

Tribunal de Arbitramento

Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

v.

Plescom Limitada

Mayo 29 de 2009

## **LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de Mayo de dos mil nueve (2009).

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. contra PLESCOM LIMITADA.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Antecedentes**

1. La sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante COLTEL, la Convocante o la Demandante) solicitó por conducto de apoderado especial la convocatoria de este Tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a la sociedad PLESCOM LIMITADA (en adelante PLESCOM, la Convocada o la Demandada) el 13 de julio de 2007, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato N° VL-001 (Cuaderno de Pruebas N° 1, folios 1 a 22).

En la Cláusula Vigésima Séptima de dicho contrato (Fl. 13, Cuaderno de Pruebas N° 1), en la Cláusula denominada “ARBITRAJE Y LEY APLICABLE”, está prevista la cláusula compromisoria que a la letra dice:

*“En Todos los asuntos que involucren la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación de este contrato o de cualquiera de sus cláusulas, las Partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos, mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el Comité Coordinador. Si a pesar de ello, las Partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por el Presidente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y el Gerente de PLESCOM, quienes buscarán una solución aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, las Partes acordarán finalmente resolver el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas en las Leyes Colombianas. Los procedimientos de arbitraje serán regulados por tres (3) árbitros, designados por las Partes de mutuo acuerdo o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los Procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Castellano y tendrán lugar en Bogotá, D.C., El Laudo Arbitral obligará a ambas Partes y será definitivo y obligatorio para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente. Los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados por cada una de las Partes, en igual proporción. Luego de proferirse el Laudo, la parte perdedora reembolsará, a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal, según lo abonado por esta, con motivo del procedimiento”.*

Modificada mediante el denominado “Acuerdo Modificatorio de cláusula compromisoria”, firmado entre las partes el 12 de septiembre de 2007, cuyo texto es el siguiente:

*“En Todos los asuntos que involucren la interpretación, cumplimiento, ejecución, terminación y liquidación de este contrato o de cualquiera de sus cláusulas, las Partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos, mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el Comité Coordinador. Si a pesar de ello, las Partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por el Presidente de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y el Gerente de PLESCOM, quienes buscarán una solución aceptable para ambas, al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste, las Partes acordarán finalmente resolver*

*el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas en las Leyes Colombianas. Los procedimientos de arbitraje serán regulados por tres (3) árbitros, designados por las Partes de mutuo acuerdo o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los Procedimientos de arbitraje se llevarán a cabo en Castellano y tendrán lugar en Bogotá, D.C. El Laudo Arbitral obligará a ambas Partes y será definitivo y obligatorio para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier Juez o Tribunal competente. Los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados por cada una de las Partes, en igual proporción. Luego de proferirse el Laudo, la parte perdedora reembolsará, a la parte que resulte favorecida, el importe que se determine por el Tribunal, según lo abonado por esta, con motivo del procedimiento.*

*Los honorarios de los árbitros se sujetarán a las tarifas establecidas por el Centreo de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en función de la cuantía de la demanda”.*

2. En la audiencia de designación de árbitros llevada a cabo el día 14 de septiembre de 2007 (fls. 82 y siguientes del Cuaderno Principal N° 1), fueron designados como árbitros de común acuerdo entre las partes, en calidad de principales, los doctores ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO, ERNESTO RENGIFO GARCÍA y JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, y como suplentes numéricos los doctores NICOLÁS GAMBOA MORALES y FERNANDO SILVA GARCÍA. El Director del Centro de Arbitraje informó a los nombrados como principales su designación, recibiendo respuesta de los árbitros designados, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal, quedando así integrado el Tribunal de Arbitramento.

3. El Tribunal se instaló el día 20 de noviembre de 2007 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia fue nombrado como Presidente el doctor ANTONIO DE IRISARRI RESTREPO, quien aceptó el cargo, y como secretaria la doctora MARÍA PATRICIA ZULETA GARCÍA, quien posteriormente fue notificada, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo. El Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado N° 68D-35 Piso 3° de la ciudad de Bogotá, D.C. En esa misma audiencia, el Tribunal dispuso correr traslado de la demanda y sus anexos y notificar al respectiva providencia a la Convocada, como en efecto se hizo.

4. Oportunamente PLESCOM por conducto de apoderado especial dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el 26 de diciembre de 2007, en el que se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y al mismo tiempo y por separado presentó demanda de reconvenición contra COLTEL.

