

CAPITULO V

Electrofontel Ltda Contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Y Telecartagena S.A. E.S.P. En Liquidación.

CAPITULO V

PARTES	Electrofontel Ltda Contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. Y Telecartagena S.A. E.S.P. En Liquidación.
ARBITRO:	Dr. Henry Valle Benedetti
SECRETARIA:	Dra. Liliana Bustillo Arrieta
FECHA:	21 de Agosto de 2005
PROTOCOLIZACIÓN:	E. P No. 1010 del 8 de Abril de 2008. Notaria 2 ^a del Círculo de Cartagena.
NORMAS CITADAS:	Ley 23 de 1991; Decreto 1609 de 2003; Artículo 238, 242 del Código de Procedimiento Civil; Artículos 1551, 1603, 1656, 1665, 2054, 2055, 2056, 2059, 2064, 2065 del Código Civil Colombiano; Decreto 1616 de 2003; Artículo 871 del Código de Comercio.
TEMAS JURIDICOS:	Contrato de Alianza Comercial; Contrato de Explotación de Bienes; Facturación y Recaudo Mensual de empresa de Telefonía; Indemnización de Perjuicios.
JURISPRUDENCIA:	Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 5 de Noviembre de 1997;

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

ELECTROFONTEL LTDA. CON "EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CARTAGENA S.A. – E.S.P. – EN LIQUIDACIÓN Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P."

Agotado el trámite legal establecido en los Decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y 1818 de 1998 y de las Leyes 23 de 1.991 y 446 de 1998 y en concordancia con lo decidido en la Sentencia C-1038 del 2002, procede este Tribunal a dictar el Laudo Arbitral previas las siguientes consideraciones preliminares.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS DE LA DEMANDA.

Son los hechos que fundamentan la solicitud del presente Tribunal de Arbitramento los siguientes:

PRIMERO. Entre las empresas Telecartagena E. S. P. S. A y Electrofontel Ltda., se suscribió un contrato de alianza comercial con fecha 30 de julio de 1999, cuyo objeto fue el de comercializar el servicio de identificación de llamadas mediante la colaboración mutua de las partes lo que conllevaría a incrementar las ventas de las líneas telefónicas de Telecartagena E. S. P. S. A. en la ciudad de Cartagena y sus zonas de influencia.

Lo anterior obedeció a que en la ciudad de Cartagena no se había implementado el servicio de identificación de llamadas y se estaba gestando una ampliación en la capacidad de líneas telefónicas de la ciudad; además, con la facilidad de importación que poseía Electrofontel Ltda.. se le ofreció a Telecartagena S. A. E. S. P. la posibilidad de suministrárselos equipos de identificación de llamadas para que se cobrara el valor de los mismos en el recibo telefónico y además como beneficio adicional, Electrofontel asumiría los gastos de publicidad y mercadeo para promocionar los aparatos.

SEGUNDO. Al contrato de alianza comercial se le realizaron dos acuerdos modificatorios identificados así: acuerdo modificadorio No. 1 de fecha 17 de diciembre de 2001 y acuerdo modificadorio No. 2 de fecha 17 de diciembre de 2003.

TERCERO. En detalle, el objeto a desarrollar en el contrato de alianza comercial suscrito era el siguiente:

El contrato tiene un plazo de ejecución de 5 años, los que se distribuyen de la siguiente manera: Los dos (2) primeros años serían para la comercialización del producto; es decir, Electrofontel le suministraría a Telecartagena todos los identificadores de llamadas que esta empresa fuera necesitando para entregar a los usuarios y el beneficio principal para la empresa Telecartagena radicaba en la venta de las nuevas líneas, con un producto atractivo para el usuario que era el identificador de llamadas ó si el usuario ya poseía su línea telefónica pedía que le activaran el servicio de identificación de llamadas y compraba el aparato.

A Partir de la activación del identificador de llamadas y durante 33 meses Electrofontel Ltda., participaría del 75% del valor que se cobraba por el servicio de identificación de llamadas, es decir, estos 33 meses no son estáticos sino en la medida en que se van entregando aparatos van transcurriendo los 33 meses, es decir, que se van prolongando en el tiempo hasta tanto se cumpla el ciclo de cada aparato entregado durante el desarrollo del contrato.

Verbigracia: En el mes 1 (octubre de 1999) activan el identificador de llamadas y la participación es hasta el mes 34 del contrato (Julio de 2002), pero si lo activan en el mes 20 (Mayo de 2001) la participación es hasta el mes 54 (Marzo de 2004) de ejecución del contrato, y así de esta manera se iba desarrollando el contrato.

ANÁLISIS DEL CONTRATO DE ALIANZA COMERCIAL: Lo antes mencionado lo encontramos plasmado en el cuerpo del contrato de alianza comercial en las siguientes cláusulas:

Cláusula Primera: Nos detalla el objeto del contrato, que es el de comercializar el servicio de identificación de llamadas mediante la colaboración mutua de las partes incrementando además las ventas de las nuevas líneas telefónicas para la empresa Telecartagena.

Cláusula Tercera: Se observan en esta cláusula:

Literal A, Numeral 1: Estipula que los identificadores de llamadas se entregan a un costo de \$ 10.000.00 cada uno para el usuario. No significa esto que el valor del aparato sea de \$10.000.00, sino que con esa suma se le entregaba al abonado el aparato que desea para que empiece a disfrutar del servicio.

Literal B, Numeral 4: Estipula claramente este literal que la empresa Telecartagena se obliga a pagar oportunamente el valor del contrato en los términos estipulados en el anexo técnico financiero.

Cláusula Cuarta: Se divide esta cláusula en dos partes la primera nos señala que el término de duración del contrato es de 5 años prorrogables, la segunda parte de esta cláusula la conforma el Parágrafo que nos indica como se dividen los 5 años de la duración del contrato así:

La primera parte que va desde el mes 1 al 24: Electrofontel entregará los aparatos que Telecartagena le vaya solicitando y se estipula que este plazo puede prorrogarse, es decir, el periodo de entrega de aparatos aclaramos que va desde el mes 1 se inicia con la activación del servicio de identificación de llamadas a los usuarios que han ido adquiriendo los identificadores.

La segunda parte que va desde el mes 25 al 60: Electrofontel Ltda, continuará recibiendo la participación que le corresponde de conformidad con el Anexo Técnico Financiero.

Cláusula Quinta: Detalla cual es la forma de participación en el contrato: Por el servicio de identificación de llamadas Telecartagena recibiría el 25% y para Electrofontel Ltda el 75% por ciento restante, se estipuló como valor de este servicio inicialmente la suma de \$4.535.00, suma que se reajustaría anualmente con el IPC, más la tasa de devaluación.

Por la venta de aparatos, es decir, la suma de \$ 10.000.00 la participación también era en igual proporción para Telecartagena el 25% y para Electrofontel Ltda el 75%.

Era obligación de Telecartagena facturar y recaudar en el recibo telefónico entregado a los usuarios el valor correspondiente a estos conceptos.

ANEXO TÉCNICO FINANCIERO: En el cuerpo del anexo técnico financiero en el capítulo de Términos Económicos se determina el periodo de alianza y distribución de ingresos en los siguientes parámetros:

Servicio: Corresponde este al servicio de identificación de llamadas, y se desarrollará por un periodo de 33 meses.-

La venta de aparatos: Se desarrollaría mensualmente, es decir, se giraba el valor de la participación por ventas en el mes siguiente de que se efectuara esta.

Así mismo se estipuló claramente que la empresa deberá girar a Electrofontel los dineros recaudados que le correspondan dentro de los 15 días siguientes al mes de recaudo del servicio.

Posteriormente las partes del contrato convienen modificar el contrato de Alianza Comercial en el sentido de cambiar la modalidad de venta de los aparatos y para ello celebran dos acuerdos modificatorios así:

ACUERDO MODIFICATORIO No. 1 de fecha 17 de diciembre de 2001.

El principal efecto de este acuerdo es la modificación de la modalidad de **venta y suministro de los aparatos identificadores de llamada**, tal como se determina en la redacción de la cláusula primera del acuerdo "El objeto de este convenio es comercializar el servicio de identificadores de llamadas..."

Consecuencia del acuerdo:

1. El cambio en el valor de venta de los aparatos que pasó de \$ 10.000.00 a \$ 39.000.00 por identificador de llamadas y \$ 57.200.00 por Teléfonos con identificador de llamadas incorporados.
2. Por estos aparatos Electrofontel Ltda, no recibiría participación económica en el cobro del servicio de identificación de llamadas.
3. El giro de los dineros de la venta se haría a los 30 días, previa presentación de la cuenta de cobro con la orden de suministro, constancia de entrega y la garantía.

La razón por la que Electrofontel Ltda, no participaría del recaudo del servicio de identificación de llamadas radica en que ahora el pago del valor de los aparatos es en un (1) solo contado y no financiado como se venía haciendo en el contrato inicial.

Los demás términos del contrato permanecieron iguales.

ACUERDO MODIFICATORIO No. 2 de fecha 17 de diciembre de 2002.

Se estipulan las mismas disposiciones del acuerdo anterior, reajustándose los precios de los aparatos identificadores de llamadas a \$ 42.372.00 y teléfonos con identificador de llamadas incorporados en un valor de \$ 61.204.00.

CUARTO. El día 12 de Junio de 2003, deja de existir como empresa activa Telecartagena E. S. P. S. A., pasando a estado de Liquidación por disposición expresa del Gobierno, esto trae como consecuencia que el contrato principal vigente y sus contratos modificatorios entre esta y Electrofontel Ltda, quedan suspendidos para ser estudiados por la nueva empresa Gestora del servicio Colombia Telecomunicaciones y determinar si se ceden o se liquidan.

QUINTO. Mediante comunicación de fecha 26 de enero de 2004, con radicado No. GRN-ZB-020811-2004 el Dr. Álvaro Martínez Bustamante Gerente Local Bolívar de Colombia Telecomunicaciones le informa al Dr. Luis Jerónimo Espinosa Gerente Liquidador de Telecartagena S. A. E. S. P. que el contrato de Electrofontel Ltda es: **Declarado afecto al servicio** y que las cuentas posteriores a Julio de 2003 deberán pasar al equipo conciliatorio de Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P., que para estos efectos opera en Bogotá.

Mediante comunicación de fecha 30 de enero de 2004, radicada con numero 020100-000109, el Dr. Carlos Alberto Forero Valencia, Vicepresidente de Telefonía Local de Colombia Telecomunicaciones, da respuesta a un derecho de petición presentado en los siguientes términos: "De conformidad con el oficio GRN-ZB-020811-2004 suscrito por el Gerente Local Bolívar de Colombia Telecomunicaciones, dirigido al doctor LUIS JERÓNIMO ESPINOSA Gerente de TELECARTAGENA en Liquidación, el Convenio en mención es declarado afecto al servicio, hasta que Colombia Telecomunicaciones determine lo contrario.

