lo encontrado directamente en las contabilidades de Teleupar y de Angelcom y en el propio SAT. Situación esta que llevó a determinar ese monto.

Siendo ello así se actualizará la cifra de cada año para llevarla a valor de octubre de 2002, vencido el cual y frente a un monto claro y determinado se

podrá aplicar la tasa de interés moratorio pertinente, que será, entonces, lo que se hará y como resultado de lo cual efectuará reconocimientos este tribunal(El Consejo de Estado en providencia del 11 de octubre de 2001, condenó a la Empresa de Acueducto de Bogotá a pagar intereses moratorios desde la fecha de la mora. Entonces dijo: "Ahora bien, el motivo del reclamo formulado consiste en que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá no realizó los pagos oportunamente, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo sexto, ordinal b), del contrato 167 de 1990, la empresa contratante debía efectuar los pagos "...dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de las cuentas de cobro..." (fl. 10 cdno. 2), plazo que no cumplió dado que, por el contrario, se excedió en el término pactado, causando perjuicios al consorcio demandante.

Al respecto, encuentra la Sala, tal como lo señaló el a quo, que el incumplimiento en los pagos que se atribuye a la entidad demandada puede predicarse de las siguientes cuentas de cobro: 149899, 150588, 150589, 150590, 151030, 151029, 151825, 153512, 153894, 153895, 154139, 154672, 151678 y 151612 pues, como se advierte de la certificación expedida por el pagador de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (fls. 494 a 498 cdno. 2), la mora en el pago se dio respecto de las cuentas de cobro aquí referidas, mas no en relación con las que no se mencionan expresamente.

En efecto, al comparar las fechas de presentación de las cuentas de cobro mencionadas, con las del pago efectivo de las mismas, se encuentra que se superó el término de sesenta (60) días con que contaba la administración para tal fin. El retraso en el pago, respecto de cada una de las cuentas de cobro, tomando en consideración la fecha de presentación de éstas y el plazo de gracia de sesenta (60) días pactado por las partes. Así las cosas, se produjo un incumplimiento del contrato por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por cuanto, como lo reconoce la propia entidad demandada, no efectuó oportunamente la cancelación a que, en cada caso, se encontraba obligada, por lo que hay lugar a liquidar los valores tardíamente pagados".

141).

Ahora bien, durante el proceso los dictámenes periciales establecieron las líneas que de manera culpable, lo dice ahora el tribunal, no fueron consideradas por Teleupar debiéndolo haber sido; también esos experticios establecieron el momento de la facturación, el valor corriente a octubre de 2002, y la actualización a la fecha de su presentación.

En relación con dicha actualización, encuentra el tribunal que el dictamen financiero presentó dos escenarios que se dirigen a ello. Mediante el primero, se aplicó la tasa de descuento(

Según el dictamen financiero, la tasa de descuento "es la tasa de interés o la tasa de retorno que se aplica al proyecto y refleja el nivel de rentabilidad que se espera del mismo...(y) sin perjuicio de negociación entre las partes, se establece normalmente en correlación con la tasa de interés vigente en la economía y en correlación con los niveles de tasa de inflación, que permiten a su vez estimar la tasa de interés real vigente". Dictamen financiero, pág. 15.

142) pactada en los artículos 5º y 9º del anexo financiero y que corresponde al 42.5%. Según se desprende también de ese dictamen, si bien ese porcentaje en el presente se antoja como excesivo, correspondió a uno que se ajustaba a

la realidad existente cuando se pactó, esto es diciembre de 1998, tal como se desprende del dictamen financiero en donde, a folios 15 y 16, se evidencia que(

En similar sentido, en el escrito de aclaración y complementación del dictamen financiero, se lee (fl. 6), después de ratificar los datos indicados: "De lo anterior se deduce que las tasas definidas por las partes e incorporadas a los convenios y modelos económicos se ajustaban de manera razonable a las condiciones existentes en la economía en el momento de suscripción de los mismos".

143):

- Mientras la tasa de descuento pactada en octubre de 1996 fue de 46.75%, la tasa efectiva anual de interés bancario corriente era de 42.29%, la tasa efectiva anual de interés para créditos ordinarios de libre asignación era de 44.04% y la tasa de inflación de 21.64%.
- Mientras la tasa de descuento pactada en noviembre de 1997 fue de 36.00%, la tasa efectiva anual de interés bancario corriente era de 31.47%, la tasa efectiva anual de interés para créditos ordinarios de libre asignación era de 35.99% y la tasa de inflación anual de 17.68%;
- Mientras la tasa de descuento pactada en diciembre de 1998 (convenio unificador) fue de 42.50%, la tasa efectiva anual de interés bancario corriente era de 47.71%, la tasa efectiva anual de interés para créditos ordinarios de libre asignación era de 48.90% y la tasa de inflación de 16.70%.

La segunda alternativa que presenta, parte de la aplicación de la tasa de interés bancario certificada por la

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria, lo que incluso acepta Teleupar si se atiene a lo dicho en los alegatos de conclusión, en donde se lee que "1.2.3. En relación con la tasa de interés, ... Teleupar acepta los argumentos del perito en relación con la tasa propuesta —la DTF, y considera razonable utilizar la tasa de interés bancario corriente, certificada por la Superintendencia Bancaria"(

Página 55 de los alegatos de Teleupar.

144).

Hay una tercera posibilidad que el convocante planteó y que consiste en utilizar la tasa DTF pero que como se observa de la transcripción anterior, dejó de lado en los alegatos de conclusión, al aceptar los argumentos de los peritos.

El tribunal comparte las apreciaciones de los dos peritos financieros, incluido el segundo convocado para pronunciarse sobre el error grave y finalmente son las que acaba aceptando Teleupar en sus alegatos de conclusión respecto de no acoger la tasa DTF. En especial resalta del segundo estas afirmaciones, que ahora hace suyas: "... la (sic) tasas DTF no representa por sí misma el costo del dinero en el mercado financiero. Es solo un parámetro que utiliza la economía colombiana (sic) para determinar una tasa promedio de captación y en ningún momento es representativa para efecto del retorno de una inversión que se realiza"(

Página 37, dictamen que se pronuncia sobre objeciones por error grave.

145) y “por las razones expuestas y que son de índole eminentemente financieras, no comparto las cifras preparadas por Teleupar, porque no son representativas del flujo de inversión que requirió el proyecto en cada una de las etapas de ejecución, además de aplicar la tasa DTF significa un sesgo bastante significativo, en razón a que su origen de cálculo es semanal a través de promedios ponderados, lo cual hace que al calcular la tasa mensual, al promedio hay que volver a sacarle un promedio, lo cual hace que el dato obtenido vaya perdiendo objetividad a través del tiempo y del uso que se le vaya dando. Su utilización sesgaría de manera evidente el verdadero valor del dinero en el tiempo, si se tiene en cuenta que la DTF es una base para determinar las tasas variables de colocación de créditos, lo cual sería totalmente inequitativo para las partes en conflicto”

Páginas 38 y 39, dictamen que se pronuncia sobre objeciones por error grave. 146).

La realidad de la economía en 1998, indica que lo pactado en el unificatorio se ajustaba al ordenamiento jurídico, toda vez que la tasa de descuento era incluso inferior al interés bancario corriente. Ello denota la validez de las estipulaciones correspondientes. Empero, ello no significa que sea esa la tasa que tenga que aplicarse en el tema bajo examen.

El tribunal no lo considera así porque:

a) Entiende que las normas que regulan la materia son de orden público y que aplican, incluyendo como parte de ellas y gracias a ello, los desarrollos administrativos de concreción de tasas, tanto para el momento de su celebración como para el instante del cobro y pago. Es decir que si una tasa pactada como interés remuneratorio o moratorio o bien a manera de actualización o también como tasa de descuento, encaja dentro de los límites normativos permitidos, ese pacto es válido y genera la validez de la pagado y recibido a su amparo.

Si con el transcurso del tiempo y por el devenir económico y la situación de los mercados, la tasa pactada resulta excesivamente alta, incluso llegando o sobrepasando los límites autorizados aún de usura, frente a pagos aún no realizados, no es posible seguir aplicándola porque conllevaría vulneración de normas imperativas que en todo momento deben respetarse. Tampoco deviene en nula la estipulación pertinente. En ese caso, deben las partes o en su defecto el juez considerar la situación real del momento y ajustar el pago a ella y a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

b) En el caso que nos ocupa, vale decir el incumplimiento de la obligación de Teleupar, las partes no convinieron tasa alguna de actualización o de interés remuneratorio habida consideración que la tasa de descuento estipulada se hizo para otros propósitos, cuales eran las emanadas de las revisiones anuales y del valor de rescate.

Así pues, en este contexto, el tribunal acogerá lo dicho por los dictámenes financieros en relación con la aplicación de la tasa bancaria corriente hasta la fecha de terminación del convenio unificatorio (oct./2002). De ahí en adelante se aplicará la tasa de interés moratorio que será la supletiva proveniente del artículo 884 Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510

de 1999, por tratarse de un negocio mercantil, a cuyo tenor “Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente...”.

La aplicación de la tasa de interés moratorio a partir del vencimiento del contrato, también se explica porque fue en octubre 27 de 2002, cuando Angelcom reclamó y presentó la cuenta de cobro número 0179, relativa al valor de rescate que era en las condiciones que en ese momento se obstinaba en aceptar Teleupar, el concepto mayor que generaba recursos a favor del convocado. Por supuesto que mientras más se agregara a la bolsa de ingresos, más se disminuía el valor de rescate. Incluso de mantener la postura de Teleupar acerca de reconocer solamente 11.380 líneas comercializadas y dada la validez del artículo 9º del anexo financiero, sobre valor de rescate, posiblemente la cifra que tendría que pagar Teleupar sería mayor a la que resulta de este laudo. Ello si se considera que la tasa de descuento pactada, por demás válida en su momento, es mayor al uno y medio del interés bancario corriente a que equivale el interés moratorio.

6. Pronunciamiento expreso respecto de las pretensiones de la demanda principal.

Con apoyo en el marco teórico expuesto, el tribunal entra ahora a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la demanda de Teleupar, así:

6.1. Pretensiones principales.

Teleupar de manera principal presentó las siguientes pretensiones:

Primera: “Que se declare que Teleupar suscribió con Angelcom, los siguientes contratos: el contrato CARC-11/10/96 de 11 de octubre de 1996, el contrato CARC-10/11/97 de 10 de noviembre de 1997, y el contrato CARC-16/12/98 de 16 de diciembre de 1998, por medio del cual se integraron los convenios CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97 en uno solo”.

En el proceso ha quedado plenamente demostrado que las partes suscribieron los contratos CARC 11/10/96 de octubre 11 de 1996 y CARC 10/11/97 de 10 de noviembre de 1997, los cuales se integraron en el CARC 16/12/98, motivo por el cual así lo declarará el tribunal.

Segunda: “Que se declare la nulidad absoluta del contrato unificatorio CARC-16/12/98, con sus modificaciones, en su integridad, por contrariar normas imperativas y por tener objeto ilícito, en cuanto:

- Estructuró un sistemas de prestaciones económicas opuesto al mandado por la Ley 37 de 1993.
- Contiene estipulaciones contrarias y se suscribió en contravención a prohibiciones de la ley orgánica de presupuesto y de sus decretos reglamentarios.
- Contiene estipulaciones tarifarias que violan la Ley 142 de 1994”.

Los vicios imputados al contrato unificatorio suscrito en 1998 no se presentan por cuanto:

- Al contrato suscrito, incluyendo los convenios que lo precedieron, no le eran aplicables los artículos 9º y 10 de la Ley 37 de 1993; pero aun siéndolo, el sistema económico pactado no violenta ninguna norma imperativa de la

Nación; más bien es consecuente con el tipo de contrato suscrito dados el momento y circunstancias que rodearon su celebración.

- Ninguna norma presupuestal violó en razón a que el eventual pago del valor de rescate, en los términos pactados, se enmarca dentro del concepto de obligaciones sujetas a condición suspensiva, lo que supone todo lo contrario a la exigencia legal que regula requisitos presupuestales, cual es el no nacimiento al momento de suscribir el contrato de obligación alguna;
- A más que no toda norma dentro de la pirámide jurídica comporta el concepto de derecho público de la Nación, como premisa para la existencia de nulidades por su violación, no encuentra el tribunal que el esquema tarifario haya sido vulnerado con el pacto convenido. Al contrario ese pacto se ajustó a la normatividad vigente. Otra cosa es que las tarifas recibidas de los usuarios, las que no se afectaron por cuenta del convenio, se reparta en la proporción consignada en él.