5. Mediante providencia del 24 de enero de 2008, se corrió traslado de las excepciones de mérito y se admitió a trámite la demanda de reconvenición, auto admisorio que fue notificado al apoderado de la Demandada en Reconvenición el día 30 de enero de 2008. En escrito recibido en el Centro de Arbitraje y Conciliación el 13 de Febrero de 2008 el apoderado de la Demandada en Reconvenición contestó la demanda de reconvenición, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas adicionales. El Tribunal, mediante auto N° 3 del 25 de febrero de 2008, dispuso correr traslado a la Demandada y Reconviniente, de las excepciones de mérito formuladas contra la demanda de reconvenición.

6. En audiencia celebrada el 4 de marzo de 2008, se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y de los gastos de administración del Tribunal. Dentro de la oportunidad legal, la Convocante consignó la porción de honorarios y gastos que a ella le correspondía, de acuerdo con el auto N° 4. La Demandada no consignó lo que a ella le correspondía. En consecuencia, la Demandante, dentro del término de cinco días adicionales que otorga la ley al efecto, consignó por la convocada el 100% de lo que a esta correspondía, sumas estas que fueron entregadas al Presidente del Tribunal.

7. Posteriormente, el 28 de marzo de 2008, el apoderado de la Convocante en escrito recibido en el Centro de Arbitraje y Conciliación, formuló reforma a la demanda y mediante providencia del 1° de abril de 2008, previa su admisión se ordenó su traslado.

8. Mediante escrito presentado en las oficinas de la Secretaría del Tribunal, el 8 de abril de 2008, el apoderado de la Convocada oportunamente dio respuesta a la reforma de la demanda y propuso excepciones de mérito.

9. El 15 de mayo de 2008 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación de que tratan los artículos 141 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 121, Ley 446 de 1998) y 432 parágrafo 1º. del C.P.C., con la asistencia de los apoderados de las partes y de los representantes legales de la sociedades convocante y convocada, haciéndose constar en el acta correspondiente la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

10. La primera audiencia de trámite se celebró el día 15 de mayo del 2008, oportunidad en la que el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración. Finalmente, en la misma audiencia el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretándolas como quedó consignado en el auto N° 11 que fue proferido en desarrollo de la mencionada audiencia.

11. Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante auto dictado el día 12 de febrero de 2009 (acta N° 25), se citó a las partes para la audiencia de Alegatos de Conclusión, con intervención de los señores apoderados de las partes, y del agente del Ministerio Público, quienes, en audiencia realizada el día 4 de marzo de 2009, presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes escritos de las mismas para su incorporación al expediente.

12. En audiencia llevada a cabo el 15 de mayo de 2009 se dejó constancia de la noticia que tuvo el Tribunal, del lamentable fallecimiento del doctor ANTONIO JOSÉ DE IRISARRI RESTREPO, árbitro y Presidente del Tribunal, el día 5 de mayo de los corrientes. En consecuencia se procedió a su reemplazo y dando aplicación a lo acordado por las partes en la reunión de nombramiento de árbitros de 14 de septiembre de 2007, el primer suplente numérico doctor NICOLÁS GAMBOA MORALES, quien se encontraba presente en la audiencia, aceptó la designación y los apoderados de las partes manifestaron igualmente su conformidad con el ingreso del doctor GAMBOA MORALES en reemplazo del doctor DE IRISARRI (q.e.p.d.). En la misma audiencia se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo el 29 de mayo de 2009 a las 3:00 p.m. en la sede del Tribunal.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Desarrollo de la Etapa Probatoria**

La práctica de las pruebas pedidas por las partes y las que oficiosamente decretó el Tribunal se desarrolló así:

1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la reforma de la demanda cuyo texto fue presentado de forma integrada (cuaderno principal N° 2, folios 247 a 293), los aportados en el escrito de contestación y excepciones de mérito a la demanda y que obran en el cuaderno principal 1 a folios 118 a 155 del expediente y los aportados en el escrito de contestación a la reforma de la demanda (cuaderno principal N° 1, folios 470 a 504). Así mismo, se ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la demanda de reconvenición (cuaderno principal N° 1, folios 178 a 180), y los aportados en el escrito de contestación y excepciones de mérito a la demanda de reconvenición (cuaderno principal N° 1, folios 210 a 234).

2. Se incorporaron al expediente documentos que fueron entregados por algunos testigos en el transcurso de las declaraciones. En cuanto a las pruebas de exhibiciones de documentos, en la audiencia del 10 de junio de 2008 las partes informaron al Tribunal que la metodología acordada sería hacer llegar los documentos objeto de exhibición recíprocamente, para que cada una revisara la documentación e informarán cuales documentos consideraban necesarios incorporar el expediente y una vez cumplida la tarea le informaran al Tribunal el resultado de la misma para que se entendiera cumplido el objeto del mismo.