Por tal razón es posible proceder a la conciliación de las cuentas pendientes de este convenio"

Desde el día 12 de Junio de 2003 Colombia Telecommunicaciones E. S. P. S. A, ha dejado de cancelar a Electrofontel Ltda., los valores correspondientes al setenta y cinco por ciento (75%) de los recaudos por concepto de la participación por el servicio de identificación de llamadas, produciéndose un incumplimiento al contrato principal.

SEXTO. Dice la Convocante que, además de lo anterior, existe una inconsistencia entre los valores facturados desde el inicio del contrato y los valores efectivamente recaudados hasta la fecha, esto es: la cartera adeudada que hasta la fecha puede llegar a los doscientos millones (\$200.000.000) aproximadamente

Hay otra inconsistencia en los valores facturados cada mes, que resulta de multiplicar el número de aparatos facturados por el valor unitario del servicio.

Es decir que mes a mes se ha ido acumulando una cartera que es recuperable y de ella a Electrofontel Ltda le corresponde el 75%.

SÉPTIMO. Electrofontel Ltda. ha elevado de múltiples formas peticiones de pago ante Colombia Telecommunicaciones para que se proceda de manera inmediata al pago de los valores dejados de cancelar a mi poderdante, desde el momento en que Telecartagena entró en liquidación, sumas de dinero que ya ha recaudado Colombia Telecommunicaciones S. A. E. S. P con la facturación que ha venido realizado en la ciudad, sin obtener resultados satisfactorios.

ELECTROFONTEL LTDA, no tiene acceso al Sistema de Computación de Colombia Telecommunicaciones, por lo cual la información sobre el Número de Identificadores que ingresan, salen o son dados de baja para efectos de Facturación la maneja únicamente Telecartagena S. A. y/o Colombia Telecommunicaciones S. A., para tal efecto se señaló el código 1762 a Electrofontel Ltda.

En tal sentido ELECTROFONTEL LTDA, se ha limitado a recibir la Información mensual que le ha suministrado desde el inicio del contrato Telecartagena y ahora Colombia Telecommunicaciones y con base en esa información se ha venido Facturando mes a mes el 75% de lo que indican los reportes.

OCTAVO. En el contrato de 30 de julio de 1999 suscrito entre la Empresa Telecartagena E. S. P. S. A, y Electrofontel Ltda., las partes pactaron cláusula compromisoria para dirimir sus posibles conflictos, razón por la cual se acude a la presente solicitud.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos expuestos, con todo respeto me permito formular al Honorable Tribunal las siguientes

VIII. 1.2 Pretensiones del Demandante

IX.

X. Las Pretensiones, fueron acumuladas por la Convocante en las Solicitudes inicial y modificatoria bajo el título de declaraciones y condenas así:

1. Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la empresa Colombia Telecommunicaciones S. A. E. S. P., incumplió el contrato que suscribió Telecartagena S. A. E. S. P. con Electrofontel Ltda el 30 de julio de 1999, y al cual se le realizaron los acuerdos modificatorios No. 1 de fecha 17 de diciembre de 2001 y No. 2 de 17 de diciembre de 2002.
2. Que como consecuencia del anterior incumplimiento, se condene a la empresa Colombia Telecommunicaciones S. A. E. S. P., al pago de todas las sumas de dinero adeudadas, que en forma general son:
 - Valor de los aparatos suministrados entre el 1 y el 13 de Junio de 2003.

- Valores dejados de cancelar a Electrofontel Ltda., desde el mes de abril de 2003, por concepto de la participación del 75% por ciento por el servicio de identificación de llamadas.
 - Valor correspondiente al 75% de participación de la cartera existente.
3. Así mismo le solicito se incluya en el laudo arbitral, la obligación de la convocada de cancelar el valor de las participaciones que se generen durante el transcurso del proceso y hasta la finalización de los identificadores de llamadas activados y que fueron suministrados por Electrofontel, según lo dispuesto analógicamente por el Art. 498 Inc. 2 C. P. C., lo anterior teniendo en cuenta que esta es una obligación de causación periódica.
4. Se condene a Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. al pago de los intereses moratorios generados por el no giro de los dineros efectivamente recaudados por concepto del servicio de identificación de llamadas y de los cuales es titular la empresa Electrofontel Ltda.
5. Se condene a Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. al pago de los daños y perjuicios ocasionados a la empresa Electrofontel Ltda. en su modalidades de lucro cesante y daño emergente por no pago injustificado de los valores pactados en el contrato de alianza comercial suscrito, dineros que fueron facturados y recaudados por Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. y de los cuales es titular la empresa Electrofontel Ltda.
6. Se condene a Telecartagena S. A. E. S. P. En Liquidación, al pago de la diferencia entre los valores facturados y las sumas de dineros recaudadas mientras estuvo como empresa activa prestando el servicio de telefonía en Cartagena.
7. Se condene en costas del proceso y agencias en derecho a Colombia Telecomunicaciones S. A. E. S. P. y a Telecartagena S. A. E. S. P. En Liquidación.

1.3 El Proceso: Naturaleza y Cantidad.

El proceso es el Arbitramento voluntario de naturaleza legal previsto en el artículo 123 del Decreto 1818 de 1998 y demás normas que lo complementan, de Mayor Cantidad definido así:

"El Arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral"

El fallo será en Derecho conforme lo acordado por las partes.

De otra parte, este H. Tribunal de Arbitramento, en providencia del 3 de diciembre del 2004, dictada durante la Audiencia de Instalación, se pronunció sobre la cantidad de este proceso folio 104, de la siguiente manera:

"... 3.- Teniendo en cuenta que las pretensiones que son motivo de conflicto en el Tribunal de la referencia asciende aproximadamente a quinientos millones de pesos (\$500.000.000,00)," el Tribunal ha estimado la cantidad en esa suma.

1.4. Nombramiento de árbitro e instalación del Tribunal.

La audiencia para designación de árbitro se celebró el 30 de agosto del 2004 (folio 92), y de la lista oficial del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, se designó de común acuerdo por las partes al suscrito Árbitro Único Principal, y al doctor Miguel Raad Hernandez, suplente.

Acepté el nombramiento, el día 6 de septiembre del 2004 y el 14 de Septiembre del mismo año, se celebró la Audiencia de Instalación del Tribunal de Arbitramento, lo cual consta en los folios 104 a 105. En dicha audiencia se designó Secretaria del Tribunal a la abogada Liliana Bustillo Arrieta. Es pertinente aclarar que en la Audiencia de Instalación se fijaron los costos para el funcionamiento del Tribunal, los cuales fueron consignados por las partes, convocante y convocada, en un 50% cada una, de conformidad con lo dispuesto por la ley.

1.5. Admisión de la solicitud de convocatoria.

El suscrito, en su calidad de Arbitro Único, teniendo en cuenta que las partes consignaron oportunamente las sumas de dinero por concepto del total de los gastos para el funcionamiento del mismo, por auto del 6 de Octubre de 2.004 que obra a folio 112, admitió la demanda arbitral que nos ocupa y se ordenó correr traslado a la parte convocada por el término de diez (10) días.

1.6. Notificación personal del auto admisorio de la demanda, traslado, contestación de la demanda, excepciones y su trámite.

La parte convocada, **TELECARTAGENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** a través de su respectivo apoderado especial, dentro del término legal, se notificó, contestó la demanda y formuló excepciones, todo ello, en los siguientes términos:

1.6.1 Telecartagena en liquidación con respecto a las Pretensiones.

Me opongo a que en el Laudo Arbitral con el cual se le ponga fin al proceso, se acceda a las pretensiones declarativas y de condena planteadas en la demanda, por carecer las mismas de soporte de derecho que permita al fallador acceder a las mismas, por no ser mi mandante generador o causante de los supuestos perjuicios reclamados por el demandante.

AL HECHO PRIMERO: ES CIERTO y por lo tanto admito la celebración de un contrato de alianza comercial entre Electrofontel Ltda y la empresa TELECARTAGENA S.A. E.S.P. hoy EN LIQUIDACION, de fecha 30 de julio de 1999, cuyo objeto fue comercializar el servicio de identificadores de llamada y el incremento de las ventas de las líneas telefónicas de Telecartagena S.A. E.S.P, mediante la colaboración mutua de las partes.

AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO PARCIALMENTE. Admito que al contrato de Alianza Comercial descrito en el primer hecho se le realizaron dos acuerdos modificatorios, pero si bien el primero fue celebrado el 17 de diciembre de 2001, no es cierto que el segundo haya sido celebrado el 17 de diciembre de 2003, pues la real fecha en que se celebró este segundo acuerdo fue el 17 de diciembre de 2002, cada uno con un término de duración de un (01) año.

No pudo haberse celebrado el segundo acuerdo modificadorio el 17 de diciembre de 2003, pues a esa fecha ya mi representada se encontraba en estado de liquidación.

AL HECHO TERCERO: NO ES UN HECHO, es un análisis que hace la sociedad demandante, del contrato de alianza comercial celebrado entre esta y Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación, y en su mayoría una transcripción del contenido de las cláusulas contractuales del mismo.

AGREGO: El contenido del contrato sobre los puntos que señala el demandante en este hecho, es decir, objeto, término de duración, acuerdos modificatorios, no son cuestiones debatidas en el proceso, ni objeto de controversia contractual.

AL HECHO CUARTO: ES CIERTO que el día 12 de junio de 2003 Telecartagena S.A. E.S.P. entró en estado de liquidación por disposición expresa del Gobierno Nacional, y que por tal motivo el contrato de ELECTROFONTEL LTDA, así como muchos otros en que la empresa era contratista, debieron entrar a un proceso de análisis, a fin de determinar si se declaraban afectos al servicio por parte de la nueva empresa operadora del servicio de Telecomunicaciones (Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P) y podían continuar o si por el contrario debían liquidarse. **AGREGO:** Por fuerza del artículo 1º del decreto 1609 de 2003, hoy vigente, la empresa fue suprimida como prestadora de servicios públicos para pasar al estado de disolución y liquidación en el cual se sigue el procedimiento determinado en el Decreto-Ley 254 de 2000.

AL HECHO QUINTO: ES CIERTO PARCIALMENTE. ES CIERTO que existieron las comunicaciones mencionadas por la sociedad demandante, en las que se señala que el Contrato de Electrofontel Ltda es declarado afecto al servicio hasta que Colombia Telecomunicaciones determine lo contrario y que las cuentas posteriores a julio de 2003 pasarán al equipo conciliatorio de esta para lo pertinente. NO ME CONSTA por no ser una afirmación imputable a Telecartagena S.A. E.S.P. en liquidación, cuáles son las sumas adeudadas por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a ELECTROFONTEL LTDA, ni cuál ha seguido siendo el desarrollo del contrato de alianza comercial, que por haberse declarado afecto al servicio fue cedido a la nueva operadora del servicio de Telecomunicaciones en Cartagena.