Por ello, esta pretensión será denegada.

Tercera: “Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión segunda, se declare la nulidad absoluta de los convenios CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97, unificados en el convenio CARC-16/12/98, con sus modificaciones, en su integridad, por tratarse de un mismo contrato, y/o por contratar normas imperativas y por tener objeto ilícito, en cuanto:

- Estructuraron un sistema de prestaciones económicas opuesto al mandado por la Ley 13(sic) de 1993.
- Contiene estipulaciones contrarias y se suscribieron en contravención a prohibiciones de la ley orgánica de presupuesto y de sus decretos reglamentarios.
- Contiene estipulaciones tarifarias que violan la Ley 142 de 1994”.

Al ser esta pretensión consecuencial de la anterior y dada su no prosperidad, esta tampoco está llamada a ser despachada de manera favorable.

Cuarta: “Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión segunda y la pretensión tercera, se declare que:

a) No hay lugar a liquidar el contrato CARC-16/12/98, ni los contratos CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97, ni a nuevos pagos por Teleupar a Angelcom, en virtud del convenio o los convenios.

b) Teleupar y Angelcom deben hacerse las restituciones recíprocas de lo recibido en cumplimiento del contrato CARC-16/12/98 y de los contratos CARC-11/10/96 y CARC-10/11/97”.

Por los motivos expuestos en las pretensiones anteriores, esta también se denegará.

Quinta: “Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, Angelcom pagará a Teleupar intereses sobre las sumas debidas, a partir de la contestación de la demanda y hasta que el laudo quede ejecutoriado, si se opone a ella (C.C., art. 964 y C. Co., art. 884)”.

Todas las consecuenciales de la pretendida y fallida nulidad, se deben despachar, como consecuencia de ello, desfavorablemente para el actor.

Sexta: “Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato CARC-16/12/98, y de sus convenios previos, para asegurar la prevalencia del interés público sobre el privado, y la continuidad en la prestación del servicio público de telefonía, y para mantener la nulidad funcional de los diversos

bienes destinados por las partes a la prestación del servicio público de telefonía, se declare que:

a) Teleupar ha adquirido propiedad, por “adjunción” (C.C., arts. 713 y 727), o en subsidio por “especificación” (C.C., art. 732), sobre todos los bienes muebles puestos a disposición de Teleupar por Angelcom en desarrollo del contrato CARC-16/12/98, y de los convenios previos a él, y sobre los repuestos entregados por él a Teleupar, y sobre los derechos adquiridos por el contratista para el uso o instalación de tales pares.

b) Que los demandados deben conseguir que se haga cesión a Teleupar de los derechos que tengan en el contrato para el uso y aprovechamiento de los bienes descritos arriba, en caso de que los mismos no sean de su propiedad.

c) Que la adquisición de la propiedad que Teleupar ha hecho en virtud de la adjunción (o en subsidio de la especificación), de todos los bienes muebles identificados como atrás queda dicho, implica que Teleupar debe pagar por tales bienes a Angelcom, su valor actual;

d) Que ese valor actual se determinará así:

e) Sin perjuicio de lo que se pruebe en el proceso, me reservo el derecho a plantear en desarrollo de este, el valor máximo de los bienes puestos a disposición de Teleupar, en ejecución del contrato CARC-16/12/98, y de los convenios previos a él, que en principio estimo en \$ 4.057.350.292”.

No se accederá a esta pretensión dada la no prosperidad de la que proviene y que tiene por causa.

Séptima: “Que se condene en costas al demandado, si se opone a estas pretensiones”.

No habrá condena en costas por cuanto parcialmente prosperan pretensiones de ambas partes, motivo por el cual esta también será negada.

6.2. Pretensiones subsidiarias: incumplimientos.

En caso en que el tribunal no acceda a la segunda y tercera pretensión, tal como en efecto acontece, solicitó Teleupar las siguientes pretensiones:

6.2.1. Incumplimientos relacionados con la planta externa, red de acceso e infraestructura de la infraestructura instalada en ejecución del convenio.

Primera: “Que se declare que Angelcom incumplió y está incumpliendo la obligación de satisfacer los requerimientos técnicos para la instalación de la planta externa que se establecieron contractualmente y que prescribe el ordenamiento jurídico. En concreto, dicho incumplimiento consiste, entre otros aspectos, en que:

a) El asociado instaló cable de cobre aéreo violando las condiciones de los anexos técnicos y las normas de diseño y construcciones de redes externas.

Las pruebas arrimadas al proceso, en particular la pericial de orden técnico, por excelencia llamada a pronunciarse sobre estos aspectos, no indican el incumplimiento de esta obligación ni mucho menos estableció el monto de los eventuales perjuicios que produjo. Incluso el actor no reprochó ni objetó el dictamen por cuenta de lo atinente a este específico tema. Por ello, esta pretensión será negada.

b) “En muchos tramos de la canalización se incumple la norma técnica sobre ductería libre, la cual es de 30% para canalización”.

El dictamen pericial demostró que esta obligación consignada en el anexo técnico

Capítulo “Diseño”, pág. 6, inciso 4.

(147), no fue cumplida en su totalidad por el contratista, todo lo cual impone un pronunciamiento en ese sentido del tribunal.

c) “La distancia entre cámaras de la red es mayor a la medida máxima de 80 metros”.

En varios lugares se demostró el incumplimiento del contratista de esta obligación, motivo por el cual así lo dejará sentado el tribunal.

d) “En la red construida se utilizó infraestructura de Electricaribe S.A. como apoyo para la instalación de los cables de abonado”.

De las pruebas recogidas tiene certeza el tribunal que no existe una prohibición para el contratista de usar la infraestructura de otras entidades. El anexo técnico establece que se procurará no utilizarla, lo que de plano supone la inexistencia de la prohibición y la posibilidad, en ciertos eventos de su uso. Pero a más de ello y con lo cual es suficiente para negar la pretensión, también quedó acreditado en el proceso que la instalación del servicio de telefonía utilizando postes de la energía eléctrica fue realizada en muchas ocasiones, no por Angelcom, sino directamente por Teleupar.

e) “No se han suministrado los repuestos de conformidad con lo establecido en el anexo técnico del convenio”.

El tribunal encontró la existencia de la obligación a cargo de Teleupar de suministrar, una vez vencido el contrato y por una vez, un stock de materiales. El dictamen acreditó específicamente esa lista, circunstancia en cuya virtud el tribunal, entonces, ordenará la entrega de esos materiales a cargo de Angelcom.

f) “Angelcom omitió realizar un estudio de demanda detallado para la proyección del diseño de las redes y entregó a Teleupar únicamente memorias de metodología teórica”.

No se acreditó por parte de Angelcom el cumplimiento de la obligación oportuna, adecuada y completa del estudio de demanda que estaba a su cargo. Incluso el dictamen pericial financiero da cuenta que el llamado estudio de demanda, de cuya constancia de entrega oficial data de 2000, no reúne los elementos y condiciones para ser considerado como tal con el grado de eficiencia que se reclamaba.

En frente del manejo poco ortodoxo del contrato, aunado a las dificultades y entramamientos en la consecución de la prueba documental que evidenció el tribunal cuando practicó la diligencia de exhibición de documentos en Valledupar, puede tener alguna explicación en que no haya aparecido dicho estudio en los archivos de Teleupar por demás precarios; pero lo que sí resulta diciente de la insatisfacción íntegra y oportuna de esta obligación es que en los archivos de la convocada no apareció ni siquiera copia simple de esos estudios que hubieran sido entregados en las fechas que emanan de los acuerdos suscritos en 1996, 1997 y 1998.

Por estos motivos, encuentra el tribunal acreditado el incumplimiento incoado y así lo declarará.

g) “No se ha aportado el inventario de toda la red”.

Según claras previsiones contractuales, a la terminación del convenio debía realizarse un inventario de toda la red construida por Angelcom, que sería en últimas la que sería objeto de traslado de propiedad para la entidad estatal.

Durante el proceso, no se acreditó que Angelcom hubiera hecho entrega de ese inventario ni tampoco que en los archivos de Teleupar reposara copia de él. Todo lo cual indica, en efecto, la insatisfacción de esta obligación, lo que conduce a que así deba declararlo el tribunal.

Segunda: “Que, como consecuencia de la pretensión anterior, el tribunal ordene a Angelcom ejecutar, a su costa, todas aquellas actividades que, de acuerdo con los peritos, sean necesarias para que la infraestructura instalada en ejecución del convenio cumpla con lo establecido en el literal a) de la cláusula cuarta del convenio, en todo lo que tiene que ver con los requisitos para la infraestructura instalada, y particular pero no exclusivamente en los aspectos relacionados en la pretensión anterior”.

El tribunal ha encontrado que algunas de las imputaciones sobre incumplimientos son eficaces dadas las pruebas recogidas en el proceso y observa que la medida consecuencial que en esta pretensión se incoa, no alude al pago de los perjuicios que se deriven de esos incumplimientos sino que ella se concentra en la orden de ejecutar las actividades y obras que conduzcan a que la infraestructura sea adecuada e idónea para los propósitos que le son propios.

Por sustracción de materia habrá obligaciones incumplidas que no pueden ser satisfechas ahora, como es el caso de la relativa a los estudios de demanda. Ante esta situación y dado que en referencia a este particular punto existe más adelante una pretensión concreta y particular, el tribunal en el marco de esta precisa petición ordenará que Angelcom a su costa construya los tramos de la canalización en que conforme con el dictamen no se cumplió con la norma técnica sobre ductería libre a objeto de dejar a salvo el porcentaje de 30%; así mismo ordenará construir las obras que se requieran a efectos de alcanzar la distancia entre cámaras de la red de al menos 80 metros, en los sitios determinados expresamente en el dictamen pericial técnico; ordenará entregar

el conjunto de materiales y repuestos que en el mismo dictamen se especifica y ordenará confeccionar y aportar el inventario actualizado de la toda la red por él diseñada y construida y que trasladará a Teleupar.

Angelcom deberá dar inicio al cumplimiento de esas obligaciones, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firmeza de este laudo. La duración de esas obras será la que por su naturaleza resulte ser la necesaria y lógica, todo lo cual será definido por ambas partes en acta que así deberá disponer. Vencido ese plazo sin que se haya satisfecho integralmente la obligación, podrá darse aplicación al artículo 1610 Código Civil(

El artículo 1610 Código Civil dice así: "Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
3. Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

148) para que Teleupar a costa de Angelcom las acometa y dicho costo generará a partir del vencimiento de ese plazo los intereses moratorios correspondientes a la máxima tasa que resulta de aplicar en su momento el artículo 884 Código de Comercio.

Tercera: "Que se declare que Angelcom incumplió y está incumpliendo la obligación de mantener y transferir la propiedad de la infraestructura a que se refieren los literales l) y p) de la cláusula cuarta del convenio, por cuanto:

- a) Ha utilizado como parte de la red externa que debía construir y poner a disposición de Teleupar en ejecución del convenio, infraestructura que no es de su propiedad sino de terceras personas, sin encontrarse autorizado para ello.
- b) No ha tomado las medidas necesarias para que Teleupar reciba el derecho de propiedad sobre la totalidad de la infraestructura instalada en ejecución del convenio".

En los términos pedidos no puede acceder el tribunal a reconocer esta pretensión habida cuenta que en el proceso no se ha probado que Angelcom hubiera utilizado infraestructura de terceras personas en relación con los bienes a que se comprometió. Encuentra el tribunal que esta petición tiene relación directa con la que encierra la declaratoria de incumplimiento por utilización de la infraestructura de otras entidades estatales, la que en los términos antes referidos fue negada.

Sí es claro que la propiedad de los bienes a que se refieren los literales l) y p) de la cláusula cuarta del convenio unificatorio aún no han sido trasladados a la entidad, lo que deberá suceder una vez quede en firme este laudo.

Cuarta: "Que Angelcom tome todas las medidas que sean necesarias y suficientes, determinadas con la ayuda de perito, para garantizar que cuando Teleupar reciba en propiedad la infraestructura a la que tiene derecho según el contrato, reciba la totalidad de la infraestructura instalada o que Angelcom ha

debido instalar en ejecución del convenio, incluyendo los postes donde sean necesarios, o infraestructura instalada en forma subterránea”.

En cumplimiento del literal l) de la cláusula cuarta del contrato unificador, Angelcom debe transferir la propiedad de la infraestructura y redes que diseñó y construyó y que Teleupar por conducto de sus funcionarios e interventoría aprobó, con las correcciones que se derivan de lo resuelto en la pretensión segunda antedicha, tal como en su momento lo ordenará el tribunal.