En Audiencia del 26 de septiembre de 2008 se dio cumplimiento a la metodología planteada por las partes como consta en el Acta N° 17 (Cuaderno Principal N° XX, folios 802 a 822), y se dejó constancia por parte del apoderado de COLTEL, en el sentido de ratificar a conformidad la información recibida por PLESCOM, de los documentos objeto de exhibición.

Por parte de PLESCOM y previo cotejo en audiencia el 26 de septiembre de 2008, hecho por el Tribunal y previa relación de los documentos exhibidos (Acta N° 17), se dejó constancia de los documentos que hacían falta para dar

cumplimiento al objeto de la prueba, documentos que fueron entregados el 6 de noviembre de 2008, y finalmente en audiencia llevada a cabo el 18 de noviembre de 2008, el apoderado de PLESCOM manifestó que la parte que representa está satisfecha con los documentos aportados por COLTEL, y en consecuencia el Tribunal dispuso tener por cumplido el objeto de la prueba de exhibición de documentos por parte de COLTEL.

3. En audiencias celebradas entre el 5 de Junio de 2008 y el 1º de septiembre de 2008, ambas fechas inclusive, se recibieron testimonios de las personas que adelante se relacionan. Las transcripciones de las correspondientes declaraciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

- El 5 de Junio de 2008 rindieron testimonio Diego Hernández y Megumi Kakoi (Acta N° 10, folios 568 a 569 del C. Ppal. N° 2).
- El 10 de Junio de 2008 rindieron testimonio Raúl García, Omar León y Ernesto Rodríguez Oliveros (Acta N° 11, folios 593 a 595 del C. Ppal. N° 2).
- El 14 de Julio de 2008 rindieron testimonio Maribel González, Nelsy Adriana Soto, Carlos Molina y Édgar Cañizales (Acta N° 13 y 14, folios 631, 637, 638 y 646 del C. Ppal. N° 2).
- El 15 de Julio de 2008 rindieron testimonio Camilo Farah, Francisco Farfán, Mary Luz Salamanca, William Segura y Efraín Puentes Bello (Acta N° 14, folios 647 a 648 del C. Ppal. N° 2).
- El 1º de septiembre de 2008 rindieron testimonio Hugo Percy Gómez y de Guillermo Ruales (Acta N° 15, folios 663 a 665 del C. Ppal. N° 2).
- El 22 de septiembre de 2008 rindió testimonio Jairo Velásquez (Acta N° 16, folio 681 del C. Ppal. N° 2).

4. La Convocante desistió de la práctica de los testimonios de los señores Eduardo Serrano Amaya y Nelsy Piedad Rodríguez (Acta N° 14, folio 648 del C. Ppal. N° 2), Xenia Espinosa y Jorge Eduardo Palacios (Acta N° 14, folio 666 del C. Ppal. N° 2).

De su lado, la Convocada desistió de la práctica de los testimonios de William Corredor (Acta N° 15, folio 665) del C. Ppal. N° 2), Enrique Acuña (Acta N° 13, folio 648 del C. Ppal. N° 2) y César Díaz (Acta N° 13, folio 639).

5. El 28 de mayo de 2008 se recibió la declaración de parte del señor Jairo Rodolfo Molina Barona, representante legal de la Convocada (Acta N° 8, folio 580 del C. Ppal. N° 2). La transcripción de tal declaración fue entregada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporó al expediente, luego de haber sido puesta en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C de P.C.

6. Se recibieron los dictámenes decretados por el Tribunal y elaborados por los peritos designados, a saber:

- Un dictamen pericial contable practicado por el doctor Jorge Torres Lozano, en los términos ordenados por el Tribunal y que obra visible a folios 687 a 712 del C. Ppal. N° 2. El cual fue aclarado y complementado (fls. 1333 a 1342, C. Principal 3).
- Un dictamen pericial técnico rendido por el señor Sergio Sotomayor Rodríguez, practicado en los términos ordenados por el Tribunal y que obra visible a folios 712 a 801 del C. Ppal. N° 2. Dictamen que además fue aclarado y complementado (fls. 1293 a 1320, C. Principal 3).