AL HECHO SEXTO: NO ES CIERTO EN LA FORMA COMO SE PRESENTA EL HECHO. AGREGO: Hasta el momento en que Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación estuvo en actividades, y tuvo el manejo del contrato o convenio de alianza comercial celebrado con ELECTROFONTEL LTDA, no existieron "inconsistencias" en los valores facturados por el servicio de identificación de llamadas que afirma el demandante estuvieron presentes desde el inicio del contrato. Lo que hay que aclarar al señor árbitro, es que existen diferencias, no inconsistencias, entre los valores que Telecartagena S.A. E.S.P. facturaba por el servicio de identificación de llamadas, y las sumas efectivamente recaudadas por ese servicio, y eso es común en la prestación de este tipo de servicios, pues algunos usuarios después de adquirir el servicio de identificación de llamadas, no lo cancelaban, así como tampoco el servicio telefónico, lo que se traduce en esas diferencias que vienen a constituir una cartera que aún Telecartagena S.A. E.S.P. en liquidación no ha recuperado, pues en gran parte de los casos se les suspendió el servicio de Telefonía a los usuarios y después era muy difícil recuperar el dinero adeudado.

En cuanto a los dineros que adeudan a la empresa, usuarios cuyas líneas telefónicas aún se encuentran activas, corresponde a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como nueva operadora del servicio, recaudarlos.

Nunca se ha negado a ELECTROFONTEL LTDA, por parte de mi representada la participación que le corresponde de los dineros que le adeudan a la empresa los antiguos usuarios del servicio, solo que hasta que la empresa no recupere el dinero, es decir, hasta que el dinero no se recaude no puede existir participación alguna.

De cualquier forma, hasta que Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación estuvo en cabeza del convenio de alianza comercial siempre cumplió con sus obligaciones contractuales.

AL HECHO SEPTIMO: De conformidad con las pruebas aportadas con la demanda ES CIERTO que Electrofontel ha elevado peticiones de pago a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., pero no me consta si esta empresa a recaudado los dineros que afirma el demandante le adeudan, ni si estos corresponden con la realidad. Dentro del contrato o convenio nunca ha existido abuso por parte de Telecartagena S.A. E.S.P. de ninguna posición dominante, pues tal posición no existe, toda vez que estamos en presencia de un contrato o convenio de alianza comercial, en el que cada una de las partes fue autónoma para celebrarlo y en el que cada una de ellas obtiene beneficios para sí,

sin que la una pueda dominar sobre la otra. En cuanto a tener acceso a los sistemas de computación es pertinente recordar que las empresas deben proteger su información financiera, y un tercero no puede pretender tener acceso a esa información, mucho menos si en el contrato no estaba estipulada tal posibilidad.

AL HECHO OCTAVO: ES CIERTO. Dentro del convenio de alianza comercial, las partes pactaron una cláusula compromisoria en la que pactaron que cualquier diferencia que surgiera por razón de la celebración, interpretación, ejecución y liquidación del convenio se sometería a la decisión en derecho de un tribunal de arbitramento.

EXCEPCIONES

Telecartagena, Del análisis del cuerpo de la demanda, en especial de los hechos y pretensiones, se verifica, que en contra de mi representada, la sociedad Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación, solo se hace un reproche y una solicitud contenidos en el hecho sexto de la demanda y en la pretensión No. 6 que se refiere específicamente a la existencia de una cartera que aún no se ha recuperado y que no ha sido pagada a Electrofontel, y de la que se exige su cancelación total.

Sobre este punto debe aclararse que el no pago, por la existencia de una cartera, no es un incumplimiento del contrato, pues sin el recaudo real del dinero, no ha surgido para mi representada la obligación de pagar suma alguna de dinero a la sociedad demandante.

Las partes se **colaboran mutuamente** para la consecución de un objetivo, en el que aceptan que **asumen un riesgo económico**, y en el que la obligación de pagar a Electrofontel Ltda., **surge una vez recaudado el dinero del servicio**, si el dinero aún no ha sido recaudado, o está en cartera, como bien lo afirma el demandante en el libelo introductorio, no surge para Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación, obligación alguna de cancelar sumas de dinero por la participación en la prestación del servicio de identificación de llamadas. No ha existido entonces, por todo lo hasta aquí expuesto incumplimiento contractual de Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación.

FALTA DE PERSONERÍA SUSTANTIVA EN TELECARTAGENA PARA SER CONVOCADA COMO PASIVA A LA RELACION JURIDICO PROCESAL.

Agente ajeno a estos, pues sus obligaciones contractuales feneieron, una vez entró en liquidación por orden expresa del Gobierno Nacional, y el contrato fue declarado afecto al servicio por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., pues nació para esta la figura jurídica de cesión de contratos, regulada por el capítulo VI del Código de Comercio, artículos 887 a 896.

De conformidad con el artículo 893 del Código de Comercio, el que cede un contrato no responderá de su cumplimiento al contratante cedido, motivo por el cual, Telecartagena S.A. E.S.P. hoy en liquidación, no puede responder por el cumplimiento o no de Colombia Telecomunicaciones del contrato que le ha sido cedido como consecuencia del estado de liquidación de Telecartagena, con el consentimiento de Electrofontel Ltda.

Debió ser únicamente Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. la convocada a juicio como actual parte dentro del contrato.

1.6.2 COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., .

En la relación que hace el Apoderado de Colombia Telecomunicaciones con los primeros tres hechos no existe mayores discrepancias frente a los relatados en la demanda.

HECHO TERCERO. CIERTO PARCIALMENTE. Menciona que el plazo del mes primero al mes veinticuatro para entrega de aparatos no fue prorrogado por las partes.

HECHO CUARTO CIERTO PARCIALMENTE. Se aclara que hizo a nivel nacional un estudio serio y concienzudo para declarar afecto a la prestación del servicio los contratos vigentes celebrados por las teleasociadas y en el convenio de estudio esa declaración se efectuó el 30 de junio de 2003

HECHO QUINTO. Telecolombia asume la coordinación y administración del convenio a partir del 30 de Enero 2004 – cuando se efectuó tal declaración (Ver otros fallos – responsabilidad civil extracontractual).- A nivel nacional estudio serio y concienzudo – para efecto declarar afecto al servicio.- El trámite de pago no era procedente – Tesorería Telecom.

HECHO SEXTO NO ES CIERTO y se resume: Recuperación de cartera no está a cargo de Telecom. Porque contractualmente no se estableció esta obligación.- Fallo pudo determinar que se estructure una figura para trabajar la cartera pendiente factura y recaudo se diferencia por retiro del servicio por usuarios.- Recuperación de cartera no hay condiciones o procedimiento en el contrato.- Cual de las partes del convenio corresponde determinar la cartera recuperable y cual no, cual asume los gastos de la recuperación.-

HECHO SÉPTIMO: CIERTO PARCIALMENTE y se resume: Cuando se estableció las sumas que debía transferir en Enero 30/04 remitió las actas de conciliación y Electrofontel presentó observaciones: No hay acceso al sistema de información; Marzo del 2004 Telecom suministró la información a Electrofontel; No hay de la posición dominante y presenta incongruencia e incoherencia en la presentación con el hecho de que Telecom tiene el control de la información que generen sus sistemas, son activos de la empresa, por razones de seguridad no pueden ser accesados por terceros.-

Contractualmente no se pactó la obligación de que este acceso tuviera que ser dado a Electrofontel.-

HECHO OCTAVO: ES CIERTO

RESPUESTAS A LAS PRETENSIONES:

Primera: Hasta que Telecom tuvo claridad sobre los valores a transferir generó todo el procedimiento interno para efectuar la transferencia.-

No se pudo llevar a cabo la transferencia por que Electrofontel efectuó observaciones a las Actas de conciliación por argumentos sobre la interpretación de la forma de las mismas.-

Mal puede haber incumplimiento por parte de Telecom. por el pago de unos valores – sobre los cuales no se tenía certeza.-

SEGUNDA: Disposición de pago los valores efectivamente recaudados a través de su facturación.- Hasta que no se realizara la conciliación contable, no nacía para Telecom. La obligación de efectuar la transferencia de los dineros que correspondieran a Electrofontel.- (Posición muy cómoda).-

2.1.- Valores de los puntos del 1 al 13 de junio 2003 cancela Telecartagena en liquidación Colombia Telecomunicaciones fue creada a partir del 12 de Junio de 2003.-

2.4.- Se opone – Electrofontel interpreta el texto del convenio y se atiene a lo que resulte del proceso.-

2.3.- No existe fundamento contractual que habilite a la convocante para pretender el total del porcentaje de participación por concepto de cartera existente y no es materia del proceso arbitral.- No es sobre lo facturado, sino lo recaudado realmente.-

EXCEPCIONES

Frente a las pretensiones, hechos y fundamentos de la demanda y teniendo en cuenta los antecedentes que se exponen a continuación, se pide al Tribunal analizar los siguientes planteamientos exceptivos y declare probadas las excepciones propuestas.

PRIMERA EXCEPCION: Ausencia de incumplimiento por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

En relación con el supuesto incumplimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP de transferir a la convocada las sumas de dinero que relaciona en las pretensiones de la demanda arbitral, se insiste en que a partir del momento en que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. ESP tuvo claridad sobre los valores a transferir a la convocada, adelantó las actividades internas para efectuar esta transferencia.

Los motivos por los cuales la transferencia de los citados valores no se pudo llevar a cabo, radica en que ELECTROFONTEL LTDA. Efectuó observaciones a las actas de conciliación remitidas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, manifestando que los argumentos sobre la interpretación de la fecha de terminación del convenio, contenidos en las respectivas actas no se ajustaban a las condiciones contractuales y no era menester la firma de las mismas.

Sin lugar a dudas, a esta altura de la situación que requería consenso de las partes para determinar las sumas a transferir por parte de COLOMBIA DE TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Al no estar de acuerdo mi representada con la posición de ELECTROFONTEL LTDA. No estaba en la obligación de ceder a su posición.-

Se solicita al Tribunal declarar la prosperidad de este argumento frente a la correspondiente pretensión principal.

SEGUNDA: Ausencia de Mora por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

Este planteamiento exceptivo tiene los siguientes fundamentos:

De conformidad con el artículo 1608 del Código Civil, hay mora cuando una obligación no es cumplida dentro del plazo legal, judicial o contractual convenido.

En términos contractuales, la obligación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, se traduce en facturar y recaudar mensualmente los valores a cargo de los usuarios o suscriptores del servicio y ELECTROFONTEL LTDA., tiene derecho a recibir las participaciones en el porcentaje correspondiente, por la prestación del servicio de identificadores de llamadas y los valores de recaudo por la venta de los mismos.

Aquí volvemos a mirar, no solo las condiciones especiales en que el convenio que nos ocupa, fue declarado por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, si no también las circunstancias que rodearon la devolución de las facturas y el envío de las actas de conciliación por parte de ésta a ELECTROFONTEL LTDA.

De otra parte, no podemos olvidar que el representante legal de ELECTROFONTEL LTDA. en la comunicación del 22 de Julio de 2004, dirigida al gerente liquidador de TELECARTAGENA S.A. ESP. En liquidación, que realmente se han llevado a cabo múltiples reuniones, sin que hasta esa fecha se haya producido la liquidación de valores adeudados, obviamente por la falta de conciliación de las partes, sobre los mismos.