Pretensión subsidiaria a la cuarta: “Que, de no ser posible, por pertenecer a terceros, transferir a Teleupar la propiedad de toda la infraestructura que se instaló o debió instalar para cumplir con el contrato CARC-16/12/98, Angelcom ceda a Teleupar los contratos que ha suscrito con terceras personas para el arrendamiento o uso de postes como parte de la infraestructura”.

Como subsidiaria de la anterior y en cuanto ella prosperó, esta resulta inocua.

Quinta: “Que, Angelcom indemnice a Teleupar la totalidad de los perjuicios ocasionados y que se ocasionen por el incumplimiento de su obligación de entregar la infraestructura libre de las cargas económicas que se generan por el uso de la infraestructura de terceras personas en el funcionamiento de la red instalada en ejecución del convenio, así como de su obligación de entregar la planta externa cumpliendo con los requisitos de última tecnología y primera calidad establecidos en el convenio. Sin perjuicio de que en el proceso se prueben perjuicios por una cuantía superior, Teleupar ha estimado preliminarmente el valor de \$ 457.583.797, sin incluir ítems como el uso de infraestructura de Electricaribe y el estudio de demanda. En todo caso solicitó que, al definir el monto de los perjuicios, se aplique el artículo 16 de la Ley 446 de 1998”.

Encuentra el tribunal que esta pretensión se refiere a los perjuicios que se deriven por la no entrega de la infraestructura libre de las cargas económicas que se generan por el uso de la infraestructura de terceras personas en el funcionamiento de la red instalada en ejecución del convenio y por la no entrega de la planta externa cumpliendo con los requisitos de última tecnología y primera calidad establecidos en el convenio.

Como ha dicho el tribunal no se acreditó en el proceso por parte del convocante que la infraestructura dispuesta por Angelcom sea de terceros, motivo por el cual no puede condenarse a esos perjuicios, los que por demás tampoco se probaron.

En lo tocante con los requisitos de tecnología y calidad establecidos en el convenio, respecto de cuyo incumplimiento en esta pretensión se reclaman perjuicios, observa el tribunal que en principio un incumplimiento tal no pidió ser declarado, por lo que se podría presentar una incorrecta formulación de la pretensión pues para tener derecho a perjuicios derivados de incumplimientos obligacionales, resulta elemental solicitar el incumplimiento previo de la correspondiente obligación como causa de aquellos. Sobre este particular, debe recordarse que los incumplimientos que de manera precisa, concreta y detallada relacionó Teleupar se encuentran consignados en la pretensión

primera subsidiaria, dentro de los cuales no se relaciona el que ahora se comenta.

La jurisprudencia y doctrina se han pronunciado respecto de los poderes de interpretación de la demanda que tiene el juez. Lo han hecho para permitirlos en ciertas circunstancias en que se debe dar preeminencia a lo sustancial sobre lo ritual y en tanto en cuanto no se afecte el principio de la congruencia(Ver pronunciamiento sobre la pretensión séptima subsidiaria de este laudo. 149).

En este concreto caso, entiende el tribunal que a pesar de no haberse pedido el incumplimiento esbozado, podría perfectamente pronunciarse sobre él para efectos de los daños incoados, en razón a que la enumeración que presenta la pretensión primera subsidiaria no es taxativa y a que del texto de la demanda se infiere que Teleupar cuestiona lo relativo a la tecnología y calidad de la planta.

Esa interpretación a la que llega el tribunal, producto de la deficiente presentación de la pretensión, lo conduce a que deba examinar si en el proceso quedó probado dicho incumplimiento.

Más allá de las afirmaciones y de los petitorios que se encuentran en la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención, no aparece una prueba que dé cuenta de ellos. Al contrario, reposa en el expediente y así lo confirman los peritos, que Teleupar en ejecución del contrato, no solo jamás cuestionó las obras realizadas por el contratista sino que las aprobó y recibió a satisfacción, tal como se desprende de las actas de los comités de coordinación y de las actas de recibo.

Pero, además, el dictamen técnico en manera alguna da cuenta de este supuesto incumplimiento ni Teleupar en las objeciones formuladas se ocupó de cuestionar en concreto este punto, así sea por omisión del peritazgo.

Tampoco reposa prueba en el proceso de los perjuicios derivados por el cuestionamiento impetrado.

De otro lado, al mencionar los supuestos perjuicios que arrojan las obligaciones incumplidas, el actor menciona los estudios de demanda siendo que el motivo esgrimido nada tiene que ver con este aspecto porque una cosa es la calidad y tecnología de la infraestructura que es lo reclamado y muy otra y sin relación con aquella lo relativo al estudio de demanda.

Dada la confusión que proviene de la redacción ambigua e imprecisa de esta pretensión, se cuestiona ahora el tribunal si lo que pide el actor se circunscribe a los perjuicios derivados de los incumplimientos que enuncia en la primera parte de la pretensión, en donde no tiene cabida lo atinente a los estudios de demanda. O si los perjuicios reclamados, además, de esos casos, también son los provenientes de esta situación.

Estudiando el texto integral de la demanda, encuentra el tribunal que Teleupar reiteradamente ha defendido la falta de cumplimiento de la obligación a cargo de Angelcom en lo que respecta a estudios de demanda. Incluso de manera clara lo pide en la pretensión primera subsidiaria, aunque como consecuencia de ella, que corresponde a la segunda, no pretende el pago de perjuicios sino

el cumplimiento de la obligación, situación no predicable de la obligación en comento, dada su total ausencia de lógica y necesidad en estos momentos.

La aplicación gramatical de la pretensión segunda y de esta, darían al traste con las consecuencias pecuniarias que se derivarían de este incumplimiento.

Empero, a pesar de la equivocada formulación de las pretensiones, no le cabe duda al tribunal que de la interpretación integral de la demanda se infiere que Teleupar está requiriendo tanto un pronunciamiento sobre el incumplimiento como sobre los daños probados.

En este punto, destaca el tribunal que los eventos de incumplimiento hasta ahora esgrimidos no se han atado por parte del actor a la cláusula penal de que trata el literal m) de la cláusula cuarta del convenio unificatorio y el artículo 1592 del Código Civil, sino a los perjuicios que se prueben en el proceso, lo que es perfectamente posible al tenor de lo indicado en el artículo 1600 Código Civil.

A pesar de haberse probado la falta de Angelcom en relación con el cumplimiento cabal, completo y oportuno de la obligación sobre estudios de demanda, no puede decirse lo mismo respecto de los perjuicios que dicho incumplimiento produjo a Teleupar. Ellos no se fijaron en el dictamen ni Teleupar reclamó por ese particular motivo.

Aunque sea de paso manifestarlo, este incumplimiento sí ha producido consecuencias, no en punto de perjuicios para Teleupar por falta de prueba, pero sí para Angelcom en razón a que por efectos de su descuido en este tema, el valor de rescate que podría aplicarse y que fue probado en el dictamen, se niega.

De manera que, en los términos indicados, esta pretensión será denegada.

6.2.2. Cláusula penal.

Sexta: “Que se declare que los incumplimientos a que se refieren las pretensiones anteriores son graves, por referirse a algunas de las obligaciones esenciales del contrato, y por afectar la calidad en la prestación del servicio a cargo de Teleupar, así como su rentabilidad”.

En el contexto del contrato las obligaciones incumplidas no afectaron parte fundamental del objeto cual es diseñar y construir una red externa pues tal como se desprende del dictamen pericial esos incumplimientos son marginales en el contexto general del contrato.

Por eso, los incumplimientos probados no pueden catalogarse como graves en la perspectiva pedida, esto es por afectación de una obligación esencial que produce menoscabo en la prestación del servicio y en la rentabilidad del proyecto.

No existen pruebas en el expediente que den cuenta de un mal servicio o de la afectación de rentabilidad por motivos de no haberse cumplido, no de manera total, sino tan solo parcial y muy residual, tal como emana del dictamen, lo concerniente a los ductos, a la distancia entre cámaras de la red, al inventario

de la infraestructura y al suministro de una serie de materiales para ser usados una vez termine el contrato.

Lo atañadero a los estudios de demanda se vincula con el riesgo que asumió el contratista, particularmente en referencia con el valor de rescate. En sí misma esa obligación no hace relación propiamente dicha con la infraestructura y la red externa y, por consiguiente con la prestación misma del servicio. Su efecto está enmarcado en la variación que puede darse de los ingresos recibidos respecto de los proyectados y, por esa vía, en el valor de rescate. Por lo que el efecto de este particular incumplimiento incide de manera directa en la retribución de Angelcom que sería el directo y más afectado, como en verdad ocurre.

Como lo que se pide es que esos incumplimientos son graves por desatender obligaciones esenciales y afectar la calidad del servicio y la rentabilidad para Teleupar, nada de lo cual fue probado, el tribunal negará esta pretensión en los términos pedidos.

Séptima: “Que, como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión anterior, y según lo dispuesto en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil, se ordene a Angelcom pagar el valor de la cláusula penal que establece el literal m) de la cláusula cuarta del contrato, esto es, una suma equivalente al 10% de la inversión requerida para la ejecución del contrato, en caso de incumplimiento del contrato. Dicha inversión se previó en la suma de \$ 6.266.274.284, de tal forma que el 10% de la misma equivale a la suma de \$ 626.627.428”.

El convocante está pidiendo la indemnización de perjuicios que de manera anticipada se pactó en el contrato, como consecuencia, no del simple incumplimiento de obligaciones sino de la declaratoria de la pretensión anterior, esto es, de la que se ocupa de los perjuicios que se deriven de incumplimientos graves de obligaciones esenciales que afectaron la calidad del servicio y su rentabilidad, nada de lo cual se probó.

En el esquema general de la demanda, se encuentra que el actor requiere la declaratoria de varios incumplimientos, los que a la luz de la normatividad vigente podrían dar lugar al pago de los perjuicios probados, si así se solicita.

Empero, en varios de ellos, no reclama daños sino la ejecución real de la obligación incumplida. Respecto de otros, demanda los perjuicios que no son los pactados anticipadamente sino los probados en el proceso. Y se reserva el reclamo por la cláusula penal, entonces, no en relación con incumplimientos de cualquier naturaleza sino con los considerados graves por corresponder a obligaciones esenciales que afectan la prestación del servicio y la rentabilidad.

Es decir que la cláusula penal pecuniaria la limitó en su aplicación y petición a eventos en donde está de por medio la existencia de culpa grave de obligaciones esenciales.

No considera el tribunal que en virtud de los poderes que tiene de interpretación, pueda y deba “transformar” la petición de perjuicios referida a

incumplimientos graves de obligaciones esenciales portadores de ineficiencia, a una que se limite al pago de los que se deriven de las obligaciones incumplidas, independientemente si existe o no culpa grave, si es o no esencial la obligación incumplida, si afecta o no el servicio y la rentabilidad del proyecto.

Ello por cuanto implicaría desbordar los precisos ámbitos a que está obligado a respetar el tribunal en virtud de lo previsto en el artículo 305 Código Procedimiento Civil, reformado por el artículo 1º, numeral 135 del Decreto 2282 (principio de congruencia).

Al efecto, vale la pena señalar que la “doctrina y jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, han entendido que la incongruencia aparece: a) cuando el juzgador se pronuncia sobre cuestiones que no fueron sometidas a su conocimiento (extra petita); b) cuando se concede más de lo pedido (ultra petita) y, c) cuando el juez omite, total o parcialmente, decidir respecto de las pretensiones formuladas o de las excepciones propuestas (mínima petita)”(

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Exp. 25.560.C.P. Germán Rodríguez Villamizar. 150).

En consecuencia, el tribunal denegará esta pretensión.

Octava: “Que se declare que, una vez realizado el inventario general de la infraestructura instalada, de acuerdo con la obligación de transferencia de la propiedad de la infraestructura del literal L) de la cláusula cuarta del mismo, Angelcom debe realizar todas las reparaciones necesarias para que la misma se adecue en su integridad a los requerimientos técnicos establecidos en el contrato y en el ordenamiento jurídico aplicable”.

El tribunal ha encontrado que Angelcom debe corregir lo relativo a los ductos libres y la distancia entre cámaras de la red, que debe entregar los materiales que corresponden al listado incluido en el dictamen pericial técnico y que debe realizar un inventario de la infraestructura y red que diseñó y construyó.

En el proceso no se acreditaron deficiencias diferentes que afectaran la red externa construida, por lo que el tribunal se pronunciará expresamente en relación con esos puntos mas no respecto de otros que no se probaron.

Novena: “Que se declare que con base en las actas de entrega o documentos similares en donde conste qué bienes instaló Angelcom, o con base en el inventario de la infraestructura, el asociado debe transferir la propiedad de esa infraestructura a Teleupar en forma inmediata”.