Todos los dictámenes fueron sometidos a la contradicción de ley y ninguno de ellos fue objetado por las partes.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Término para proferir laudo**

El presente proceso arbitral es de carácter legal (art. 112, Ley 446 de 1998) y su término de duración del es de seis

meses por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991, y como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, su cómputo comienza a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 15 de mayo de 2008, con lo cual el plazo de seis meses previsto en la ley vencería el 14 de noviembre de 2008. Sin embargo, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes acogida por el Tribunal:

- Acta N° 12 - Auto N° 14 (desde el 10 de Junio de 2008 hasta el 13 de Julio de 2008, ambas fechas inclusive): 22 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 14 - Auto N° 10 (desde el 16 de Julio de 2008 hasta el 24 de agosto de 2008, ambas fechas inclusive): 25 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 15 - Auto N° 17 (desde el 2 de septiembre de 2008 hasta el 21 de septiembre de 2008, ambas fechas inclusive): 14 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 17 - Auto N° 20 (desde el 2 de octubre de 2008 hasta el 20 de octubre de 2008, ambas fechas inclusive): 12 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 20 - Auto N° 23 (desde el 12 de noviembre de 2008 hasta el 17 de noviembre de 2008, ambas fechas inclusive): 3 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 21 - Auto N° 24 (desde el 22 de noviembre de 2008 hasta el 9 de diciembre de 2008, ambas fechas inclusive): 9 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 22 - Auto N° 25 (desde el 20 de diciembre de 2008 hasta el 19 de enero de 2009, ambas fechas inclusive): 18 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 23 - Auto N° 26 (desde el 24 de enero de 2009 hasta el 4 de febrero de 2009, ambas fechas inclusive): 8 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 25 - Auto N° 28 (desde el 13 de febrero de 2009 hasta el 3 de marzo de 2009, ambas fechas inclusive): 13 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 26 - Auto N° 30 (desde el 10 de marzo de 2009 hasta el 14 de mayo de 2009, ambas fechas inclusive): 43 días hábiles suspendidos.
- Acta N° 27 - Auto N° 31 (desde el 16 de mayo de 2009 hasta el 28 de mayo de 2009, ambas fechas inclusive): 8 días hábiles suspendidos.

En consecuencia, al sumarle al término inicial los 175 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término vence el 6 de agosto de 2009; por tanto, se encuentra el Tribunal dentro del término legal para proferir el Laudo.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **La Controversia**

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida procede a transcribir las pretensiones de la reforma de la demanda, así como a relacionar las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes. Así mismo, se transcriben las pretensiones de la demanda de reconvención, y se relacionan las correspondientes excepciones.

#### **1. PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA.**

Fueron enunciadas así:

*“PRIMERA. Declarar que entre Colombia Telecomunicaciones y Plescom, se celebró, el 22 de agosto de 2003, el contrato N° VL-001, que tuvo por objeto “... la explotación del servicio de TPBC y TM C a través de la*

*infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado”, el cual fue modificado por virtud de los contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, suscritos el 22 de diciembre de 2003, el 29 de octubre de 2004 y el 28 de diciembre de 2004 respectivamente.*

**SEGUNDA.** *Declarar que Plescom incumplió el contrato VL-001 y sus respectivos contratos modificatorios N° 1, 2 Y 3, como consecuencia de que no procedió al pago de la totalidad de las sumas de dinero a cuyo pago se encontraba obligada de acuerdo con el contrato, en particular: i) el valor de las reclamaciones que se consideraron no procedentes (\$ 1.487.281.867.00); ii) el valor del tráfico de 1103 líneas, a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 5 (\$ 52.944.000.00); iii) el valor del tráfico que no se había facturado al momento de la firma del acta N° 10 y que quedó pendiente de facturación según se observa en esa acta (\$ 110.342.120.00); y iv) el valor a que se hace referencia en el acta de conciliación o 10 (\$ 854.514.339.00), v) el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas chip comercializadas por Plescom (\$ 18.480.917.00); y vi) el valor del impuesto de timbre que ha asumido Colombia Telecomunicaciones y que debía ser asumido por Plescom (\$ 47.19.890.00), o las que se logre demostrar en el curso del proceso.*

**TERCERA.** *Declarar, como consecuencia del incumplimiento del contrato, que Plescom está obligada al pago de la cláusula penal, por valor de cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00), a que se hace referencia en la cláusula 32 del contrato VL-001.*