En este orden de ideas, mientras no existiera consenso entre las partes, es decir no se realizara la respectiva conciliación, no nacía para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP la obligación de efectuar las transferencias a ELECTROFONTEL LTDA, de los dineros que le correspondiera; obligación que no nacía, porque no se sabía realmente la suma a pagar.-

La convocante pretende el pago de unos valores, sobre el parámetro de una interpretación unilateral del clausulado del convenio y sin lograr un consenso como lo manda el procedimiento de conciliación.

Ya se ha citado el texto de la cláusula quinta del convenio que contempla esta actividad de conciliación.

TERCERA EXCEPCION: Ausencia de derecho de la convocante para pretender la totalidad del porcentaje de la cartera, del convenio.

No se ha previsto por las partes, lo relativo a la cartera que se generará en virtud del convenio, como: a cargo de quién estaría su gestión, procedimiento para el recaudo de la misma, gastos de administración que generará esta recuperación, etc., en este orden de ideas, ha de entenderse que este tema lo deben tratar y definir las partes a través de acuerdo y no debe incluirse como una pretensión de ELECTROFONTEL LTDA. dentro de este proceso.

La pretensión de la convocante se basa en una interpretación que subjetivamente hace del convenio, que por supuesto no es otra cosa, que la expresión de su deseo de que todos los valores facturados lleguen a ser reconocidos, como ingresos reales, sin tener en cuenta los efectos de la contingencia de cartera.

Sobre las condiciones que plasmaron las partes en el texto del convenio, es preciso anotar, que la voluntad contractual que éste refleja, que se forma de manera consciente y libre. Esta libertad hace alusión a la ausencia de vicios, la conciencia, el conocimiento y la apreciación de las circunstancias de hecho y de derecho que constituyen el panorama en que forma la voluntad.

Por las razones que fuesen, el manejo de la cartera del convenio, no se contempló dentro del mismo.- Por lo tanto, no es una controversia que pueda hacer parte de este proceso arbitral.

Con fundamento en lo anterior se solicita al Tribunal declarar la prosperidad de este argumento, frente a las correspondientes pretensiones.

CUARTA EXCEPCION: Ausencia de derecho de la convocante para pretender el reconocimiento de pago por los presuntos daños y perjuicios que sufrió, en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.

Teniendo en cuenta que a raíz de la controversia surgida entre las partes, no existía claridad sobre las sumas que debía transferir COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. ESP, encontramos que no existe culpa de exclusiva de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por el contrario, no fue posible realizar las transferencias respectivas, porque las partes no llegaron a un acuerdo sobre un tema contractual.

La argumentación presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP en el texto de las actas de conciliación, originadas por la devolución de las cuentas presentadas por ELECTROFONTEL LTDA, generó la discrepancia que deberá ser resuelta por el Tribunal-

Sobre la compensación del daño emergente, la doctrina ha señalado, que la indemnización compensatoria por los daños causados el incumplimiento total, parcial o defectuosa de la obligación debe estar basada en la culpa exclusiva del deudor.-

QUINTA EXCEPCION: EXCEPCION GENÉRICA:

De conformidad con el privilegio que concede el artículo 306 del C.de P.C., alego a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, cualquier hecho que el Tribunal encuentre debidamente probado y que tenga la fuerza de enervar, una, alguna o todas las pretensiones formuladas por la convocante.

CONTESTACIÓN DE ELECTROFONTEL AL TRASLADO DE EXCEPCIONES

Electrofontel Telecom. solo conoció del convenio el 26 de Enero 04 – es falso.- Se hizo entrega al Dr. Álvaro Martínez – Gerente local Telecom. – el 11 de Septiembre de 2003 de la documentación necesaria para tomar una decisión con relación a Electrofontel – el dia 2 de Octubre /03 se reitera la solicitud y se insiste en que se proceda al pago – 21 de Octubre /03 se relacionan los valores adeudados y se solicita el pago de las mismas – 21 de Nov.03 se solicita el pago de la participación correspondiente al 75% = \$ 67.044.218. - 26 de Nov.03, escrito al Dr. Carlos Forero Vicepresidente Telefonía local Colombia Telecomunicaciones a Bogotá informando de la situación con copia de los documentos.- Copia del Derecho de petición del 8 de Enero/04 que genera la manifestación de Afecto al servicio.-

No prórroga de termino 2 años para entrega de aparatos en participación 75%.-

Se entregaron hasta el mes de julio/01 Activación o puesta en servicio se continuo produciendo por Telecartagena hasta Diciembre 01 con aparatos de un inventario almacenado donde los 33 meses son a partir de la activación – prestación del servicio.-

4.- Desde Septiembre 11/03, muy posible desde Sept. 10/03 pero no obra en el expediente.- Sin embargo desde el 11 de Septiembre /03 se configuró el incumplimiento del contrato al ser Telecom requerida por información respecto a la explotación del convenio y de la

1.7. Audiencia de conciliación.

Durante la Audiencia de Conciliación celebrada el 1 de Diciembre de 2004 el Presidente y Árbitro Único instó a las partes para que llegaran a un acuerdo sobre sus diferencias y reclamaciones contractuales objeto del trámite, se suspendió para continuar el día 10 de diciembre del mismo año para darle la oportunidad a Colombia Telecomunicaciones de realizar algunas consultas internas en relación a ciertas formulas de arreglo, sin embargo se declaró fracasada esta etapa para las diferencias disponiéndose en consecuencia la continuación del trámite.

1.8. Primera Audiencia de Trámite

El día 10 de diciembre del 2004, como continuación de la audiencia de conciliación, se celebró la Primera Audiencia de Trámite, y en desarrollo de la misma, se dio cumplimiento a:

1.8.1.- Lectura de los documentos contentivos de la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral.

1.8.2.- Pretensiones, excepciones de las partes y cuantía estimada.

1.8.3.- Pronunciamiento sobre competencia de este tribunal.

1.8.4.- Pronunciamiento sobre solicitud de las pruebas.

Se tuvieron como pruebas las documentales aportadas por ambas partes en su oportunidad procesal.

Se decretaron, además las siguientes:

Inspección judicial en las dependencias de la convocada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CARTAGENA S.A. ESP EN LIQUIDACIÓN con la finalidad de constatar aspectos tanto pedidos en la demanda de convocatoria, contestación de la demanda y de oficio o decretados por el Tribunal

Peritación contable. Se designó como perito contador al doctor DANIEL LASTRA GUERRA, para que con base en los hechos expuestos por la parte convocante, determinara el monto de perjuicios que la convocada hubiere podido ocasionar a estos, de llegarse a declarar probada su responsabilidad, con motivo de la terminación unilateral del convenio materia proceso arbitral.

1.9. Audiencias de pruebas.

Se practicaron las siguientes pruebas:

1.9.1. Inspección judicial del 20 de diciembre de 2004, (folio 274) en las dependencias de la empresa Colombia Telecommunicaciones S.A. E.S.P. ubicadas en Cartagena en el sector El Espinal, avenida Pedro de Heredia No 18 C 175, donde se adjuntaron documentos, se posesionó el perito Contador Daniel Lastra Guerra, se definió el objeto de la prueba pericial, se desistió de la inspección judicial en Telecartagena dado que la información reposaba en esas oficinas, se practico el interrogatorio de parte al Doctor Yonny Armando Arévalo Uribe.

1.9.2. Cuestionario de declaración juramentada de la doctora Megumi Kakoi – Coordinadora Apoyo al negocio en Colombia Telecommunicaciones (folio 280) y su respuesta como Gerente Legal de Telecommunicaciones (folio 314)

1.9.3. Declaración del señor Jorge Benedetti González – Gerente de Electrofontel (folio 283)

1.9.4. Declaración del señor Álvaro Martínez Bustamante – Gerente local Bolívar Colombia Telecommunicaciones (folio 286)

1.9.5. Declaración el Dr. Javier Gnecco Campo – Abogado Telecartagena en liquidación (folio 288)

1.9.6. Prueba Pericial: en inspección judicial del 20 de diciembre de 2004, se estableció el objeto de la prueba (folio 274) y se estableció que el perito debía determinar: el valor de la participación que se está adeudando a ELECTROFONTEL LTDA con ocasión del convenio; la diferencia que resulta de multiplicar el numero de aparatos de identificación de llamadas por el costo de su valor unitario con las sumas que se facturaron por la empresa Telecartagena y se viene facturando por Colombia Telecommunicaciones; cual es el valor de la cartera existente por el servicio de identificación de llamadas y cual es el valor de participación que le corresponde a ELECTROFONTEL de esa cartera durante el término del convenio; la participación a favor de Electrofontel, que debe cancelar Telecartagena en liquidación y el valor de los posibles perjuicios que las convocadas hallan podido ocasionar a la Convocante por concepto de daño emergente, lucro cesante y daños morales.

En la misma audiencia el señor Alexander Caraballo, empleado de Colombia Telecommunicaciones, fue asignado para atender las solicitudes del perito.

1.9.7. Informe preliminar: el dia 17 de febrero de 2005 se presenta informe del Perito Gabriel Lastra, expresando la limitación para acceder a la información y para ser atendido por Colombia Telecommunicaciones, solicitando prorroga por 8 días (folio 318). Posteriormente se presentó el primer informe y luego se hicieron unas aclaraciones y complementaciones.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1.- Competencia.

Aspecto fundamental de las decisiones de un Tribunal de Arbitramento es definir lo relativo a si es o no competente para conocer del asunto sometido a su análisis, subjetiva y objetivamente; la primera se refiere a la capacidad de las partes y la segunda, a que el objeto de la controversia sea susceptible de transacción.

En el *sub-judice*, ambos presupuestos están dados ya que se acreditó tanto la existencia y representación legal de las empresas Convocante y Convocadas, personas jurídicas legalmente constituidas legalmente representadas en este proceso, y el contrato tuvo objeto y causa lícita consistentes en el descrito en la cláusula Primera del contrato de Alianza Comercial.

Por manera pues que, este Tribunal de Arbitramento, ratifica lo expresado en la Primera Audiencia de Trámite celebrada el 10 de diciembre del 2004, donde dijo que es competente para conocer y dirimir las diferencias sometidas a su decisión, surgidas entre el Convocante Electrofontel LTDA, por la parte Convocante, y las Convocadas *Empresa De Telecomunicaciones De Cartagena S.A. E.S.P. – En Liquidación y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.* ", por las Convocadas, dada la existencia y validez de la Cláusula Compromisoria pactada en el Contrato de Alianza Comercial que se transcribe: "Cualquier diferencia que surja por razón de la celebración, interpretación, ejecución y liquidación de este convenio, se someterá a la decisión en derecho de un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las normas legales vigentes, y por aquellas que las modifiquen, adicionan o complementen. El Tribunal estará integrado por un arbitro elegido por las partes y decidirá en derecho. Las partes podrán nombrar los árbitros directamente, o delegar en un tercero total o parcialmente la designación cualquiera de las partes podrá acudir al procedimiento previsto en el artículo 101 de la Ley 23 de 1.991 y las normas que lo modifiquen o adicionen."