El tribunal encuentra que en virtud del literal I) de la cláusula cuarta del contrato unificadorio, Angelcom se obligó a la terminación del contrato, transferir a Teleupar la propiedad de la infraestructura y de las redes y todos los derechos que posea, para lo cual resulta fundamental realizar un inventario total y completo.

En consideración a ello, esta pretensión debe prosperar y así lo declarará el tribunal.

Décima: “Que se declare que Angelcom debe realizar todas las obras, construcciones, reparaciones o demás actividades necesarias, determinadas con la ayuda de perito, para que la transferencia de la infraestructura se realice con todos los requerimientos técnicos establecidos en el convenio para la misma”.

.La prueba pericial determinó, en relación con la construcción de lo contratado, deficiencias menores en lo relativo a la ductería libre de canalización y a la distancia entre las cámaras de la red, lo que da lugar, conforme con lo pedido, a que el tribunal ordene su construcción y recibo a satisfacción de Teleupar.

Undécima: “Que se declare que la obligación de suministro de repuestos del contrato CARC-16/12/98, que contiene los literales e) y f) de la cláusula cuarta del mismo, y décima primera, hace referencia a todos los elementos de la infraestructura instalada en ejecución del convenio incluyendo los repuestos necesarios para el funcionamiento de la planta externa”.

El literal e) de la cláusula cuarta se refiere a la obligación que recae en cabeza de Angelcom sobre reparación o reemplazo de tramos de redes que presenten defectos por mala calidad del material o mala utilización de mano de obra. En desarrollo del proceso no se probó que existieren tramos de red con defectos, por lo que debe negarse este aparte.

En virtud del literal f) de dicha estipulación, el contratista se obligó a:

- Mantener una adecuada provisión de materiales, de conformidad con la cláusula de reparación y/o reemplazo de tramos de red, a fin de garantizar el servicio al usuario por el tiempo de vida útil de las mismas. A su vez la cláusula décima primera indica que el “contratista manifiesta que durante todo el término de este convenio, los materiales para el mantenimiento de las redes que aporte, serán los adecuados. Que si los mismos no cumplen con las condiciones requeridas serán reemplazados o reparados, a su costa. Las redes construidas, también serán reparadas y/o reemplazadas, a su costa, en caso de no ser construidas bajo las especificaciones acordadas en este convenio”.

- “Al finalizar el convenio Teleupar dispondrá de un stock original de materiales. Igualmente, a partir de dicho evento, el suministro a Teleupar se hará a título de venta, de acuerdo con la lista de precios vigente a la fecha de compra”.

Dentro del contexto indicado es claro que durante la vigencia del contrato, Angelcom debía reemplazar y reparar la red y/o sus materiales cuando esta presentara inconvenientes de manera que garantizara el cumplimiento de las exigencias técnicas correspondientes. Al finalizar debe suministrar un stock de materiales que se concretó gracias al dictamen pericial, cumplido lo cual cesa su obligación en relación con este contrato pues el suministro de materiales futuro se hará al amparo de otro negocio ajeno e independiente del contrato que convoca a este tribunal, todo lo cual lo declarará.

Duodécima: “Que, como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene a Angelcom suministrar los repuestos que le permiten a Teleupar tener el stock original de repuestos, de conformidad con el literal e) de la cláusula cuarta; un perito determinará cuáles son los repuestos necesarios”.

El tribunal accederá a esta pretensión, ordenando que Angelcom debe entregar dentro de los 10 días siguientes a la firmeza de este laudo los materiales que

se probaron durante el proceso mediante la prueba pericial practicada y que en concreto incluye lo siguiente:

| DESCRIPCIÓN | UNIDAD | CANTIDAD |
|---|--------|----------|
| Alambre 2x22 AWG romper de 0.4 mm | M | 1.567 |
| Alambre doble chaqueta 2x18 AWG | M | 66.647 |
| Argolla de dispersión para poste | U | 1.224 |
| Argolla guías para poste | U | 323 |
| Aro tapa cámara grande | U | 1 |
| Bloque de 20 pares | U | 1 |
| Cable relleno de 600 pares | M | 193 |
| Cable autosoportado de 20 pares | M | 27 |
| Cable relleno de 900 pares | M | 72 |
| Cierre para cinta bandit de 3/8 | U | 331 |
| Cinta de acero bandit de 3/8 | ROLLO | 6 |
| Cinta de acero bandit de 1/2 | ROLLO | 2 |
| Conectores UY2 | U | 1.200 |
| Empalme de 200 a 300 pares | U | 1 |
| Empalme de 600 a 900 pares | U | 2 |
| Empalme de 900 a 1200 pares | U | 2 |
| Empalme de 1200 a 1800 pares | U | 1 |
| Encapsulante para empalme | Gramos | 12.667 |
| Marco para cámara tipo F2 | U | 1 |
| Regleta 4000C para empalme | U | 55 |
| Regleta amarilla de 25 pares para armario | U | 1 |
| Soporte azul para regleta de 25 pares | U | 1 |
| Tapa para cámara F2 | U | 1 |
| Tensor plástico para abonado | U | 4.733 |
| Tornillo de ojo | U | 100 |

Décima tercera: “Que se declare que el contrato en general, y en particular la cláusula décima quinta del mismo, no deben interpretarse en el sentido de que Teleupar tiene alguna obligación, durante la ejecución del convenio o a su finalización, en virtud de la cual deba asumir, directa o indirectamente, el riesgo de que la demanda real por los servicios prestados con la infraestructura instalada en ejecución del convenio sea inferior a la demanda prevista en el contrato, sus anexos y modelos, o asumir la carga económica de ese riesgo”.

Ha dejado sentado el tribunal que la cláusula décima quinta no puede interpretarse ni aplicarse de manera aislada al anexo financiero, el que no es un simple apéndice accesorio y secundario del contrato, sino que integra con él un único cuerpo que recoge la voluntad de las partes.

En particular es clara esa unidad de cuerpo en tratándose del llamado riesgo compartido y de garantías de demanda, en razón del hilo conductor que prescribe la parte final de la citada cláusula, en cuya virtud lo previsto en esta se entiende de conformidad con el plan de negocios acordado. Plan este que también se integra con lo reseñado en el aludido anexo financiero.

Siendo ello así, encuentra el tribunal complementariedad y no contradicción entre la cláusula décimo quinta y el artículo noveno del anexo financiero que corresponde al que regula el llamado valor de rescate y, en consecuencia, no existe garantía de demanda ni reconocimiento de Teleupar a Angelcom por

cuenta de ingresos menores a los estimados, producto de una demanda menor, si el nivel de ingresos se ubica en el límite de “+ o -10% sobre los ingresos netos proyectados de los modelos, dentro de cuya franja (+ o -10 %), los ingresos netos recibidos por Angelcom que se obtenga en desarrollo del convenio son a riesgo o beneficio de Angelcom”.

Décima cuarta: “Que se declare que:

a) No existe norma del ordenamiento jurídico alguno de la que se desprenda que Teleupar tiene la obligación, deber o carga, durante la ejecución del convenio o a su finalización, de asumir el riesgo de que la demanda real por los servicios de telefonía prestados con la infraestructura instalada en ejecución del contrato sea inferior a la demanda prevista en el contrato, sus anexos y modelos”.

No existe en el ordenamiento jurídico una norma que incluya que Teleupar o una entidad estatal tiene una obligación, deber o carga semejante a los planteados en la pretensión. Es el acuerdo de las partes el llamado a regular el tema del manejo de los riesgos con bastante amplitud y libertad, tal como ocurrió en el contrato que se analiza y lo que el tribunal encuentra perfectamente lícito.

En el caso de la contratación estatal, que como se ha dicho, no aplica a este caso, sí existe una norma en virtud de la cual, cualquiera de las partes y, por ende, el Estado podría responder por situaciones presentadas durante la ejecución del contrato, en los términos del principio de la ecuación contractual que recoge el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.

b) “Ninguna de las cláusulas del convenio obliga a Teleupar, ni directa ni indirectamente, a realizar pago alguno que compense económicamente a Angelcom por la diferencia existente entre la demanda real de los servicios durante la ejecución del convenio y la demanda proyectada en el modelo económico del convenio o en las revisiones que se describen en el mismo, o que compense la disminución de los ingresos producida por esa diferencia”.

El convenio unificador regula un valor de rescate para ser aplicado en determinados eventos en donde los ingresos netos recibidos por Angelcom son diferentes a los proyectados en el modelo económico. Así que en los términos gramaticalmente expresados en la pretensión no existe obligación alguna, mas sí se contempla la posibilidad de acceder a un valor de rescate cuando se cumplan las hipótesis que el artículo 9º del anexo financiero contempla. Ello sin perjuicio de las revisiones anuales que prescribe el artículo 5º del anexo financiero, las que en realidad jamás se dieron.

Ahora bien, “al no haberse hecho la revisión anual, el contrato termina sin ajuste alguno y sus cláusulas de liquidación, en especial el ajuste al valor de rescate final (art. 9º del anexo financiero) se convierte en un mecanismo de garantía de demanda, pues solamente acepta una desviación de ingresos en relación con la proyección inicial de 10%, que en la práctica representa una garantía del 90% de la demanda”

Aclaraciones y complementaciones del dictamen financiero. Enero 24 de 2005, pág. 13.

(151).

c) Las revisiones anuales a que se refiere el anexo financiero, no deben en ningún momento asegurar el retorno financiero proyectado para Angelcom en los casos en que dicho retorno se vea afectado por una demanda proyectada.

Las revisiones anuales que regula el artículo 5º del anexo financiero y que no se dieron durante el desarrollo del contrato, están instituidas para ajustar el modelo económico ofrecido por Angelcom y aceptado por Teleupar, resultado de lo cual pueden utilizarse los mecanismos de compensación que el mismo regula.

d) “Las obligaciones de pago de Teleupar deben calcularse únicamente teniendo en cuenta las líneas vendidas, y que por las mismas deben entenderse las líneas que efectivamente se encuentren facturando”.

En cuanto el convenio unificatorio, incluyendo dentro de él los anexos técnico y financiero, no adolece de ningún vicio de nulidad absoluta, las obligaciones de pago de Teleupar deben circunscribirse a lo expresamente pactado y no a los términos indicados en esta pretensión que en manera alguna corresponden a lo convenido. Por eso, esta pretensión debe negarse.

e) La metodología que se debe utilizar para realizar los ajustes al modelo económico a que se refiere el anexo financiero debe respetar en todo momento la interpretación del contrato a que se refieren las pretensiones anteriores.

Esta pretensión se enmarca dentro del esquema planteado en la demanda, según la cual no existe garantía alguna a favor de Angelcom por ingresos o demanda menores a los proyectados, lo que implica preferencia en la aplicación de la cláusula décimo quinta e ilicitud de los artículos 5º y 9º del anexo financiero. El tribunal ha dicho que ello no es así, motivo por el cual tendrá que denegarse.

En subsidio de las pretensiones subsidiarias décima tercera y décima cuarta, el convocante solicitó que se concedan las siguientes pretensiones:

6.3. Pretensiones respecto del contrato CARC-16/12/98.

Décima quinta: “Que se declare que la evolución del mercado de telecomunicaciones y su impacto sobre las finanzas de Teleupar a partir de la suscripción del contrato y en el futuro previsible, así como las reglas sobre tarifas, han sido para Teleupar circunstancias extraordinarias que al suscribir y perfeccionar el contrato eran imprevisibles, y que alteran y agravan las prestaciones de futuro cumplimiento para la empresa hasta el punto de resultarle excesivamente onerosas”.

No se acreditó durante el proceso la existencia de circunstancias extraordinarias, sobrevinientes, imprevisibles e imprevistas que hicieran más oneroso para Teleupar la ejecución del contrato.

Lo que se encontró es que Teleupar dejó de reconocer 4.483 líneas en verdad comercializadas al amparo del contrato unificatorio, las que sumadas a las 11.380, arrojan un número que supera el número de líneas a comercializar que

el convenio contempló (15.000). Significa ello que las previsiones del contrato se superaron, lo que de plano niega los elementos de la teoría de la imprevisión.

Si a eso se añade que, según lo emanado de los dictámenes practicados, los ingresos que recibiría Teleupar por cuenta de la infraestructura que recibe dada su vida útil, en manera alguna se puede pregonar de un negocio que, a más de malo, coloque a la estatal en estado de máxima onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero es que el dinero que debe pagar Teleupar nace del incumplimiento de su obligación de retribuir a Angelcom la participación acordada respecto de las tarifas pagadas por los usuarios y que la entidad recibió en su momento. Por ello, esta pretensión debe negarse.