**CUARTA.** *Condenar a Plescom a pagar a Colombia Telecomunicaciones, todas las sumas que se encontraba obligada a pagar de acuerdo con el contrato VL-001 y sus contratos modificatorios os(sic) 1, 2 Y 3, que hasta el momento no ha pagado, en particular: i) el valor de las reclamaciones que se consideraron no procedentes (\$ 1.487.281.867.00); ii) el valor del tráfico de 1103 líneas, a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 5 (\$ 52.944.000.00); iii) el valor del tráfico que no se había facturado al momento de la firma del acta N° 10 y que quedó pendiente de facturación según se observa en esa acta (\$ 110.342.120.00); iv) el valor a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 10 (\$ 854.514.339.00); v), el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas chip comercializadas por Plescom (\$ 18.480.917.00); y vi) el valor del impuesto de timbre que ha asumido Colombia Telecomunicaciones y que debía ser asumido por Plescom (\$ 47.192.890.00), o las que se logre demostrar en el curso del proceso.*

**QUINTA.** *Condenar a Plescom a pagar a Colombia Telecomunicaciones, el valor de la cláusula penal pactada en el contrato VL-001, esto es, cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00), o el valor que el Tribunal estime conveniente de acuerdo con la gravedad del incumplimiento de la sociedad demandada.*

**SEXTA.** *Se condene al pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas a que se hace referencia en las pretensiones cuarta y quinta anteriores, desde el momento en que se incurrió en mora respecto del pago de cada una de las obligaciones a que esas sumas corresponden, a la máxima tasa moratoria permitida, hasta el momento en que se efectúe el pago de cada una de esas obligaciones.*

**SÉPTIMA:** *Condenar a costas a Plescom”.*

## **2. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA CONVOCADA.**

Las propuestas en el escrito mediante el cual se contestó la demanda inicial, fueron enunciadas así:

1. *Excepción de contrato no cumplido.*

2. *Abuso de posición dominante y abuso del derecho que implica denegar la protección jurídica a pretensiones que conlleven el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades ejercidas en situaciones jurídicas de carácter patrimonial.*

3. *Inexistencia de las obligaciones reclamadas.*

Las propuestas en el escrito con el cual se dio respuesta a la reforma de la demanda fueron planteadas así:

1. *Excepción de contrato no cumplido.*

2. *Abuso de posición dominante y abuso del derecho que implica denegar la protección jurídica a pretensiones que conlleven el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades ejercidas en situaciones jurídicas de carácter patrimonial.*

3. *Inexistencia de las obligaciones reclamadas.*

4. *Excepción de improcedencia del Arbitramento por falta de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones de la demanda reformada de la Convocante, relativas a la declaración de incumplimiento y a la condena a pagar cifras derivadas de tráfico cursado, reclamaciones no procedentes, tráfico por tarjetas chip, impuestos y demás sumas alegadas en la demanda.*

### **3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.**

Fueron enunciadas así:

“ **PRIMERA.** *Que se declare que de acuerdo a las cláusulas 5.3, 14 y 16 del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003, y cláusula cuarta del modificatorio número 3, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tenía la obligación de realizar la facturación para cumplir el objeto contractual, la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios. Que tales condiciones se mantuvieron en los contratos modificatorios 1, 2 y 3.*

**SEGUNDA.** *Que se declare que de acuerdo con el numeral 5.3 del contrato citado y sus modificatorios, la facturación debería realizarse, entre otros de acuerdo con los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM.*

**TERCERA.** *Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, tenía la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio.*

**CUARTA.** *Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, debía facilitar en su calidad de operador de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, la red de telefonía local, y la red de larga distancia que permita cabalmente la conexión de los equipos afectos por la prestación del servicio establecido en el contrato.*

**QUINTA.** *Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES incumplió cada una de estas obligaciones del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, y las demás que aparezcan probadas en el proceso.*

**SEXTA.** *Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a pagar a PLESCOM los ingresos dejados de percibir, las sumas cobradas en exceso, y los valores que tuvo que pagar PLESCOM por los incumplimientos del contrato.*

*Estas sumas deberán ser actualizadas desde la fecha en que debieron ser pagadas hasta la fecha en que se efectúe el pago, utilizando una tasa de actualización equivalente al DTF mensual, certificado para cada uno de los meses del período durante el cual estuvo pendiente de pago.*

**SÉPTIMA.** *Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a pagar los intereses corrientes y moratorios que se generen por el no pago de las obligaciones, desde el momento en que debieron ser reconocidas, hasta la fecha en que se efectúe el pago, calculados a la tasa equivalente al interés bancario corriente, y al máximo interés moratorio permitido, de acuerdo con la liquidación mensual que debe realizarse.*

**OCTAVA.** *Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la celebración, estipulaciones contractuales y ejecución del contrato, se encontraba en una posición dominante en el tráfico de los servicios y prestaciones pactadas en el contrato VL- 001 de 2003 y sus modificatorios.*