2.2. El problema jurídico a resolver.

Tanto de las pretensiones formuladas por el Convocante, como también de las excepciones planteadas por las Convocadas, así como de sus respectivos sustentos de hecho y de derecho, se colige que el problema jurídico que las distancia es, en síntesis, los siguientes:

2.2.1. *¿Puede el Decreto 1609 de 2003, que ordenó la disolución y liquidación de la "Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena S.A. E.S.P.", ser una causa legal para suspender válidamente y sin indemnización el convenio de alianza comercial para la comercialización de aparatos identificadores de llamadas con participación conjunta en la venta del producto y el pago del servicio de identificación que suscribió dicha empresa, con antelación al Decreto mencionado y por un término y/o efectos que excedían la fecha del mismo, con la Convocante del presente Tribunal de Arbitramento?*

2.2.2. *¿ Cual es el alcance de la obligación de Facturar y recaudar el servicio mensual de identificación de llamadas de la "Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena S.A. E.S.P.", según la cláusula tercera del convenio y el plan de negocios establecidos en los términos financieros descritos en el anexo técnico-financiero que hace parte integral del convenio de alianza comercial?*

Toda la cuestión en este asunto se reduce a dar la respuesta más jurídica a los cuestionamientos anteriores, como se aprecia fácilmente es un asunto de pleno derecho y de contenido contractual. Los contendientes procésales no cuestionaron la existencia, y validez del convenio, por lo cual no nos ocuparemos de estos puntos específicos.

2.3 OTROS ASPECTOS SOBRE LOS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL EN ESTE LAUDO.

DE LA EXPERTICIA

Informe preliminar: el dia 17 de febrero de 2005 se presenta informe del Perito Gabriel Lastra, expresando la limitación para acceder a la información y para ser atendido por Colombia Telecommunicaciones, solicitando prorroga por 8 días (folio 318). Posteriormente se presentó el primer informe y luego se hicieron unas aclaraciones y complementaciones conforme a lo siguiente.

En AUTO del 24 de febrero de 2005 se prorroga el termino del dictamen y se insta a Colombia Telecommunicaciones a cumplir con el deber de colaboración, art. 242 C.P.C. actitud que deberá apreciarse como indicio en contra de Colombia Telecommunicaciones al momento de resolver. **Primer Informe** Se recibió el dictamen el 10 de marzo de 2005 (folio 324) con las conclusiones de la información y los limitantes expresados por el perito en el mismo, mediante Auto del 14 de marzo de 2005 se fijaron los honorarios del perito en \$500.000,oo (folio 334), **Aclaración del Dictamen** : se solicito aclaración del peritazgo por ELECTROFONTEL el dia 22 de marzo de 2005 (folio 336),

con énfasis en los puntos sobre la cartera pendiente, intereses moratorios y la apreciación de los presuntos perjuicios ocasionados, Colombia Telecommunicaciones solicitó igualmente aclaración del punto 3 del informe sobre intereses de mora o corrientes y aclarar porque se utilizó la tasa de mora fijada por la DIAN con vigencia del 28 de marzo (folio j341), posteriormente se ordenó la aclaración del dictamen. **Aclaración del Dictamen:** el 12 de abril de 2005 se recibió la aclaración del perito (folio 343) donde se incluye la apreciación de una relación de gastos a manera de presuntos perjuicios, el día 18 de abril se corrió traslado de la aclaración a las partes (folio 349) en ese escrito el doctor Jairo Delgado representando a Electrofontel desiste de la objeción grave interpuesta en ocasión anterior al dictamen pericial (folio 350). **Objeción a la Prueba Pericial:** en escrito del 20 de abril la doctora Luz Nidia Duque Arango Abogado de Colombia Telecommunicaciones presenta objeciones del dictamen pericial por discrepancia sobre los conceptos tomados para la determinación de los valores denominados "Gastos incurridos por Electrofontel Ltda. en proceso de reclamación de valores a Telecartagena Colombia Telecommunicaciones S.A. (folio 353) y otras razones; en escrito del 22 de abril de 2005 la doctora Erika Martínez Noguera en representación de Telecartagena en Liquidación, presenta observaciones al dictamen del perito de las respuestas b y d dadas a Electrofontel.

Mediante Auto del 4 de mayo de 2005 se dio traslado (folio 363) de las objeciones a la convocante por 3 días, el día 11 de mayo de 2005 el doctor Jairo Delgado descubre el traslado a las objeciones del dictamen pericial (folio 365), mediante auto del 16 de mayo de 2005 el tribunal (folio 373) resuelve practicar inspección judicial en las oficinas de Electrofontel en Cartagena.

El día 20 de mayo de 2005 se practicó en las instalaciones de Electrofontel en Cartagena Inspección judicial (folio 376) con el fin de inspeccionar libros y documentos que fueron objeto de análisis por parte del perito Daniel Lastra, con ocasión de la aclaración del primer informe y con el objeto de brindar equilibrio procesal y garantizar el derecho de contradicción y defensa, incluso se solicitó la presencia del perito para despejar dudas, quien curiosamente no fue consultado por quienes alegaron objeciones al dictamen.

Se desarrolló una inspección judicial dentro de la mayor cordialidad y profesionalismo de las partes, la Dra. Luz Nidia Duque aportó el oficio 100-200772 del 8 de julio de 2004, donde se emite un concepto jurídico sobre pagos de cuentas a Electrofontel y se renunció a la prueba de ampliación de la declaración Dra. Megumi Kakoi por parte de Electrofontel y se solicitó el aporte de la calificación de cartera de Electrofontel por parte de Colombia Telecommunicaciones, el Dr. Benedetti y su contador Alberto De la Rosa González, atendieron la inspección y pusieron de presente documentos y libros revisados por Colombia Telecommunicaciones, quien solicitó copias de las declaraciones del IVA del año 2004 y copias de los gastos contables objeto de controversia y descuentos, documentos anexados igualmente al expediente (folios 380 al 414)

FUNDAMENTOS DE LA OBJECIÓN COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (folio 353)

1.- Discrepancia sobre los conceptos tomados por la determinación de los valores denominados por el perito como "GASTOS INCURRIDOS POR Electrofontel LTDA. EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DE VALORES A TELECARTAGENA – COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A."

En la aclaración de dictamen presentada por el perito el 12 de abril de 2005, en la respuesta contenida en el literal d- del punto 1, (ver folio 344)

Dice la apoderada de Colombia Telecommunicaciones que: dentro de los conceptos que el perito incluyó en la relación, se cuentan las sumas de \$9.441.000,oo por gastos de personal del 30 de junio al 31 de diciembre de 2003; \$8.310.000,oo (periodo junio 30 a diciembre 31 de 2003) y \$24.660.000,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004) y por concepto de arrendamientos, sin que se hayan discriminado el tipo de arrendamientos se aplican; \$3.377.000,oo (periodo junio 30 a diciembre 31 de 2004) y \$6.126.116,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004), por concepto de servicios; \$400.000 (periodo 30 de junio a diciembre 31 de 2003) y \$111.000,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004); \$18.00,oo (periodo junio 30 a diciembre 31 de 2003 y \$353.000,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004) por concepto de reparaciones locativas; \$850.000,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004) por gastos de viaje; \$4.363,oo (periodo junio 30 a diciembre 31 de 2003) y \$1.464.261,oo (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004) por gastos de libros, cafetería y papelería y \$2.646.000 (periodo junio 30 a diciembre 31 de 2003) y \$8.310.586 (periodo enero 1 a diciembre 31 de 2004), todos estos conceptos sin explicaciones, notas o documentos soportes, y que corresponden a gastos de tipo administrativo.

2.- Falta de fundamentación del dictamen, en cuanto a conceptos utilizados por el perito para determinar "GASTOS INCURRIDOS POR ELECTROFONTEL LTDA EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DE VALORES A TELECARTAGENA – COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A."

El perito al efectuar la relación de los conceptos antes mencionados, no ha desagregado los mismos...

3.- Exceso del perito en el límite del encargo. Limitaciones de dictamen a los puntos planteados en la solicitud del peritazgo.

Como se puede observar, el perito en principio manifiesta claramente que no es de su competencia determinar los valores correspondientes a los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daños morales, pero determina un elemento que no fue solicitado, expresamente en la petición de la prueba, (folio 356).

Sobre el particular es preciso anotar, que el dictamen sobre aspectos diferentes a los encomendados al perito, es **nulo**. Así ha sido calificado doctrinariamente (...) es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos... el dictamen sobre puntos distintos carece de eficacia probatoria... las investigaciones sobre otros puntos son nulas, (...) (Teoría General de la Prueba. Henando Devis Echandía. Tomo II, pagina 334).

4.- Error en la calificación de los conceptos utilizados por el perito para determinar "GASTOS INCURRIDOS POR ELECTROFONTEL LTDA EN PROCESO DE RECLAMACIÓN DE VALORES A TELECARTAGENA – COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A."

La presunta generación de perjuicios materiales y morales, carecen de cualquier fundamento probatorio y, por el contrario, se basa en una simple afirmación de que "...son valores razonables que se encuentran debidamente soportados, como son los gastos en que ha debido incurrir la empresa ELECTROFONTEL LTDA., en los reclamos de sumas adeudadas por Telecartagena Ltda. – Colombia Telecomunicaciones S.A..."

Se pretende determinar unos "presuntos perjuicios"; ya que no han sido demostrados a la fecha por el demandante, simplemente relacionado algunos conceptos que son gastos normales de la operación de la empresa y nada tiene que ver con el objeto del presente proceso.

FUNDAMENTOS DE LA OBJECIÓN HECHA POR TELECARTAGENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN

Dice la Apoderada de Telecartagena:

Mal puede aclarar el perito puntos de su dictamen que se le ha solicitado complementar, con información suministrada por ELECTROFONTEL LTDA, parte convocante en este trámite arbitral, pues tal información es desconocida por TELECARTAGENA S.A. E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, pues o se le ha presentado anteriormente para su estudio. Al contrario el dictamen inicial era certero, pues la información de la cartera que tiene en su poder Colombia Telecomunicaciones, es la que corresponde también a Telecartagena S.A. E.S.P. en liquidación, pues el sistema que esta adoptó una vez creada, era el que venía siendo utilizado por Telecartagena con anterioridad a la Liquidación. Desconocemos esta suma de dinero que afirma Electrofontel Ltda. Corresponde a TELECARTAGENA por concepto de Cartera, y que ahora adopta, el perito contador designado, como razonable, pues no es una información que haya sido presentada con anterioridad a Telecartagena, ni ha sido de la base de datos que ahora maneja Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Incurre también en error el perito pues no puede examinar pruebas sobre presuntos daños y perjuicios que ha sufrido Electrofontel con información obtenida de "libros y registros contables y demás soportes de los gastos" que las otras partes procesales no hemos tenido la oportunidad de conocer ni contradecir. Es decir no es suficiente con afirmar que se examinaron libros y registros contables, sino que es necesario que la contraparte pueda tener acceso a la información dentro del proceso, y no por fuera de él, es decir, el perito quería determinar supuestos perjuicios materiales solicitados por el demandante, debió única y exclusivamente utilizar la información que constara en el expediente, o aquella que había sido autorizada por el señor árbitro, como es el caso de la información que reposa en los archivos y sistema de Colombia de Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Decisión sobre las objeciones al dictamen Pericial.