Décima sexta: “Que como consecuencia de la declaración a la que se refiere la pretensión anterior, y por virtud del artículo 868 del Código de Comercio, el tribunal:

— Revise el contrato, ordenando que a partir de la ejecutoria del laudo, Teleupar solo debe pagar al contratista las cifras que resulten al introducir en el “modelo económico” o “anexo financiero” los cambios que el tribunal determine en forma motivada y equitativa, basados en peritazgos, que habrían permitido a la empresa, o que permitan a quien haya de asumir las obligaciones y derechos derivados de este contrato, seguir operando y atendiendo sus obligaciones sin incurrir en pérdidas relacionadas con ese contrato;

— O, si tal revisión no es posible, que decrete la liquidación del contrato, sin indemnización para ninguna de las partes y sin aplicar las provisiones contractuales sobre terminación que puedan resultar excesivamente onerosas para Teleupar”.

Como efecto de la anterior declaración, esta en su carácter de consecucional, tampoco prospera.

6.4. Pretensión común sobre costas.

Décima séptima: “Que se condene en costas a los demandados, si se oponen a cualquiera de las pretensiones de la demanda”.

Ya dejó dicho el tribunal que no habrá condena en costas para ninguna de las partes, motivo por el cual esta pretensión se tiene que negar.

7. Pronunciamiento expreso respecto de las pretensiones de la demanda de reconvención.

Con apoyo en el marco teórico expuesto, el tribunal entra ahora a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones de la demanda de reconvención presentada por Angelcom, así:

7.1. “Que Teleupar S.A. ESP, hoy en liquidación, por razón de los hechos y omisiones que serán probados en el presente proceso y porque en las oportunidades y cuantías pactadas Teleupar S.A. no pagó a Angelcom S.A. las sumas acordadas, incumplió las obligaciones derivadas del convenio suscrito

con Angelcom S.A. el 16 de diciembre de 1998 que integró bajo un solo modelo económico y en similares condiciones, sustituyó las obligaciones, privilegios, derechos y garantías de los convenios de joint venture 1 y 2 suscritos entre las mismas partes el 11 de octubre de 1996 y el 10 de noviembre de 1997, que denominaron “Acuerdo modificatorio celebrado entre Teleupar y Angelcom S.A. para integrar los joint venture 1 y 2 en uno solo”, con el objeto de desarrollar un proyecto de telefonía local en Valledupar”.

En el proceso ha quedado acreditado que sobre 4.483 líneas pertenecientes al convenio y que reportaron ingresos para Teleupar, la entidad estatal no reconoció al convocado los ingresos a que tiene derecho, según las participaciones acordadas, lo que, dada la obligación que tenía Teleupar, implica incumplimiento del contrato, tal como lo declarará el tribunal.

También ha quedado probado que contrario al ámbito y creencia manejados por las partes referido a un global de 11.380 líneas comercializadas, la aplicación del artículo 9º del anexo a la realidad fáctica ocurrida y probada, arroja una cifra por concepto de valor de rescate, según se evidencia en los dictámenes periciales, bastante menor a la que corresponde a esos ámbito y creencia y que fue plasmada en la demanda de reconvención. Esto por cuanto a pesar que en el proceso se acreditó que en desarrollo del convenio bajo examen las líneas en verdad comercializadas alcanzan un número de 15.863, los ingresos netos reales por ellas percibidas, no alcanzan a superar el porcentaje del 90% pactado, a partir del cual no habría lugar a ese valor de rescate.

Ahora bien, las pruebas recaudadas en el proceso dan cuenta que Teleupar a la fecha no ha cancelado ningún valor por aplicación del valor de rescate, que corresponde a parte de lo pedido. Empero, la pretensión que se estudia ahora señala que los hechos probados, en este caso el no pago del valor de rescate, implica incumplimiento de una obligación a cargo de Teleupar. El tribunal ha dicho que una obligación tal está sujeta al cumplimiento serio, cabal y completo de la obligación de Angelcom sobre el estudio de demanda, lo que en realidad tampoco aconteció. Por ello, no puede pregonarse un incumplimiento de Teleupar por este preciso concepto.

Aparte de lo comentado acerca del no pago por parte de Teleupar sobre el total de líneas comercializadas, no se acreditó ningún otro incumplimiento de obligaciones por parte de Teleupar. Se advierte, claro, que la no realización de las revisiones anuales que el anexo financiero estructuró, obedeció a motivos predicables de las dos partes.

Por ello, la declaración que emana de esta pretensión se limitará a declarar el incumplimiento de Teleupar en relación con el punto reseñado exclusivamente.

7.2. “Que, en consecuencia, se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. todas las sumas de dinero que adeuda y que resulten probadas en este proceso por todo concepto; cuyo monto total de conformidad con el modelo económico no podrá exceder del 110% de los ingresos estimados, ni inferior al 90% del valor de los ingresos estimados, representados en la factura 0184 por valor de \$ 6.264.053.000; según lo previsto y acordado

por las partes en los anexos financieros del convenio y en el artículo 9º de los mismos”.

Mediante esta pretensión el demandante en reconvención solicita que como consecuencia de los incumplimientos contractuales o hechos que nacen al amparo de la primera pretensión, se condene al demandado a pagar “todas las sumas de dinero que adeuda y que resulten probadas en este proceso por todo concepto”. En otros términos el demandante está solicitando que se condene al pago de los perjuicios que resulten probados cualquiera sea su naturaleza y cuantía, claro está provenientes de los incumplimientos de obligaciones que también se prueben en el proceso.

Ahora bien, por razones que escapan a este tribunal, el actor delimitó en la segunda parte de la pretensión el monto máximo de condena, el que según la primera parte era ilimitado. Lo hizo en cuantía de \$ 6.264.053.000. Traduce ello en que, así los perjuicios acreditados durante el proceso superen esa cifra, el tribunal tiene como tope máximo para efectuar reconocimiento pecuniario esa suma, pues, una condena superior implica violación del principio de la congruencia. Sobre este punto, conviene aclarar que el límite “autoimpuesto” por la convocada, cubre los daños que se prueben por todo concepto, con exclusión de los intereses moratorios por cuanto para estos se contempló en la demanda de reconvención una pretensión expresa y diferente de esta (cuarta). Siendo ello así, dentro de esta pretensión podría incluirse lo concerniente a la actualización de sumas de dinero, cualquiera que sea el método observado para el efecto, dentro del amplio abanico de posibilidades que brinda en la actualidad la ciencia financiera, tal como se desprende de los experticios financieros practicados.

Bajo ese prisma, se recuerda que durante el proceso se pudo probar la existencia de las 4.483 líneas a que se aludió en el pronunciamiento anterior. Los perjuicios que este incumplimiento trae consigo, parten del reconocimiento de los ingresos que tiene derecho Angelcom según las participaciones acordadas.

Esos ingresos presentados en valores corrientes fueron probados durante el proceso mediante dictamen pericial financiero. En particular sobre este punto, no hubo objeción alguna por parte de Telepar. Su impugnación se dirigió al número de líneas encontradas por los dictámenes, mas no respecto de los ingresos que ellas o algunas de ellas arrojaron a favor de Angelcom.

En relación con los ingresos obtenidos por la facturación de las líneas no reportadas por Telepar, en especial, la comprendida durante el período de septiembre de 1997 a diciembre de 1999, el dictamen pericial financiero estableció que:

“El supuesto que se ha utilizado para el efecto, aplicado a las líneas no reportadas en el período sobre el cual no se tiene información cierta, esto es de diciembre de 1999 hacia atrás, es que en este lapso los ingresos de las líneas no reportadas tuvieron un comportamiento igual y la misma estructura porcentual de los componentes de ingresos al que presentaron las líneas reportadas. En este contexto, los resultados del modelo económico... son los siguientes:

Líneas del convenio reportadas por Teleupar 11.380

Líneas del convenio no reportadas por Teleupar 4.483

Total líneas con facturación durante la vigencia del convenio 15.863

Fuente de información de las líneas: a) Para líneas reportadas: Informes de contabilidad hasta diciembre de 1999 e información del sistema SAT desde enero de 2000; b) Para líneas no reportadas: proyecciones

Peritazgo económico-financiero, capítulo IV, anexo 3.

(152) realizadas por el perito para el período hasta diciembre de 1999 e información del sistema SAT desde enero de 2000"

Aclaraciones y complementaciones al informe del perito económico-financiero, literal D, numeral 3º, págs. 38 y 39.

(153).

Es sabido que para la procedencia de la indemnización, es requisito sine qua non que el daño reparable sea cierto. La certeza del daño hace referencia a la necesidad de que el fenómeno que lo genera (conducta activa u omisiva del agente) se haya causado(

Tamayo Jaramillo, Javier. De la responsabilidad Civil. Tomo IV, De los perjuicios y su Indemnización. Temis, Bogotá, 1999, pág 15.

154), para que ante los ojos del juez aparezca con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante(

Tamayo. Ob. Cit., pág. 17.

155).

La certeza del daño no debe confundirse con la de su cuantía. Si el juez tiene la íntima convicción de que el daño se ha producido, no puede abstenerse de condenar escudándose en que no aparece suficientemente cuantificado; sobre esto, recuérdese que la jurisprudencia ha sostenido que lo indispensable es la prueba de la existencia del perjuicio(

Tamayo. Ob. Cit., pág. 16.

156).

El juez para condenar a la indemnización, además de establecer la existencia del daño debe hacer también lo pertinente frente a su cuantía. Sin embargo, frente a esta última, no siempre es posible obtener procesalmente esa prueba matemática, directa y exacta(

Al respecto, el doctrinante argentino Augusto Mario Morello en su obra Indemnización del daño contractual, 2ª edición, Buenos Aires, 1974, pág. 172, sostiene que "para que el daño dé margen a la reparación, debe ser efectivo y determinable, importando poco que la determinación sea matemática y rigurosamente posible".

157); es ahí donde la labor del juez adquiere mayor relevancia y la prueba pericial todo su sentido(

Tamayo. Ob. Cit., pág. 385.

158).

En sentencia del 17 de noviembre de 1967, el Consejo de Estado expresó:

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan relieves que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumentos de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas”.

El fallador en busca de una sentencia en derecho, debe alimentarse de todos los instrumentos que sean necesarios para la formación de su convencimiento, en especial, de aquellos medios probatorios que la ley consagra, y claro está, de su buen juicio. En otras palabras, tratándose de la indemnización de perjuicios “ha de apreciársela en función de la prueba, de la cual se extraen los elementos coadyuvantes a su mejor establecimiento, pero en modo alguno restringiendo o eliminando el arbitrio judicial” (

Morello. Ob. Cit., pág. 342.

159).

En nuestro derecho, el juez está obligado a determinar el monto indemnizable, acudiendo a los medios aportados durante el proceso que hayan servido para su convencimiento, a su buen juicio y a la equidad (

Artículo 16, Ley 446 de 1998.

160).

En consonancia con lo anterior y reiterando lo anotado por el tribunal, en el proceso ha quedado debidamente acreditado el incumplimiento de Teleupar en cuanto a su obligación de reconocer los ingresos que tiene derecho Angelcom según las participaciones acordadas, por el hecho de no haber reportado 4.483 líneas. Este incumplimiento generó para Angelcom un perjuicio que se traduce en no haber recibido los ingresos a los que tenía el legítimo derecho en virtud del convenio.

Probado el incumplimiento, probado el número de líneas que ese incumplimiento abarca, el tribunal encuentra que los perjuicios que arroja y que traducen en el reconocimiento de ingresos y su actualización, están suficientemente acreditados en el proceso a través del experticio practicado, el que merece todo su respaldo por contener bases científicas para la elaboración de las proyecciones y hechos ciertos y probados que sustentan aquellas. A ello debe sumarse que, se reitera, Teleupar no realizó objeción alguna sobre la cuantificación a que se alude.

Es decir que ante la certeza de la existencia del perjuicio, es labor del tribunal establecer la cuantía del mismo, basándose en los medios de prueba que obran en el proceso. Precisamente la ayuda del peritazgo para cuantificar los ingresos a que tiene derecho el convocado parte del incumplimiento de Teleupar para reconocer lo pactado y de la negativa de la entidad para entregar al tribunal las facturas para cada uno de las líneas telefónicas comprometidas. Al respecto, no debe perderse de vista que al tribunal en la diligencia de exhibición llevada a cabo en Valledupar se le indicó que salvo los documentos que se presentaron en esa ocasión, no se poseían más. Sin embargo, el perito técnico posteriormente logró ubicar una serie de documentos relacionados con

el tema, entre ellos la contabilidad y la facturación general y global de la entidad, elemento este fundamental para el examen y conclusiones del perito financiero respecto del tema ahora analizado.