**NOVENA.** *Que se declare que existió abuso de posición dominante, y por ende abuso del derecho, por parte de*

*COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la Celebración y ejecución del contrato VL- 001 de 2003 y de sus modificatorios, en especial respecto de las tarifas definidas en forma unilateral por dicha entidad, en detrimento del equilibrio económico de la contratación y de los derechos económicos de Plescom.*

**DÉCIMA.** *Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a indemnizar los perjuicios causados por el abuso de su posición dominante y el abuso del derecho.*

**DÉCIMA PRIMERA.** *Que se condene en costas a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”.*

#### **4. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA DEMANDADA EN RECONVENCIÓN.**

Las propuestas en el escrito mediante el cual se contestó la demanda de reconvencción, fueron enunciadas así:

- 1. No existió incumplimiento de la obligación de facturar de acuerdo con lo establecido en el contrato.*
- 2. No existió incumplimiento de la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar a(sic) rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio, ni la de facilitar la red(sic) de telefonía que permitiera la conexión de los teléfonos afectos a la prestación del servicio*
- 3. No existió abuso de posición dominante por parte de Colombia Telecomunicaciones.*

#### **5. HECHOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE COLTEL.**

Tomados de la demanda reformada, son los siguientes:

##### **“CONTRATO N° VL-001**

1. Entre Colombia Telecomunicaciones y Plescom, se celebró, el 22 de agosto de 2003, el contrato VL-001, que tuvo por objeto, según se observa en la cláusula segunda del mismo, “... *la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado*”.

2. De acuerdo con la cláusula primera del contrato VI-001, relativa a definiciones, la sigla TPBC corresponde al servicio de telefonía pública básica conmutada, el cual está definido como “... *el servicio básico de telecomunicaciones cuyo objeto es la transmisión conmutada de voz o a través de la RTPC con acceso generalizado al público. Cuando en la presente Resolución se haga referencia a los servicios u operadores de los servicios de TPBC, se entenderán incluidos los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) Local Extendida (TPBCLE), Telefonía Móvil Rural (TMR) y Telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD)...*”.

3. De acuerdo con la misma cláusula primera del contrato VL-001, la sigla TMC corresponde al servicio de telefonía móvil celular, que está definido en la misma cláusula como “... *un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal...*”.

4. La explotación de los servicios antes mencionados, circunstancia a la que se ha hecho referencia al mencionar el objeto del contrato, estaría a cargo de Plescom, tal como se puede ver en las cláusulas quinta y sexta del contrato VL-001; cláusulas referidas a los derechos y obligaciones derivados del contrato VL-001 para Plescom.

5. En la cláusula quinta del contrato VL-001, relativa a las obligaciones de Plescom, se observan las siguientes obligaciones relacionadas con el pago de sumas de dinero: “5ª. **OBLIGACIONES DE PLESCOM:** **PLESCOM,** además de las que por la naturaleza le competan, cumplirá las siguientes obligaciones: ... 5.3. *Realizar oportunamente el pago de la facturación emitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por concepto de cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM... 5.13. PLESCOM pagará a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el tráfico cursado por las tarjetas, basados en los consumos de*



*conformidad con el anexo financiero. De la factura telefónica que periódicamente enviará COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a PLESCOM se pagará el valor de las llamadas cursadas por este servicio de tarjetas chip. Este valor se identificará a través del registro de gestión del OPMS. Los valores a cancelar serán sobre las tarjetas vendidas hayan o ni sido canceladas por los distribuidores... ”.*

6. En la cláusula octava del contrato VL-001, relativa a los derechos de Colombia Telecomunicaciones se dispone lo siguiente: “**DERECHOS DE COLOMBIA TELECOMUNICACIONES: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tiene los siguientes derechos: 8.1. Recibir oportunamente los ingresos a que tiene derecho por cargo fijo por la prestación del servicio y el valor variable de conformidad con lo establecido en el anexo financiero...**”.

7. En cuanto a los precios o tarifas de los servicios a explotar, en la cláusula décimo cuarta se establece lo siguiente: “... *Las partes acuerdan que el precio o tarifa a cobrar por los servicios y los demás costos por concepto de la prestación de servicio serán los fijados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de acuerdo por la regulación dada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La facturación la realizará COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por minutos en el caso de llamadas de larga distancia y local extendida y por impulsos en el caso de llamadas locales. Las llamadas TMC de acuerdo con el modelo de facturación del operador. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES revisará la factibilidad técnica de realizar la facturación por segundos de las llamadas de larga distancia, siempre y cuando cuente con las herramientas y procedimientos necesarios para ello*”.