Siendo la oportunidad procesal, procede este tribunal a decidir sobre las objeciones al dictamen pericial, como ya quedó expresado, alrededor de la prueba pericial hay un informe preliminar (folio 318) limitaciones para el normal desempeño, Auto del 24 de febrero de 2005 (folio 320) de prórroga, primer informe (folio 334), Auto de aclaración del 28 de marzo de 2005 (folio 341), informe de aclaración (folio 343), solicitud de objeciones de Colombia telecomunicaciones (folio 353), solicitud de objeciones de Telecartagena en Liquidación (folio 360), Auto de traslado del 4 de mayo de 2005 (folio 363), escrito descorriendo traslado de Electrofontel (folio 365), Auto de práctica pruebas en objeciones del peritazgo del 16 de mayo de 2005 (folio 373), inspección judicial del 20 de mayo de 2005; de toda esta actuación y en especial sobre los informes o dictamen del perito, este tribunal debe manifestar que se realizaron con la finalidad de sustanciar probatoriamente el proceso arbitral, siendo así, debemos apreciar el comportamiento de las partes en la práctica de la prueba y en sus actuaciones circundantes, es lógico observar mayor diligencia en el interesado y convocante del tribunal Electrofontel, se observó en el pago de la obligación profesionalismo, solicitud, apoyo y colaboración en la sustanciación probatoria del proceso.

En Telecartagena en Liquidación, valen las mismas palabras, pero desafortunadamente y quizás por razones de índole práctica, la convocada Colombia Telecomunicaciones, quien además posee de primera mano la información de interés procesal, presentó inconvenientes para colaborar, en principio, en especial con el perito, incluso fue necesario utilizar el contenido del art. 242 del C.P.C., en cuanto al deber de colaboración de las partes, y siendo este el momento de apreciar las conductas que suscribe la práctica de la prueba, este Tribunal expresa que considera la actitud procesal de Colombia Telecomunicaciones como un indicio en su contra. Basándonos en el principio procesal de que nadie puede alegar su propia negligencia a su favor.- Es lógico que el dictamen inicial del

perito pudiera tener algunos vacíos, pero afortunadamente la sabiduría del legislador no desampara al justo, y en virtud de ello se desarrollaron espacios procesales que sustancian probatoriamente al tribunal de Arbitramento.

En cuanto a la presentación de objeciones de Telecartagena al peritazgo y su justificada preocupación por las garantías del derecho de defensa, y en ejercicio de una gran lealtad procesal, se entiende que fueron surtidas las acciones procesales que le permitieron la oportunidad de confrontar los conceptos que de alguna manera odia desconocer, siendo información que Electrofontel recibe en principio del sistema informático de Telecartagena y luego de Colombia Telecomunicaciones, el suscrito árbitro tiene la tranquilidad ética de que muy seguramente las convocadas tienen los medios para confrontar dichos datos.

La forma como se manejó la prueba recogida por el perito e incluso por el tribunal solo reflejan las vicisitudes con que ha debido conducirse el convocante en el desarrollo del convenio desde que la administración y control del mismo pasó a manos de Colombia Telecomunicaciones, el perito acudió a donde podía conseguir la información necesaria para el examen contable solicitado y este tribunal estructuró los espacios procesales para el debate probatorio propio del proceso.

Con base en el principio de la "Buena fe", se entiende que la información suministrada por Electrofontel es valida y exenta de malicia.- Es apreciación de este tribunal que Electrofontel sólo tiene el interés justo de que se cumpla con lo convenido.

El art. 238 del C.P.C., contradicción del dictamen, Num. 5. dice que en el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo... el juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error y concederá el término de 10 días para practicarlas.

Las convocadas objetaron el dictamen pero no solicitaron pruebas para demostrar el error grave; sin embargo, descorriendo el traslado de las objeciones y en muestra de lealtad procesal, Electrofontel solicitó práctica de Inspección judicial sobre los documentos pertinentes, en sus instalaciones, y este tribunal, considerándolo sano probatoriamente, accedió a dicha petición y solicitó la asistencia del perito para absolver cualquier duda respecto a lo estudiado para la aclaración, momento procesal que no fue utilizado por las convocadas para sustentar sus objeciones.

En cuanto a las objeciones expresadas por Colombia Telecomunicaciones, que ya fueron relacionadas, hay que decir:

1.- Tal como lo expresa el perito, es al Señor Árbitro, fallador dentro de este proceso, a quien le corresponde en el momento del laudo determinar el valor del quantum del daño y para ello, en su calidad de auxiliar de la justicia, entrega elementos de juicio que ha tomado precisamente en su experticio.

Con la insistencia por parte de Colombia Telecomunicaciones SA ESP, de incluir en el otro si del contrato la Garantía de Calidad y Servicios que mi Poderdante se obligó a firmar, era necesario mantener funcionando la empresa hasta el momento en que finalizara el contrato, so pena de incumplir el contrato y verse sujeto a demandas por incumplimiento y al pago de daños y perjuicios.

2.- El perito, al rendir su dictamen, revisó los soportes contables y los hechos generadores de los gastos en la documentación que reposa en las instalaciones de Electrofontel, no es obligación anexar todos los soportes, pues estos reposan en los registros contable de dicha empresa en donde se pueden confrontar si fuere necesario.-

3.- La labor o gestión del perito es determinar una suma aproximada correspondiente al valor total de los daños ocasionados, sin embargo, el perito expresa que el valor final correspondiente a los perjuicios solo puede ser determinado por el arbitro al momento de producir su laudo.

Esta conducta en ningún caso puede dar lugar a la nulidad del dictamen, toda vez que le ofrece al árbitro los puntos de referencia para cuantificar el monto del valor de los perjuicios. El dictamen rendido se refiere a puntos encomendados en la prueba.

4.- Con relación al pago de la cartera reclamada es un deber de la empresa prestadora de servicios públicos proceder a realizar el cobro de la cartera existente ya que en la distribución de los porcentajes, existe un equivalente del 25% correspondiente al Estado y por lo tanto tiene el deber de recaudarla.

Se incorporaron legalmente al expediente y se apreciaron en su valor legal los documentos aportados durante la diligencia de Inspección Judicial realizadas en las instalaciones de la empresa Convocada.-

NUEVOS ELEMENTOS PROPUESTOS POR LAS CONVOCADAS EN LA AUDIENCIA DE ALEGACIONES:

- CONTRATO DE EXPLOTACIÓN DE BIENES, ACTIVOS Y DERECHOS ENTRE EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES EN LIQUIDACIÓN, LAS EMPRESAS TELEASOCIADAS EN LIQUIDACIÓN Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Se alegó en su escrito de Alegatos de Conclusiones por Colombia Telecommunicaciones, ser un mandatario de la Teleasociada Telecartagena para efectos del convenio que nos ocupa, para el Tribunal este argumento no es oponible para Electrofontel LTDA puesto que no fue notificada en la debida oportunidad de la existencia y alcances de este contrato, configurándose incluso en un elemento mas del incumplimiento a las obligaciones de la Convocada Colombia Telecommunicaciones en el convenio.

Perfectamente pudo Colombia Telecommunicaciones informar a Electrofontel de su alegada condición de mandatario en los oficios que envió a Electrofontel LTDA notificándole que el convenio era declarado afecto al servicio, debió Telecom sustentar dicha declaración e ilustrar las condiciones jurídicas y Contractuales en que asumía el control y administración del Convenio como nueva gestora del servicio de telefonía Local dado se le subrogaba por decreto presidencial la coordinación y administración contractual de aquellos contratos afectos a la continuidad en la prestación del servicio y que continuaban ejecutándose.

Se resalta que las Convocadas no alegaron esto en la oportunidad legal en este proceso, en la contestación de la demanda o las excepciones de merito, y tampoco se explica este Tribunal como la mandante Telecartagena en liquidación no tiene clara su condición de mandante y alegó que se trataba de una cesión o subrogación de contrato (ver folios 142 al 150).

Por lo anterior se desestima por este Tribunal este argumento.

EXCEPCIONES DE FONDO

Siendo el momento procesal se entra a considerar lo relativo a las excepciones de fondo o merito:

EXCEPCIONES DE FONDO Telecartagena (Tomado de su escrito de excepciones):

DEL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE ALIANZA COMERCIAL

En cuanto a la cartera, no es incumplimiento del contrato por Telecartagena pues sin el recaudo real del dinero, no ha surgido para mi representada la obligación de pagar, las partes se colaboraron mutuamente, asumen un riesgo económico y la obligación, reitero, surge una vez recaude el servicio.

Analizando el problema jurídico, sobre incumplimiento se concluye que de la cláusula tercera: literal B) Obligaciones de Telecartagena E.S.P. S.A y "la nueva gestora del servicio de telefonía Colombia Telecomunicaciones". (agregado es nuestro) inciso 3.- Facturar y recaudar el servicio mensual del mismo en los términos establecidos en el anexo financiero, y del anexo técnico financiero cuando dice :" Telecartagena ejercerá los controles correspondientes para garantizar que los identificadores de llamadas sean adjudicados a sus suscriptores que no hayan tenido inconvenientes con el pago en el servicio telefónico", Telecartagena tiene la obligación contractual de responder según la cláusula Décima Cuarta: ".... en todo responderán por daño emergente de sus obligaciones contractuales entre ellas por el incumplimiento de la obligación de recaudar, es decir, recibir – recoger – cobrar o percibir caudales o efectos // Asegurar poner o tener en custodia, guardar // Alcanzar, conseguir con instancias o suplicas lo que se desea y de recaudo: acción de recaudar // Precaución, cuidado, caución, fianza, seguridad del verbo estar, poner (definido en el diccionario Real Academia); lo que quiere decir que Telecartagena y Colombia Telecomunicaciones tiene que asegurara – resguardar – Alcanzar – a buen recaudo por convenio de Alianza Comercial la cartera donde Electrofontel tenga participación en el servicio de identificadores de llamadas.

FALTA PERSONERÍA SUSTANTIVA PARA SER CONVOCADA COMO PASIVA A LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL.

Los efectos del contrato en lo que corresponde a cartera, recaudo y algunas otras obligaciones no han cesado para Telecartagena, como quedo demostrado anteriormente y por lo tanto no prospera la excepción, incluso la liquidación total del convenio no se ha dado, solo existe una liquidación parcial (folio 308 – 313), como lo manifestó el Dr. Javier Gnecco en su declaración jurada (folio 288)

EXCEPCIONES COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO – AUSENCIA DE MORA POR PARTE DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES – AUSENCIA DE DERECHO POR PARTE DE LA CONVOCANTE PARA PRETENDER LA TOTALIDAD DEL PORCENTAJE DE LA CARTERA DEL CONVENIO:

Al analizar el problema jurídico se concluye que de la cláusula tercera literal b Num. 3 - recaudar – se responde con base en los conceptos emitidos para Telecartagena en cuanto a la obligación de recaudar la cartera, mencionados en los párrafos anteriores.