De manera que, para este tribunal, la proyección elaborada por el perito financiero, goza de toda solidez para ser un medio de convicción en cuanto a la cuantía del perjuicio(

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 5327, en sentencia del 29 de noviembre de 1999, M.P. Nicolás Bechara Simancas, expresó que "el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial; y en sentencia del 28 de junio de 2000, Exp. 5348, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, reiteró su posición anotando que "tal como lo proclama la jurisprudencia de la corporación, el sentenciador goza de discreta autonomía, que no arbitrariedad, para valorar los medios de convicción que obran en el proceso y, por ende, extraer las conclusiones razonables y lógicas que de ellos se desprendan para la composición de la pendencia sometida a su definición".

161), toda vez que "la opinión técnica constituye otro medio de convicción que debe ser sopesado por el funcionario judicial en la etapa procesal correspondiente, atendiendo la firmeza, precisión, y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito, en conjunto con las demás pruebas que integran el proceso"(

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, dentro del proceso 13349, resolviendo sobre la petición de aclaración al dictamen pericial que fijó los eventuales daños y perjuicios.

162).

Según el dictamen pericial, respecto de las 4.483 líneas no reconocidas por,(sic) dadas las participaciones que contractualmente se convinieron a favor de Angelcom, en valores corrientes existe una diferencia en su favor de dos mil setenta y tres millones de pesos (\$ 2.073.000.000).

Con base en lo indicado por el tribunal en capítulo precedente, a esa cifra que resulta de la sumatoria de valores corrientes durante toda la vigencia del contrato, se le debe aplicar durante ese mismo período, la tasa bancaria corriente, todo lo cual arroja un valor a octubre de 2002 de cuatro mil setecientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos ochenta y ocho mil sesenta y cuatro pesos moneda corriente (\$ 4.755.488.064). Cifra esta por debajo del límite impuesto por la propia demanda de reconvención, lo que enerva cualquier posibilidad de ajuste.

En anexo de este laudo, el tribunal consigna el cuadro de donde emanan todas las cifras que tienen que ver con la obligación incumplida de Teleupar sobre el pago de los ingresos de 4.483 líneas.

Con lo dicho, queda sin piso la argumentación de Teleupar presentada en los alegatos de conclusión, en virtud de la cual, no existen elementos de juicio con que cuente el tribunal para pronunciarse sobre los efectos económicos de las pretensiones. Claro está que esa aseveración se sustenta en "razón de la mala calidad de los dictámenes periciales y que estos incurrieron en errores graves"(

Página 7 de los alegatos de Teleupar.
163).

Una vez más recuerda el tribunal que el actor objetó los dictámenes periciales técnico y financiero, de cuyos análisis se extractan las cifras referidas. Como prueba de las objeciones, pidió unos segundos experticios, lo que fue aceptado por el tribunal. Los segundos dictámenes, igualmente uno técnico y otro financiero, no solo no encontraron ningún error de los primeros, sino que avalaron y confirmaron su dicho.

Insiste el tribunal que el hecho de no haberle dado la razón, no implica rechazo ni significa error del dictamen. Incluso la opinión contraria tampoco.

La realidad procesal es que existen dictámenes consistentes, coherentes, serios y bien detallados que brindan elementos fundamentales desde la perspectiva técnica y financiera al fallador. Muchas de sus afirmaciones, el propio tribunal las encuentra respaldadas con otras pruebas. Frente a ello, está la postura del apoderado de Teleupar a quien parece que el simple hecho de no darle la razón per se engendra descrédito y descalificación. El tribunal lo dice así no solo por lo acontecido frente a los dictámenes sino también por lo que pasó en relación con la competencia, en donde a pesar de la opinión de un juez del circuito, del Tribunal Superior de Bogotá, de la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y del propio tribunal de arbitramento, sin contar con la Corte Constitucional, insiste en calificativos improcedentes simplemente por no darle la razón.

7.3. “Que igualmente se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. las sumas de dinero que adeuda y que resulten probadas en este proceso por concepto de 400 pares telefónicos más que fueron recibidos por Teleupar S.A., según certificación de la misma, según el precio pactado, por cuanto que acrecen su patrimonio y para se(sic) destinan a la explotación económica en la prestación del servicio y no se incluyen en el modelo económico”.

Es cierto que se probó la construcción de 20.400 pares de red externa, frente a los 20.000 que cubría el convenio. Con el objeto de cuantificar los perjuicios, entre otros motivos, se decretó y practicó un dictamen pericial. Sobre este particular punto, ninguna manifestación ni objeción presentó Angelcom para pedir o cuestionar los perjuicios causados u omitidos. Por ello, se negará esta pretensión.

7.4. “Que sobre las sumas de capital anteriores y desde la fecha o fechas en que fueron causadas, se condene a Teleupar S.A. a pagar a favor de Angelcom S.A. intereses comerciales moratorios según lo previsto en el Código de Comercio o los que se determinen en el laudo de conformidad con la ley comercial y las tasas de interés certificadas por la

NOTA: A partir del 26 de noviembre del 2005, fecha de la publicación del Decreto 4327 del 2005, se fusionan la Superintendencia Bancaria en la de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.

(*)Superintendencia Bancaria”.

En capítulo precedente el tribunal expuso sus criterios en torno de la cláusula vigésima del convenio unificatorio, de la tasa de interés moratorio aplicable al caso y del momento a partir del cual se deben esos intereses.

Con fundamento en esos criterios, el valor deducido mediante prueba pericial que corresponde al incumplimiento de Teleupar en lo que atañe a la obligación de pagar a Angelcom los ingresos por líneas comercializadas, alcanza a octubre de 2002, según emana de lo dicho por este tribunal respecto de la pretensión segunda de la demanda de reconvención, la suma de cuatro mil setecientos cincuenta y cinco millones cuatrocientos ochenta y ocho mil sesenta y cuatro pesos moneda corriente (\$ 4.755.488.064).

Por ello y considerando lo dicho en el numeral 5.2.5 de este laudo, los intereses moratorios que resultan de la aplicación del artículo 884 Código de Comercio, son del orden de cuatro mil seiscientos treinta y un millones ciento trece mil ciento cincuenta y dos pesos moneda corriente (\$ 4.631.113.152). Esta suma tiene como fecha de corte el 15 de mayo del año en curso.

En anexo de este laudo, se consigna el cuadro correspondiente.

7.5. “Que se condene a Teleupar S.A. a pagar a favor de Angelcom S.A. todas las sumas de dinero por concepto de costas, expensas, agencia en derecho y por todo gasto en que se incurra en el presente proceso”.

Se reafirma la negación de la pretensión sobre costas, dentro de las cuales, como se sabe, se incluyen las agencias en derecho.

7.6. “Que se condene a Teleupar S.A. ESP (en L) a pagar a favor de Angelcom S.A. el monto total de las condenas decretadas en el laudo que se profiera, a partir de la fecha de su ejecutoria más intereses comerciales moratorios hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago de conformidad con lo previsto en el inciso 5º del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”. De las declaraciones y condenas que hace el tribunal tanto en relación con la demanda de Teleupar como respecto de la demanda de reconvención de Angelcom, se infiere que Teleupar tiene derecho a que el convocado realice las obras que en este laudo se determinan y a su vez está el derecho de Angelcom sobre los dineros que resultan de la prosperidad de las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda de reconvención.

Esta petición se enmarca dentro del conjunto de derechos de la convocada; empero, implica que, por tratarse de un proceso único, el tribunal deba resolver también acerca del momento en que debe iniciarse la construcción de las obras a cargo de Angelcom, lo cual realizó cuando se pronunció sobre las pretensiones de Teleupar (segunda subsidiaria, entre otras).

Siendo ello así el tribunal dispondrá que:

- Angelcom dé inicio al cumplimiento de las obligaciones a su cargo, según este laudo, dentro de los 10 días siguientes a su firmeza. La duración de esas obras será la que por su naturaleza resulte ser la necesaria y lógica, todo lo cual será definido por ambas partes en acta que así deberá disponer. Vencido ese plazo sin que se haya satisfecho integralmente la obligación, podrá darse aplicación al artículo 1610 Código Civil para que Teleupar a costa de Angelcom las acometa y dicho costo generará a partir del vencimiento de ese plazo los intereses moratorios correspondientes a la máxima tasa que resulta de aplicar en su momento el artículo 884 Código de Comercio.

- La suma liquidada que proviene de la prosperidad de las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda de reconvención, o sea la suma de nueve mil trescientos ochenta y seis millones seiscientos un mil doscientos diez y seis pesos moneda corriente (\$ 9.386.601.216), deberá ser cancelada por Teleupar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de este laudo, tiempo ese durante el cual no se generarán ningún tipo de intereses. Vencido ese plazo se iniciará la causación de intereses moratorios en los términos del artículo 884 Código de Comercio.

8. Pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por Angelcom.

En la contestación de la demanda, Angelcom refuta cada uno de los puntos que Teleupar plantea en apoyo de sus pretensiones, así como expone sus argumentos en relación con cada una de las pretensiones incoadas, todo ello en el propósito de negar la existencia de causal alguna de nulidad absoluta del contrato unificatorio, de negar los incumplimientos reseñados y de negar la configuración de la teoría de la imprevisión.

Es decir que en estricto sentido no son excepciones en los términos que la jurisprudencia y doctrina han planteado, esto es, mecanismos de defensa que se encaminan a enervar las peticiones de la demanda(

"La excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él" (COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978).

"La excepción, en términos generales, es todo medio de defensa que propone el demandado frente a las pretensiones del actor" (Palacio Hincapié, Juan Angel. Derecho procesal administrativo, 4ª edición. Bogotá, 2004).

164), sino que se trata de tesis y argumentos que se dirijan a explicar la validez del contrato y el pleno acatamiento por parte de Angelcom de las obligaciones nacidas del contrato.

En cuanto el tema de la validez del contrato, de los incumplimientos imputados a Angelcom y de la teoría de la imprevisión corresponden a puntos expresamente planteados por el convocante, el tribunal se ha ocupado de ellos, teniendo en cuenta las pruebas recogidas en el proceso y, por supuesto, lo indicado por las partes en los diferentes escritos presentados.

En esos términos ha analizado lo expuesto por Angelcom en su contestación de la demanda; mas no lo hará ahora utilizando el expediente de las excepciones siendo que no lo son, salvo las siguientes que con toda claridad tienen esa connotación.

8.1. Incompetencia del tribunal para conocer la pretensión de nulidad.

En el numeral 4.2 de este laudo, el tribunal expuso su postura en torno de la competencia clara que tiene para conocer y pronunciarse acerca de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, motivo por el cual denegará esta excepción.

8.2. Caducidad de la acción.

Angelcom con apoyo en la legislación aplicable a la contratación estatal que recoge la Ley 80 de 1993, propone la caducidad de la acción. Tal como acontece con el punto anterior, el tribunal en el numeral 4.1 señaló los

argumentos que le conducen a sostener que no se ha producido el fenómeno jurídico de la caducidad ni tampoco el de la prescripción. Las normas civiles aplicables al contrato que convoca a este tribunal, mas no las propias de un régimen público que resultan impertinentes, así lo fundamentan. Por ello, esta excepción no prospera como en su momento lo declarará.

9. Pronunciamiento sobre las excepciones propuestas por Teleupar.

En su escrito de contestación de la demanda de reconvención, Teleupar propuso las siguientes 11 excepciones, muchas de las cuales corresponden a las mismas pretensiones de la demanda principal, así:

9.1. Nulidad absoluta por objeto ilícito y contravención de normas imperativas.

Teleupar presenta esta excepción en términos semejantes a sus peticiones acerca de la nulidad absoluta del convenio unificatorio. El tribunal in extenso se ha ocupado del tema y ha dicho que la alegada nulidad no se presenta, motivo por el cual esta excepción no prospera.

9.2. Angelcom no tiene derecho sustancial ni procesal a que se haga contra Teleupar la declaración que ha pedido.

Se basa esta defensa en que Teleupar no ha garantizado demanda por servicio; que Angelcom solicita pretensiones que carecen de base contractual y que los árbitros no pueden ejercer facultades propias de las partes, tales como hacer liquidaciones con apoyo a reglas sujetas a interpretación.

Por corresponder a un tema expresamente planteado y que de manera clara incide en la definición acerca de la nulidad del contrato, el tribunal ha establecido el marco jurídico y contractual que delinea el acuerdo de voluntades. A ese respecto ha indicado que es posible que las partes definan autónoma y libremente lo concerniente al manejo de riesgos y al establecimiento de garantías. No existe en nuestro ordenamiento una norma con contenido material de ley que impida hacerlo, por lo que del acuerdo demandado no es dable predicar los vicios esgrimidos.