8. En cuanto a la forma de pago de las obligaciones de Plescom a que se ha hecho referencia, en la cláusula décimo sexta del contrato se dispone lo siguiente: “... *PLESCOM realizará pagos a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como un anticipo al pago de la factura dentro de los quince (15) primeros días del mes subsiguiente a la prestación del servicio por la suma de MIL MILLONES DE PESOS (\$ 1.000.000.000.00) M/CTE., debiéndose realizar el primer pago el 15 de octubre de 2003 y la diferencia de la facturación por la prestación del servicio de TPBC y TMC dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la recepción de la factura respectiva o cuenta de cobro, de conformidad a lo señalado en el anexo financiero. Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. Pero en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura. PARÁGRAFO PRIMERO: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enviará mensualmente a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio prestado en el mes inmediatamente anterior en documento escrito y en medio magnético. Si PLESCOM no efectúa oportunamente el pago de la primera factura, antes de la fecha de vencimiento indicado en el mismo documento, el valor no pagado más los intereses de mora correspondientes al valor máximo certificado por la Superintendencia Bancaria para ese mes, sobre el valor total de la factura o cuenta atrasada, se cobrarán en la segunda factura que deberá pagarse antes de la fecha de vencimiento de la misma. En el evento de que no se efectúe el pago dentro de ese término, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suspenderá el servicio y hará efectiva la póliza de cumplimiento. Para todos los efectos se entiende que la factura de cobro presta mérito ejecutivo. PARÁGRAFO SEGUNDO: Las fechas de facturación serán las de los ciclos correspondientes e incluirán la discriminación de los conceptos de servicio local, local extendido, larga distancia y TMC y el impuesto de IVA respectivo*”.

9. Como se puede observar en la cláusula décimo sexta del contrato, la facturación se realizaría en consonancia con lo dispuesto en el anexo financiero al mismo.

10. En el mencionado anexo financiero se deja ver con toda claridad que el valor del contrato estaba compuesto por una suma fija y una variable; correspondiendo la suma fija al cargo básico de cada una de las líneas, que se fijó por virtud del mismo anexo financiero en dieciocho mil pesos por línea, y la suma variable, calculada con base en el tráfico de las líneas explotadas por Plescom y en las tarifas mencionadas en el anexo financiero; tarifas respecto de las cuales se pactó un descuento para Plescom.

11. Así, parte del valor facturado por Colombia Telecomunicaciones a Plescom dependía del número de líneas bajo su explotación y del valor que se fijó por cada línea; mientras que la parte restante de dicho valor facturado dependía del tráfico de cada línea y de las tarifas establecidas en el anexo financiero; tarifas que contemplaban un descuento para Plescom, como ya se ha anotado.

12. Así las cosas, Plescom obtenía como ingreso la diferencia entre el valor que él cobraba a sus usuarios por la utilización de los teléfonos bajo su explotación y el valor que le facturaba Colombia Telecomunicaciones en la forma ya indicada. Esa diferencia dependía directamente del valor de los descuentos establecidos en el anexo financiero. En efecto, Plescom cobraba a sus usuarios con base en las tarifas del anexo, mientras que Colombia Telecomunicaciones le facturaba con base en esas tarifas menos los descuentos a que se ha hecho referencia.

13. Para el cálculo del valor fijo, Colombia Telecomunicaciones tenía simplemente que verificar las líneas a cargo de Plescom y multiplicar dicho número de líneas por el cargo básico establecido en el anexo financiero, que en principio fue establecido en dieciocho mil pesos por línea, como ya se anotó.

14. Las líneas a cargo de Plescom se encontraban en un documento que era actualizado mensualmente por esa misma compañía.

15. Para facturar el valor variable, Colombia Telecomunicaciones utilizó dos sistemas diferentes; uno correspondiente a la telefonía de larga distancia y a la telefonía local extendida, que incluía las llamadas hechas a celulares Comcel, y otro para telefonía local, que incluía las llamadas a celulares de operadores diferentes al ya mencionado.

16. Los sistemas a que se ha hecho referencia, uno denominado SAT (utilizado para telefonía local) y otro denominado DAVOX (utilizado para telefonía de larga distancia y local extendida), contenían la información necesaria para realizar la facturación del valor variable a que se ha hecho referencia; entre otras cosas, la relativa a la duración de las llamadas hechas desde las líneas a cargo de Plescom y el valor de las mismas. Con base en dicha información, y en la contenida en el anexo financiero, relativa a los descuentos de que Plescom gozaba por virtud del contrato, era posible emitir las facturas a pagar por parte de esa compañía.