Por otro lado en el Convenio de Alianza Comercial se tiene la obligación de facturar y Electrofontel tiene la obligación Cláusula tercera – literal A) Num. 3 de solicitar servicios facturados, en la Cláusula **CLAUSULA QUINTA.. PARÁGRAFO: TELECARTAGENA E.S.P. S.A.** facturará y recaudará mensualmente los valores a cargos de los usuarios, o suscriptores del servicio el interventor y ELECTROFONTEL Ltda, realizaran las conciliaciones y liquidaran los valores generados mensualmente por la prestación del servicio, suscribiéndose un acta para el efecto.

Es de público conocimiento que una vez la nueva gestora del servicio telefónico en Colombia – COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. ESP asumió de manera intempestiva, sin mayores planificaciones, de manera traumática el control y administración del servicio telefónico fijo, no se produjo la facturación mensual de manera regular y no se normalizó el proceso de facturación sino ya pasado algunos meses, 5 ó 6 meses.- De manera pues que es fácil concluir que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S. A. ESP no cumplió sus obligaciones contractuales contenidas en el convenio tales como la cláusula tercera literal b Num. 3 – **Facturar y Recaudar Mensualmente.**-

En relación con lo anterior, dentro del proceso se probó por Electrofontel que cumplió con su obligación de solicitar mensualmente la información de facturas y recaudos a las convocadas, a través de diferentes medios, reuniones con los directivos de Telecartagena en liquidación, cartas de solicitud de información relativa al convenio y el proceso de facturación, haciendo uso del derecho contractual consagrado en la cláusula sexta literal B) - Derecho Electrofontel a recibir el pago – cumplieron, lo que consta en declaración de Jorge Benedetti – Gerente de Electrofontel (folios 283 - 285), del dicho de Alvaro Martinez (Folios 286 – 287) declaración de Javier Gneco Abogado Telecartagena (Folios 288 – 290) y de los documentos anexos al Expediente en declaraciones, en inspección judicial, en el Escrito Convocatoria del Proceso, etc. documentos que demuestran la diligencia de Electrofontel respecto al Convenio, carta del 26 de Enero 2004 de Alvaro Martinez – declaración Afecto al Servicio (folio 44), Carlos Forero – Afecto al Servicio (folio 45), Escrito Remisión Acta de entrega 1 al 12 de Junio /03 de Jorge Benedetti a Telecartagena en liquidación (folio 53) con fecha Septiembre 3/03, de Octubre 2/03; carta de Jorge Benedetti a Colombia Telecomunicaciones S. A. Solicita información sobre el futuro del Contrato de Electrofontel (folio 220); solicitud de reembolso del 21 de Octubre/03 de Jorge Benedetti a Alvaro Martinez (folio 221); reembolso de Jorge Benedetti a Alvaro Martinez en Noviembre 21/03 (folio 223); de Jorge Benedetti a Carlos Forero Noviembre 26/03 plantea inquietudes alrededor del convenio, recaudo, pago, solicitud de respuesta a Telecartagena y relaciona otros Escritos de Julio 29/03; Sept. 03/03, etc. (folios 225 –227), derecho petición 8 de Enero/04 Electrofontel a Carlos Forero (folios 228 – 231).

La anterior relación demuestra el cumplimiento de sus Obligaciones Contractuales por parte de Electrofontel, y pone de manifiesto el incumplimiento de Colombia de Telecomunicaciones a sus obligaciones Contractuales contenidas en la cláusula tercera literal b) Num. 3) 4) 5) y la cláusula quinta parágrafo, que determinaron los reparos a las Conciliaciones y la Facturación de que trata la excepción en mención y que hiciera Electrofontel a Colombia Telecomunicaciones en un momento histórico posterior a la de mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales de Colombia Telecomunicaciones, incluso esta situación configuro la necesidad de la Convocatoria de este Tribunal por parte de Electrofontel.

EN LA EXCEPCIÓN AUSENCIA DE DERECHO DE LA CONVOCANTE PARA PRETENDER LA TOTALIDAD DEL PORCENTAJE DE LA CARTERA DEL CONVENIO.

Es claro que lo pretendido por la Convocante es su participación del 75% en la Cartera donde se recaude el servicio de identificadores de llamadas y en cuanto a la interpretación sobre recuperación de cartera, nos remitimos a lo planteado cuando se trató la excepciones de fondo de Telecartagena, es decir, recaudar es darle seguridad a Electrofontel de los valores de su participación. Telecartagena y Colombia Telecomunicaciones tienen la obligación contractual de recaudar pues así lo acordaron las partes en la cláusula tercera literal b. No. 3 y 4, y según el anexo financiero se debe tener en cuenta que las partes en su **PLAN DE NEGOCIO**, determinaron que:

"TELECARTAGENA E.S.P. S.A." ejercerá los controles correspondientes para garantizar que los identificadores de llamadas sean adjudicados a suscriptores que no hayan tenido inconvenientes en el pago del servicio telefónico.

Se utilizaran los Centros de Atención al Cliente y otros medios establecidos por la empresa para la entrega de los identificadores de llamadas; para su entrega el suscriptor debe firmar un documento donde se compromete a utilizar el servicio por un periodo mínimo de 12 meses.

Los identificadores serán entregados al interventor del contrato mediante actas, para lo cual mensualmente se hará un inventario de los aparatos entregados al interventor, para confrontarlos con la información expedida por el Jefe de Contabilidad de "TELECARTAGENA E.S.P. S.A" donde certifica el valor del servicio de identificadores recaudados mensualmente, para su cancelación.

Con la alianza comercial entre "TELECARTAGENA E.S.P. S.A" y ELECTROFONTEL LTDA, las partes se comprometen en que no se podrá comercializar independientemente, ni con otra firma la adquisición de identificadores de llamadas sobre las líneas que actualmente posee la empresa y las que se llegaren a instalar durante el término del convenio. Además si se llegaren a presentar innovaciones tecnológicas sobre los aparatos, ELECTROFONTEL LTDA tendrá la disponibilidad para hacer la comercialización con los suscriptores de "TELECARTAGENA E.S.P. S.A".

Además Telecartagena y Colombia Telecomunicaciones deben tener sus estrategias jurídicas de recuperación de Cartera y por lo tanto deben cumplir con sus compromisos con Electrofontel al respecto traemos a colación Jurisprudencia Arbitral de fecha 29 de Septiembre de 2.003 proferida dentro del Proceso Arbitral de INELCARIBE LTDA. CONTRA ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. de la cual se transcribe los siguientes apartes:

"Estima el apoderado de la parte Convocante, realizado lo que denomina una interpretación sistemática de las cláusulas contractuales , que la remuneración causada por los expedientes que fueron enviados a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no puede estar supeditada a la resolución de la misma o a que se paguen, pues esta circunstancia se sale del esquema general del contrato, dada su terminación y la conclusión de las relaciones entre las partes.- Afirma, que estimarlo de tal modo, equivaldría a dejar a Inelcaribe a expensas del querer de la demandada quien ha demostrado nulo interés por cumplir sus obligaciones con la Convocante.-

Analizado el contrato, se observa, que en los eventos de suspensión o terminación anticipada, las partes deberían acordar los porcentajes que se pagarian al contratista en forma proporcional al trabajo realizado.- Este acuerdo, no fue posible, tal como dan cuenta las comunicaciones que obran en el expediente a folios 159 y SS y folios 168 y 169.-

Estima este tribunal que le cabe razón a la parte Convocante en lo que se refiere a que ella no puede quedar supeditada a lo que resuelva la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o a que se produzca el pago efectivo, en razón a lo dispuesto en el artículo 2063 del Código Civil, el cual es del siguiente tenor: " Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059". Esto en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2064 y 2065 del Código Civil.-

Respecto a la disposición supradicha ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil de fecha noviembre 5 de 1997, expediente 4912, de la cual fue magistrado ponente Rafael Romero Sierra, lo que textualmente se reproduce: "Puesta la Corte en camino de dilucidar tal asunto, no puede dejar de resaltar, a propósito de la denominación que el propio código trae en el capítulo pertinente, que las dos situaciones tratadas por el tribunal están arropadas por igual con el nombre genérico de "Servicios" inmateriales; no parece entonces seria y sólida la distinción entre "obras" y "servicios" inmateriales.- Por donde empieza a columbrarse que la diferencia que entre ellas pueda existir no ha de estar en la tangibilidad del servicio u obra material en que se apoyó el ad-quen.- Como en efecto no lo es, si se repará en que lo verdaderamente distingible está en otro lado; depende es de si el servicio representa una actividad aislada o una larga serie de actos".-

En el caso que nos ocupa, es el criterio del tribunal acogiendo la jurisprudencia anterior junto con los fundamentos legales y contractuales citados, que el término del convenio esta terminado pero sigue produciendo sus efectos,

estando concluidas la relaciones entre las partes en este momento, no puede Electrofontel Ltda quedar a expensas de las diligencias que para recaudar las sumas de cartera realicen las Convocadas, por lo tanto de conformidad se decidirá en la parte resolutiva.

AUSENCIA DE DERECHO PARA PRETENDER EL RECONOCIMIENTO DE PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Al respecto se entiende que Colombia Telecommunicaciones incumplió el Convenio como quedó explicado anteriormente cuando no entregó la información de la facturación y recaudos a Electrofontel tan pronto asumió el control y administración del convenio.

Colombia Telecommunicaciones, tenía medios jurídicos para hacer los respectivos pagos por el recaudo y constituir a Electrofontel en incumplimiento del convenio – por ejemplo podía hacer uso del capítulo 7 del título XIV del Código Civil Colombiano de los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo, en su capítulo 7, artículos 1656 – 1665 – del pago por consignación.-

En conclusión, siendo Colombia Telecommunicaciones quien incumplió si habrá lugar a Indemnización de daños y perjuicios.-

EXCEPCION GENÉRICA:

Para este Tribunal no es procedente.

2.3.- Los fundamentos de constitucionalidad.

Tal como lo menciona el Dr. Miguel Raad Hernández, en su laudo del tribunal de arbitramento Rocio del Carmen Miranda Jiménez, Juan Avila Bautista y Orlando Vélez Lorduy vs. "Empresa De Telecomunicaciones De Cartagena S.A. E.S.P": "Es claro que el Decreto 1609 del 2003 no es un Decreto expedido por motivos de utilidad pública o interés social, sino por un cambio en la orientación de la política macroeconómica de la nación, cuyo Gobierno de turno decidió no mantener más una empresa que le estaba generando enormes costos de sostenimiento u operación, remplazándola por otra nueva que se constituía bajo parámetros operativos de reducción del gasto y austeridad, para una mayor competitividad dentro de un mercado abierto a otros operadores de telecomunicaciones. En este contexto, surge la aplicación del primer principio incorporado en el artículo 58 de la constitución nacional, que garantiza la propiedad privada y los demás "derechos adquiridos".