El incumplimiento que el tribunal ha encontrado y que declarará como respuesta a lo pedido en la demanda de reconvención, encuentra pleno respaldo en las obligaciones asumidas por Teleupar, particularmente en lo que respecta al pago a Angelcom del porcentaje pactado sobre los recaudos por tarifas y a su incumplimiento en relación con 4.483 líneas.

De otro lado, debe indicarse que el examen que realiza el tribunal acerca del cumplimiento del contrato, nace precisamente de las pretensiones que las partes de manera recíproca realizaron para lo cual tenía, necesariamente, que definir el alcance jurídico del contrato y de varias de sus estipulaciones.

Por todos estos motivos, esta excepción no prospera.

9.3. Falta de competencia del tribunal de arbitramento por indebida conformación.

Una vez más Teleupar insiste en el ya largo debate que se ha planteado en relación con la integración de este tribunal.

En varias piezas procesales se incluyen los argumentos que respaldan la integración conforme a la ley de este tribunal, los que en este laudo se reiteran. Ello sin perjuicio de lo dicho por varias autoridades para quienes el reproche del convocante no tiene sustento alguno, muchas de las cuales corresponden a un juez colegiado en donde ni siquiera un salvamento de voto se presentó, tal como puede constatarse de los pronunciamientos del Tribunal Superior Judicial

de Bogotá y de la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Así que esta excepción tampoco prospera.

9.4. Falta de competencia del tribunal de arbitramento en relación con los hechos vigésimo segundo a vigésimo noveno.

Teleupar cuestiona la competencia del tribunal para pronunciarse en relación con la declaratoria de incumplimiento que incoa Angelcom derivada de lo expuesto en los hechos vigésimo segundo a vigésimo noveno de la demanda de reconvención. Sustenta su solicitud en que el convenio unificador previo como requisito previo para acudir al arbitramento, el agotamiento de los procedimientos de arreglo directo que las partes pactaron, los que no se cumplieron en relación con los incumplimientos reclamados por el convocado.

Ahora bien, recuerda el tribunal que Teleupar, así sea a manera de pretensión subsidiaria y lo que para estos efectos no tiene relevancia, incoa una serie de incumplimientos, respecto de los cuales no existe prueba, como tampoco ocurre en los señalados por Angelcom, acerca de que todos y cada uno de ellos hayan sido debatidos y planteados en el seno del comité de coordinación, tal como demanda el convenio, ni mucho menos ante la “segunda instancia” que él regula, integrada por los representantes legales de las partes.

Esta remembranza sirve para señalar la manera bastante particular, por decir lo menos, como ha actuado el convocante para quien, independientemente de los cuestionamientos sobre integración del tribunal que corresponde a otro asunto, el tribunal sí es competente para definir los incumplimientos que imputa al contratista y no para los planteados por este respecto de aquel. No existe en ello la coherencia y razonabilidad que debe predicarse cuando se pone en movimiento el aparato judicial del Estado en procura de dirimir los conflictos. A pesar de tener las partes posiciones enfrentadas y las que se deben defender con ahínco, existe una serie de principios que enmarcan su proceder, muchos de ellos que trascienden lo normativo y que se encuentra ínsitos en el comportamiento, modales y lealtad de las partes.

Al margen de ese debate ante todo de conducta y que lamentablemente en estos tiempos tanto se ha dejado de lado, para infortunio de la sociedad y del ejercicio profesional, el tribunal no considera que acuerdos de las partes tengan la potencialidad de enervar o afectar el derecho que la Constitución Política les reconoce para defender sus posturas habida cuenta que es la ley y solo ella la llamada a implementar condiciones y requisitos de procedibilidad(

La Corte Constitucional, en Sentencia C-346 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, sostiene que "En el establecimiento de las formas propias de cada actuación judicial, que comprende así mismo la regulación de las diferentes acciones, el legislador debe tomar como punto de referencia la realidad social y extraer de ellas reglas útiles que hagan expedito y eficaz el derecho de acción... el legislador goza de libertad para establecer las formas procesales".

165). Es el juez el que está llamado a revisar y exigir el debido cumplimiento de los presupuestos procesales; la ley le otorga a las partes la facultad de controlar que se cumplan efectivamente para que pueda producirse una sentencia estimatoria de lo demandado(

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Derecho procesal civil. Parte General, 5ª edición, 2001, Bogotá, pág. 243.

166). Y en nuestro ordenamiento no existe ninguno de los que ahora se reclaman que impida a cualquiera de las partes acudir al juez para demandar incumplimientos contractuales.

Recuerda el tribunal que sobre este tópico ya se pronunció en la primera audiencia de trámite, en donde señaló:

“... el tribunal considera que los mecanismos de arreglo directo o amistoso entre las partes, como la conciliación o arreglo entre los representantes legales de las partes, previstos en la cláusula compromisoria, no pueden constituir un requisito de procedibilidad y mucho menos una talanquera para acceder a la administración de justicia, toda vez que ello iría en contra del claro precepto constitucional establecido en el artículo 229 de la Constitución Política(

En armonía con el artículo 228 ib.

167).

Si tales mecanismos se consideran como un presupuesto de obligatoria observancia previamente a la constitución del tribunal, forzoso es concluir, entonces, que estos emergen como un inaceptable límite al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, en la medida que serían requisitos previos que el ordenamiento jurídico no ha contemplado con el objeto de acudir a un tribunal de arbitramento. La ley es clara en condicionar la procedencia del arbitramento a la existencia del pacto arbitral y al carácter transigible de la controversia, nunca al agotamiento de la etapa de arreglo directo.

Ahora bien, encuentra el tribunal que las partes en el acuerdo modificatorio de la cláusula compromisoria de fecha 3 de julio de 2003, señalaron en el numeral 3º de dicho convenio que “...han agotado para todos los convenios los mecanismos de arreglo directo en dos instancias establecidas en el CONVENIO y, en consecuencia, pueden acudir directamente a la instancia de un tribunal de arbitramento”. Esta manifestación proveniente de ambas partes, permite concluir al tribunal que los mencionados mecanismos de arreglo amistoso, directo o de conciliación, se colmaron íntegramente, tanto para la demanda inicial (su reforma y) como para la contrademanda”.

Por fuera de esto, dentro de la misma excepción que se analiza y que refiere a incompetencia del tribunal se expone otro cuestionamiento distinto a temas de competencia. Tiene que ver con el supuesto incumplimiento del artículo 75, numeral 5º, del Código de Procedimiento Civil, en razón de la inobservancia acerca de la definición, concreción y particularización de las pretensiones.

El tribunal no encuentra ningún asidero en esta queja habida consideración que el demandante en reconvención inquiriere por la declaratoria de incumplimiento (pretensión primera) del contrato, la que se limita según el texto de la misma demanda al no pago de una serie de líneas que pertenecían al convenio y del valor de rescate. Aparte de ello en la pretensión tres solicita el reconocimiento por 400 pares de líneas que excedieron las 20.000 pactadas en el contrato.

Es decir que es claro el incumplimiento que pide Angelcom, que incluye el pago de perjuicios (pretensión segunda) y también el reconocimiento dinerario por los citados 400 pares. Tan lo es que Teleupar se pronunció sobre ello e impugnó durante el proceso las pruebas tendientes a su comprobación, principalmente la pericial técnica que con profundidad se ocupó sobre ese particular.

Por lo expuesto, esta excepción debe ser negada.

9.5. Ausencia de incumplimiento de Teleupar de acuerdo con las cláusulas trigésima y vigésima cuarta del convenio unificadorio.

Bajo el ropaje de una excepción, se disfraza el cuestionamiento que hace Teleupar acerca de la validez del contrato por el no cumplimiento de normas presupuestales que amparan, según su dicho, los pagos que llegare a realizar la entidad estatal, en especial del valor de rescate.

El tribunal en capítulo aparte y expreso se ha pronunciado acerca de la pretendida nulidad, cuyos argumentos ahora deben trasladarse para negar esta "excepción".

9.6. Ausencia del derecho al pago por Angelcom en virtud de la cláusula décima quinta.

Tal como ocurre con el caso anterior en esta mal llamada excepción, Teleupar recaba en sus argumentos respecto de la interpretación que tiene de la cláusula décima quinta y del anexo financiero.

El tribunal con profundidad se ha ocupado del tema, indicando que no existe la confrontación que encuentra el actor, como tampoco la no garantía absoluta de ingresos recibidos.

Como quiera que la interpretación que hace el convocante de esta estipulación y del anexo financiero no es la correcta, el tribunal debe desestimar esta excepción.

9.7. Ausencia del derecho al pago reclamado por Angelcom.

El tribunal ha señalado los derechos patrimoniales de Angelcom, según lo pretendido y debatido en el proceso; motivo por el cual no tiene sustento la afirmación según la cual Teleupar no debe suma alguna a Angelcom sino que este a aquel por cuenta de las restituciones recíprocas que nacen de la nulidad planteada, la que, se recuerda, también es negada.

9.8. Angelcom no ha cumplido oportuna y cabalmente con las obligaciones del convenio unificadorio.

En esta excepción Teleupar plantea la aplicación de la excepción de contrato no cumplido que el artículo 1609 del Código Civil

El artículo 1609 es del siguiente tenor: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos".

(168) contempla, para lo cual reitera los incumplimientos que en la demanda principal manifiesta, a manera de pretensiones subsidiarias.

Más allá de que el tribunal ya se pronunció sobre este particular y en donde encontró probados algunos de los alegados por Teleupar, debe ahora escudriñar la figura propuesta para efectos de atender esta excepción.

Se consagra esta excepción a "las reglas relativas a la constitución en mora del deudor y a la indemnización de daños y perjuicios a que pueda hallarse obligado por el retardo en el cumplimiento de su obligación, perjuicios moratorios, o por la falta de cumplimiento parcial o total de la misma obligación, perjuicios compensatorios"

Claro Solar, Luis. Explicaciones del derecho civil chileno y comparado. Volumen V. De las obligaciones. Editorial Temis S.A., 1988, pág. 769.

Como bien lo indica la doctrina y jurisprudencia con arreglo a esta excepción, consagrada en el artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes contratantes puede reclamar de la otra el cumplimiento del contrato si no ha cumplido con las obligaciones que le son propias o se ha allanado a hacerlo. “Si lo hace, sin haber llenado este requisito la parte demandada, que no se encuentra, por lo mismo, en mora puede oponer a la demanda la excepción de incumplimiento del contrato por la parte demandante y obtener el rechazo de su acción... es decir, cuando ninguna de las partes está obligada por la convención a ejecutar primero su obligación, la ejecución de las obligaciones de las dos partes debe ser concomitante, “dando dando”, “pasando pasando”, (zug um zug, como dicen los alemanes); y si una de las partes que no ha ejecutado su obligación se presenta demandando el cumplimiento de la obligación de la otra parte, esta puede excepcionarse con aquel incumplimiento, porque no hay mora de su parte, que solo estaba obligada a la prestación una vez que el demandante hubiera cumplido o estuviera llano a cumplir la suya”

Claro Solar. Ob. Cit., pág. 770.
(170).

“La excepción non adimpleti contractus es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumbe a la otra parte”

Claro Solar. Ob. Cit., pág. 788.
(171).

Los elementos configurativos de la excepción son: “a) que haya reciprocidad de obligaciones entre las partes litigantes; b) que el actor no haya cumplido las suyas ni se allane a cumplirlas, siendo exigibles, c) que el demandado no esté en mora, y d) que el incumplimiento del actor sea grave”

Ospina. Ob. Cit., pág. 602.

172). Sobre este último elemento, el profesor Ospina explica que “para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. Si tal incumplimiento es parcial y el consiguiente perjuicio es irrisorio, el excepcionante obra de mala fe e incurre en inadmisibles abusos de las vías procesales, como lo han declarado la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia...”

Ospina. Ob. Cit., pág. 604.

173). A su vez la Corte Suprema de Justicia agrega como requisito para poder hacer valer la excepción, la buena fe e indica que “un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de diciembre de 1973.

174).

De otro lado, no puede perderse de vista que “quien formula esta excepción escuda o justifica su propio incumplimiento en el de la otra parte. Por ese motivo la formulación debe ser cuidadosa porque si no resulta probada la imputación que hace el demandado, en la práctica estará confesando o aceptando su propio incumplimiento.