Es inobjetable que los contratos celebrados con los Convocantes se perfeccionaron bajo las reglas de formación de los contratos del Código Civil y del Código de Comercio, y su ejecución venía adelantándose sin objeciones hasta su intempestiva suspensión unilateral por parte de la "Empresa De Telecomunicaciones De Cartagena S.A. E.S.P", y el nuevo Decreto en nada modificó esas reglas, pues ni siquiera alude a ellas porque mal podría hacerlo sin tornar deleznable su juridicidad.

Por otro lado, el decreto 1616 del 2003 tampoco ordena o faculta a los administradores sociales de Colombia de Telecomunicaciones S. A. ESP" a suspender los contratos tan pronto entró en vigencia. Todo lo contrario, el art. 19.3 de dicho decreto establece que los contratos en curso celebrados por las teleasociadas que a la fecha del decreto se encuentren en ejecución y que estén afectos a la continuidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, continuaran ejecutándose de acuerdo con lo pactado y la coordinación y administración contractual corresponde a colombia de telecomunicaciones Por manera que es forzoso concluir que, si bien el Decreto 1609 del 2003 ordenó la disolución y liquidación de la "Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena S.A. E.S.P" y el decreto 1616 del mismo año ordenó la creación del nuevo gestor Colombia de Telecomunicaciones, fueron los administradores los que decidieron y comunicaron la suspensión unilateral de los contratos causándole perjuicios e inconvenientes a los Convocantes de este arbitramento.-

2.4.- De la obligatoriedad y vigencia del contrato.

Es del caso citar nuevamente el mencionado laudo del Dr Raad, cuando explica que El artículo 1602 del Código Civil es perentorio respecto de la fuerza vinculante de los contratos, cuando afirma: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Esta asimilación que hace la norma transcrita del vínculo contractual con idéntica virtualidad de la fuerza que tiene el vínculo legal, es la inequívoca manifestación de la importancia y trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico y en el de todos los países del mundo civilizado, se da a este instituto -el contrato- que está fundado en la autonomía de la voluntad y en el libre albedrio.

Además, en relación con el alcance de la obligatoriedad del contrato, debe considerarse también el imperativo mandato del artículo 1603 *ibidem*, también consignado en el artículo 871 del Código de Comercio, según los cuales "Los contratos deben ejecutarse de buena fe...", como se lee en la primera norma, o "deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...", como lo dice la segunda disposición citada. Buena fe que se constituye en regla de oro de las relaciones contractuales, y que nos obliga a interpretar y ejecutar las Cláusulas del contrato unas con otras y de conformidad no sólo con lo que en ellas se expresa, sino de acuerdo con todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación pactada o que por ley pertenecen a ella, como lo explicitan las normas en cita. Así, en el caso *sub-lite*, la prestación a cargo del deudor implicó una carga económica para estar en disponibilidad de cumplir su prestación durante todo el término acordado (art. 1551 del C.C.C.), y mal puede suspenderse intempestivamente el desarrollo del contrato para esto último no se compadece con la forma como deben ejecutarse los contratos. Mayormente si, como hemos visto atrás, el Decreto 1609 de 2003 en ninguno de sus apartes dispone esa terminación abrupta ni sugiere de ningún modo que la disolución y liquidación de la sociedad industrial y comercial del Estado denominada "Empresa de Telecomunicaciones de Cartagena S.A. E.S.P.", se haga sin sujeción a las normas constitucionales y legales vigentes. Luego, lo jurídico y sensato era cumplir con lo pactado aun cuando se hizo una cesión o subrogación del contrato a la nueva empresa, gestora del servicio quien tiene la obligación legal y contractual de

Finalmente, aunque los contratos celebrados entre las partes se clasifiquen como de naturaleza mercantil, dada la calidad de comerciante de por lo menos una de las partes, ello no obsta para que las anteriores disposiciones de carácter civil le sean aplicables, dada la expresa remisión que hace el artículo 822 del Código de Comercio, cuyo tenor literal es como sigue:

"ARTICULO 822.- 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."

Así, pues, siendo que no hay normas mercantiles diversas o específicas distintas para el asunto en estudio, son aplicables al mismo todas las normas civiles aquí invocadas.

6.- De los perjuicios.

La Doctrina y la Jurisprudencia universales son contestes y armónicas en determinar que los perjuicios pueden ser de dos tipos: Daño Emergente y Lucro cesante.- Ambos conceptos son suficientemente conocidos y constituyen lugar común del saber jurídico, por lo que nos relevamos de entrar en más consideraciones sobre ellos.- Ahora bien, también es un apotegma jurídico en nuestro sistema, que para acceder al cobro de perjuicios, es presupuesto *sine-qua-non* que exista la prueba plena y completa de los mismos.

En el *sub-júdice*, se ordenó la realización de un experticio a cargo del Perito Contador DANIEL LASTRA GUERRA, prueba cumplida con observancia plena de las formalidades legales, frente al cual se propuso objeciones por error grave frente a los cuales ya se hicieron las consideraciones pertinentes en este laudo.

Este dictamen aparece rendido por un profesional competente y seleccionado de las listas de auxiliares del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, con claridad, precisión y suficiencia, su metodología nos merece credibilidad y, por tanto este Tribunal lo acogerá como prueba de los perjuicios inferidos al patrimonio de los contratantes cumplidos por cuenta de la contratante que incumplió. Se observa que el dictamen fue emitido con base en las cifras suministrada por las partes.

Para el Tribunal es claro que existe un nexo causal entre la suspensión unilateral injustificado, por el incumplimiento de las obligaciones por parte de Colombia Telecomunicaciones y los perjuicios materiales al Convocante probados en el proceso, lo que es consecuencia de que Electrofontel mantuviera funcionando su infraestructura con base en la expectativa que se generó en cuanto a la continuidad de la prestación del servicio, tanto que fue declarado después de seis (6) meses de suspensión afecto al servicio y sin embargo dada la mora por no cumplir sus obligaciones Colombia Telecomunicaciones en el término mensual estipulado en el Convenio no se conciliaron contablemente las cuentas.

Por tanto se relacionan los siguientes valores por concepto de perjuicios materiales:

El valor recaudado por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. correspondiente al 75% de participación para Electrofontel... **\$236.040.411,21**. (Periodo Septiembre de 2.003 a Enero de 2.005)

Intereses de Mora a cargo de Colombia Telecomunicaciones **\$38.948.050,oo**, (Periodo Septiembre de 2.003 a Enero de 2.005)

Porcentaje Participación 75% **Cartera por Cobrar** Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. **\$55.335.282,oo**

Porcentaje Participación 75% **Cartera por cobrar** Telecartagena **\$104.390.496,oo**

Por concepto de daño emergente representado en gastos incurridos por Electrofontel Ltda mientras estuvo en proceso de reclamación por suspensión intempestiva, unilateral e injustificada de sus obligaciones por parte de la Convocada Colombia Telecomunicaciones en \$105.576.905,oo

8.- De las costas procesales.

De conformidad con lo previsto en los artículos 33 del Decreto 2279 de 1998 y 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los Acuerdos N° 1887 y 2222 del 2003 expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las Costas de este proceso y practicar su liquidación, a lo cual se procede, teniendo en cuenta que a la parte Convocante le prosperarán las Pretensiones y que serán rechazadas las Excepciones formuladas por las Convocadas.

Los gastos del Arbitramento se discriminan así, para efectos de su justificación:

Honorarios Arbitro Único.....	\$4.955.000,oo
Honorarios Secretaria.....	\$2.472.000,oo
Gastos de Funcionamiento y administración.....	\$3.453.900,oo (\$2.977.500 mas IVA)
Protocolización Registro y otros.....	\$2.000.000,oo
Honorarios de Perito.....	\$500.000,oo
Total.....	\$13.380.000,oo

Teniendo en cuenta que las partes Convocadas ya asumieron la suma de \$6.440.000,oo m/l. deberán pagar en cuantía de 50% cada una de las Convocadas, la diferencia equivalente a \$6.940.000,oo, la cual deberá pagarse a la Convocante.

Fijense como Agencias en Derecho a favor del Convocante el equivalente a los honorarios del Arbitro en este proceso \$4.955.000,oo:

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Declárese no probadas las excepciones de merito propuestas por las partes Convocadas.

Segundo: Declárese que entre Electrofontel Ltda. y Telecartagena S.A. E.S.P. en Liquidación se celebró validamente convenio de Alianza Comercial con el objeto de comercializar el servicio y venta de aparatos identificadores de llamadas mediante la colaboración mutua de las partes que conllevaría a incrementar ventas de líneas telefónicas en la ciudad de Cartagena

Tercero: Declarase no probada las objeciones hechas por las convocadas por error grave al dictamen pericial.

Cuarto: Declárese que Telecartagena S.A. E.S.P. HOY EN LIQUIDACIÓN es responsable civilmente por el incumplimiento del Convenio en mención por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Quinto: Declárese que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P. es responsable civilmente por el incumplimiento del Convenio en mención por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Sexto: Condénese a Telecartagena S.A. E.S.P. en Liquidación por concepto de perjuicio material, a pagar a la Convocante, la suma de CIENTO CUATRO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$104.390.496,oo) correspondiente a la participación del 75% en la cartera pendiente por cobrar por el servicio de identificación de llamadas con base en las obligaciones contraídas en el Convenio de alianza comercial.

Séptimo: Condenase a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a pagar a la Convocante por concepto de perjuicios materiales por las razones expuestas en la parte motiva las siguientes sumas:

El valor recaudado por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. correspondiente al 75% de participación para Electrofontel... **\$236.040.411,21**. (Periodo Septiembre de 2.003 a Enero de 2.005)

Intereses de Mora a cargo de Colombia Telecomunicaciones **\$38.948.050,oo**, (Periodo Septiembre de 2.003 a Enero de 2.005)

Porcentaje Participación 75% **Cartera por Cobrar** Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. **\$55.335.282,oo**

Por concepto de daño emergente representado en gastos incurridos por Electrofontel Ltda. mientras estuvo en proceso de reclamación por suspensión intempestiva, unilateral e injustificada de sus obligaciones por parte de la Convocada Colombia Telecomunicaciones en..... \$105.576.905,oo

Octava: Condénese en costas a las Convocadas por la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$6.940.000,oo) , y a pagar agencias en derecho por cuantía de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS (\$4.955.000,oo), sumas estas que deben ser canceladas en cuantía del 50% por cada Convocada.

Noveno: Deniéguese por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia las restantes suplicas que no estén contenidas en esta parte resolutiva.

Décimo: Una vez ejecutoriado este Laudo protocolícese el expediente en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de Cartagena.

Undécimo: Este Laudo queda notificado en Estrados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

HENRY JAVIER VALLE BENEDETTI
Árbitro Único

LILIANA BUSTILLO ARRIETA
Secretaria,