De allí que cualquier incumplimiento que se le endilgue a la demandante no justifica, por sí solo, el incumplimiento del excepcionante, ya que este tendrá que ser el efecto de la conducta de aquel. Es por eso que habrá que definir la precedencia temporal del cumplimiento de las obligaciones y medir su alcance o equivalencia”(

Laudo arbitral Coviandes vs. INCO. Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de conciliación y arbitraje, julio 29 de 2004, págs. 81 y 82.

175).

En los términos expuestos, la excepción que ahora ocupa la atención del tribunal adolece de falta de técnica jurídica, pues, contrario a lo que piensa Teleupar no está instituida para simplemente enervar las pretensiones del actor sobre declaratorias de incumplimiento, sino que su verdadera razón de ser estriba en la oposición que se hace en frente de una formulación que se encamine a lograr el cumplimiento de la prestación insatisfecha siendo que el demandante ha dejado de cumplir la que de manera paralela estaba a su cargo. Evita, entonces, la prosperidad de la acción de cumplimiento y su consecuencia, cual es el reconocimiento de los efectos producidos por la mora, precisamente porque esta queda purgada por la mora del actor.

Pero, además, no tiene operancia la figura bajo examen para cualquier tipo de incumplimiento. Tal como lo deja sentado el maestro Ospina, resulta fundamental la verificación de un incumplimiento grave del demandante; caso contrario, en especial frente a incumplimientos parciales, su uso engendra abuso de las vías procesales.

En el asunto de autos no resulta serio ni respetuoso de la buena fe el que una parte, máxime si es el Estado y quien debería ser modelo de conducta y de respeto por estos principios, a más de “ocultar” un número considerable de líneas cuyos ingresos estarían destinados, en la proporción pactada, a ser cancelados al contratista, pretenda hacer uso de esta excepción por incumplimientos menores y parciales en relación con el objeto mismo del contrato cual fue el diseño y construcción de una red externa, el cual se cumplió de manera bastante satisfactoria dado el adecuado y eficiente servicio prestado. Si no fuera así, se explicaría el gran esfuerzo de la convocante para reclamar la propiedad de los bienes dispuestos por el contratista. No debe perderse de vista que con preocupación Teleupar demanda como consecuencia de la nulidad del contrato y de las restituciones recíprocas, el que se declare que, por configuración de varios fenómenos jurídicos, la propiedad de ellos debe quedar en manos de la estatal.

Comporta, de igual manera, la alegación de esta excepción, la “confesión” acerca del incumplimiento del proponente puesto que se funda en que las obligaciones insatisfechas del demandado, no pueden engendrar el cumplimiento de su contraparte dados sus propios incumplimientos. Pero de por sí implica la manifestación por principio de sus incumplimientos.

El contratista cumplido que es demandado, no debe ni puede formular esta excepción sino que su defensa se dirige a acreditar la satisfacción de su obligación y, si es del caso, a probar los incumplimientos de la otra parte a través de la demanda de reconvención.

Por eso, en este caso que Teleupar siempre ha pregonado que ha sido la parte cumplida, resulta inexplicable la alegación de esta excepción, la cual parte, se reitera, de la existencia de su propio incumplimiento.

9.9. Improcedencia del pago de intereses.

El tribunal en el numeral 5.2.5 de este laudo y al pronunciarse sobre la cuarta pretensión de la demanda de reconvención, se ocupó de los intereses moratorios y de la cláusula vigésima del convenio unificador.

Como quiera que dichos intereses no son lucro cesante y que el tribunal ordenará su pago a cargo de Teleupar por cuenta de la obligación incumplida, esta excepción será negada.

9.10. Ausencia en mora.

Por las mismas razones esgrimidas para el punto anterior, esta excepción también será despachada desfavorablemente.

9.11. Compensación.

El convocante solicita la compensación en caso de que existen sumas a favor de las partes.

De lo señalado por el tribunal se observa que en principio no hay sumas de dinero que Angelcom deba cancelar a Teleupar habida cuenta que en relación con las obligaciones incumplidas por aquel, el tribunal, siguiendo lo pedido, ordenará su realización, lo que supone la inexistencia de los elementos para la compensación. Empero, las partes bien pueden convenir, una vez quede en firme este laudo, que los cumplimientos ordenados en este fallo a cargo de la convocada se conviertan en sumas dinerarias, en cuyo evento la compensación podría darse.

10. Cuadro.

En relación con los efectos pecuniarios que nacen del incumplimiento de Teleupar respecto de 4.483 líneas, se encuentra en anexo de este laudo los correspondientes cuadros explicativos.

III. Parte resolutive

En mérito de lo anteriormente expuesto en el presente laudo arbitral, este tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocante a los dictámenes periciales financiero y técnico rendidos en el proceso.

Segundo. Denegar las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada a los dictámenes periciales financiero y técnico rendidos en el proceso.

Tercero. Denegar las excepciones formuladas por la parte convocante y por la parte convocada a la demanda de reconvención y a la demanda principal, respectivamente.

Cuarto. Declarar que Teleupar y Angelcom suscribieron los contratos CARC 11/10/96 de octubre 11 de 1996 y CARC 10/11/97 de 10 de noviembre de 1997, los cuales se integraron en el CARC 16/12/98.

Quinto. Declarar que Angelcom incumplió parcialmente la obligación consignada en el anexo técnico, referente al porcentaje de ductería libre para canalización.

Sexto. Declarar que Angelcom incumplió parcialmente la obligación consignada en el anexo técnico, referente a la distancia entre cámaras de la red.

Séptimo. Ordenar como consecuencia de lo declarado en los puntos quinto y sexto precedentes que Angelcom, a su costa, construya los tramos de la canalización en que conforme con el dictamen técnico no se cumplió con la norma técnica sobre ductería libre a objeto de dejar a salvo el porcentaje de 30%; y las obras que se requieran a efectos de alcanzar la distancia entre cámaras de la red de al menos 80 metros, en los sitios determinados expresamente en el dictamen pericial técnico.

Octavo. Declarar que Angelcom no ha hecho entrega del inventario de toda la red por él diseñada y construida.

Noveno. Ordenar que Angelcom debe transferir a Teleupar la propiedad de la infraestructura, redes y todos los derechos que posea sobre lo que diseñó y construyó, con las correcciones que se derivan de lo resuelto en los puntos anteriores.

Décimo. Declarar que en virtud del convenio unificatorio CARC 16/12/98 Angelcom está obligado a entregar a Teleupar un conjunto de materiales y repuestos y que a la fecha de este laudo dicha entrega no se ha realizado.

Undécimo. Ordenar que Angelcom entregue a Teleupar el siguiente conjunto de materiales y repuestos:

| DESCRIPCIÓN | UNIDAD | CANTIDAD |
|-------------|--------|----------|
|-------------|--------|----------|

| | | |
|-----------------------------------|---|-------|
| Alambre 2x22 AWG romper de 0.4 mm | M | 1.567 |
|-----------------------------------|---|-------|

| | | |
|---------------------------------|---|--------|
| Alambre doble chaqueta 2x18 AWG | M | 66.647 |
|---------------------------------|---|--------|

| | | |
|----------------------------------|---|-------|
| Argolla de dispersión para poste | U | 1.224 |
|----------------------------------|---|-------|

| | | |
|--------------------------|---|-----|
| Argolla guías para poste | U | 323 |
|--------------------------|---|-----|

| | | |
|------------------------|---|---|
| Aro tapa cámara grande | U | 1 |
|------------------------|---|---|

| | | |
|--------------------|---|---|
| Bloque de 20 pares | U | 1 |
|--------------------|---|---|

| | | |
|----------------------------|---|-----|
| Cable relleno de 600 pares | M | 193 |
|----------------------------|---|-----|

| | | |
|---------------------------------|---|----|
| Cable autosoportado de 20 pares | M | 27 |
|---------------------------------|---|----|

| | | |
|----------------------------|---|----|
| Cable relleno de 900 pares | M | 72 |
|----------------------------|---|----|

Cierre para cinta bandit de 3/8U331
Cinta de acero bandit de 3/8ROLLO6
Cinta de acero bandit de 1/2ROLLO2
Conectores UY2U1.200
Empalme de 200 a 300 paresU1
Empalme de 600 a 900 paresU2
Empalme de 900 a 1200 paresU2
Empalme de 1200 a 1800 paresU1
Encapsulante para empalmeGramos12.667
Marco para cámara tipo F2U1
Regleta 4000C para empalmeU55
Regleta amarilla de 25 pares para armarioU1
Soporte azul para regleta de 25 paresU1
Tapa para cámara F2U1
Tensor plástico para abonadoU4.733
Tornillo de ojoU100

Duodécimo. Ordenar que Angelcom deberá dar inicio al cumplimiento de lo indicado en los puntos precedentes, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firmeza de este laudo. La duración de esas obras será la que por su naturaleza resulte ser la necesaria y lógica, todo lo cual será definido por ambas partes en acta que así deberá disponer. Vencido ese plazo sin que se haya satisfecho integralmente la obligación, podrá darse aplicación al artículo 1610 Código Civil para que Teleupar a costa de Angelcom las acometa y dicho costo generará a partir del vencimiento de ese plazo los intereses moratorios correspondientes a la máxima tasa que resulta de aplicar en su momento el artículo 884 Código de Comercio.

Décimo tercero. Declarar que Angelcom no cumplió cabal, completa y oportunamente con la obligación de elaborar y entregar a Teleupar estudios de demanda.

Décimo cuarto. Declarar que la cláusula quinta del convenio unificador CARC 16/12/98 no puede interpretarse ni aplicarse de manera aislada al anexo financiero, el que no es un simple apéndice accesorio y secundario del contrato sino que integra con él un único cuerpo que recoge la voluntad de las partes.

Décimo quinto. Declarar que no existe en el convenio unificador CARC 16/12/98 garantía de demanda ni reconocimiento a favor de Angelcom por cuenta de ingresos menores a los estimados, producto de una demanda menor, si el nivel de ingresos se ubica en el límite de más cero a diez por ciento (10%) sobre los ingresos netos proyectados de los modelos financieros.

Décimo sexto. Declarar que en el ordenamiento jurídico de la Nación no existe una norma que expresamente señale la obligación, deber o carga de Teleupar o de cualquier entidad estatal de asumir el riesgo de que la demanda real por servicios de telefonía básica conmutada sea inferior a la proyección prevista en el contrato, sus anexos y modelos ni tampoco una que incluya una prohibición para hacerlo.

Décimo séptimo. Declarar que el convenio unificador CARC 16/12/98 regula un valor de rescate para ser aplicado en determinados eventos en donde los ingresos netos recibidos por Angelcom son diferentes a los proyectados en el modelo económico.

Décimo octavo. Declarar que las revisiones anuales que regula el artículo 5º del anexo financiero del convenio unificador CARC 16/12/98 y que no se dieron durante el desarrollo del mismo, están estipuladas para ajustar el modelo económico ofrecido por Angelcom y aceptado por Teleupar, resultado de lo cual pueden utilizarse los mecanismos de compensación que él mismo contempla.

Décimo noveno. Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena de la demanda principal formuladas por Teleupar.

Vigésimo. Declarar que Teleupar incumplió la obligación de reconocer a Angelcom los ingresos a que tenía derecho, según las participaciones acordadas en el convenio unificador CARC 16/12/98, en relación con 4.483 líneas comercializadas pertenecientes al convenio.

Vigésimo primero. Condenar a Teleupar a pagar a Angelcom, como consecuencia de la anterior declaración e incluyendo intereses, la suma de nueve mil trescientos ochenta y seis millones seiscientos un mil doscientos diez y seis pesos moneda corriente (\$ 9.386.601.216).

Vigésimo segundo. Ordenar que la suma señalada en el numeral anterior deberá ser cancelada por Teleupar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firmeza de este laudo, tiempo durante el cual no se generarán ningún tipo de intereses. Vencido ese plazo se iniciará la causación de intereses moratorios en los términos del artículo 884 Código de Comercio.

Vigésimo tercero. Denegar todas las demás pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda de reconvención.

Vigésimo cuarto. Declarar que no hay lugar a condena en costas ni a agencias en derecho para ninguna de las partes.

Vigésimo quinto. Protocolizar el presente laudo junto con el expediente en una notaría de esta ciudad, con cargo al rubro de protocolizaciones, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

Vigésimo sexto. Entregar a cada una de las partes lo mismo que a la señora representante del Ministerio Público, copia auténtica del presente laudo arbitral. Notifíquese y cúmplase.

Fernando Sarmiento Cifuentes, Presidente—Manuel Pretelt de la Vega, árbitro—Luis Guillermo Dávila Vinuesa, árbitro.

Henry Sanabria Santos, secretario.