17. Tal como se estableció en la cláusula décimo sexta del contrato VL-001, Plescom pagaba un anticipo de mil millones de pesos a Colombia Telecomunicaciones; y luego de ello, cuando se facturaba, en la forma ya indicada, se verificaba la diferencia entre el valor facturado y el valor pagado por Plescom, para que se procediera a pagar esa diferencia.

18. El término de duración del contrato se estableció en la cláusula décimo quinta, en los siguientes términos: *“El presente contrato tiene un término de duración de cuatro (4) meses contados desde la fecha de su perfeccionamiento, los cuales podrán ser prorrogados por mutuo acuerdo”*.

19. La cláusula décimo sexta del contrato VL-001 contemplaba la posibilidad de que existiera diferencia entre el valor facturado por Colombia Telecomunicaciones y el valor recaudado por Plescom. En ese evento, de conformidad con lo establecido en la misma cláusula, debían conciliarse esas diferencias, luego de lo cual se establecían los montos a cargo de cada una de las partes del contrato.

20. En la cláusula trigésimo segunda del contrato, se estableció lo siguiente: *“En el evento en que PLESCOM retarde la ejecución o incumpla el contrato en forma tal que ponga en riesgo el cumplimiento futuro de sus obligaciones o que ocasione perjuicios graves a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, esta última podrá hacer efectiva en calidad de CLÁUSULA PENAL, una suma equivalente hasta el 20% de DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 2.000.000.000). Su efectividad será proporcional a los perjuicios que reciba COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, previo agotamiento del trámite previsto para los asuntos que se someten a consideración del Comité Coordinador”*.

## **CONTRATO MODIFICATORIO N° 1**

21. El día 22 de diciembre de 2003 se suscribió el contrato modificadorio N° 1 al VL-001.

22. Por virtud de la cláusula cuarta del contrato modificatorio N° 1, se modificó la cláusula decimoquinta del contrato VL-001, la cual quedó redactada así: *“El presente contrato tiene un término de duración contado desde la suscripción del presente acuerdo modificatorio hasta el 31 de diciembre de 2004”*.

23. Por virtud de las cláusulas séptima, octava y novena del contrato modificatorio N° 1, se hicieron algunas modificaciones al anexo financiero a que se ha hecho referencia.

24. En primer lugar, por virtud de la cláusula séptima se estableció que *“El valor fijo a partir del 1 de enero de 2004 es el correspondiente al cargo básico de cada una de las líneas fijado en Treinta Mil pesos Mct/e (\$ 30.000), que se pagará por los equipos que deberán estar en funcionamiento, de acuerdo con el numeral 1.7 del Anexo Técnico”*. De esta forma se modificó el valor fijo, que estaba pactado en el contrato inicial en dieciocho mil pesos por línea.

25. Por otra parte, por virtud de la cláusula octava se modificaron las tarifas para las llamadas a celulares de Comcel y Bellsouth, las cuales quedaron así: para ciento cuarenta mil minutos o menos, setecientos pesos más IVA por minuto; y para ciento cuarenta mil un minutos o más, quinientos cincuenta pesos más IVA por minuto.

26. En la cláusula décima del contrato modificatorio N° 1 se dejó claro que todas las cláusulas del contrato VL-001 continuarían vigentes, en cuanto no se contradijeran con las del contrato modificatorio N° 1.

### **CONTRATO MODIFICATORIO N° 2**

27. El día 29 de octubre de 2004 se suscribió el contrato modificatorio N° 2 al VL-001.

28. Por virtud de la cláusula primera del contrato modificatorio N° 2, se modificó la cláusula décimo sexta del contrato VL-001, relativa a la forma de pago, la cual quedó en los siguientes términos: *“PLESCOM realizará pagos a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como un anticipo al pago de la factura dentro de los quince (15) primeros días del mes subsiguiente a la prestación del servicio por la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 500.000.000.00) M/CTE., y la diferencia de la facturación por la prestación del servicio de TPBC y TMC dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la recepción de la factura respectiva o cuenta de cobro, de conformidad a lo señalado en el anexo financiero. Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES(sic), PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. Pero en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura. PARÁGRAFO PRIMERO: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enviará mensualmente a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio prestado en el mes inmediatamente anterior en documento escrito y en medio magnético. Si PLESCOM no efectúa oportunamente el pago de la primera factura, antes de la fecha de vencimiento indicada en el mismo documento, el valor no pagado más los intereses de mora correspondientes al valor máximo certificado por la Superintendencia Bancaria para ese mes, sobre el valor total de la factura o cuenta atrasada, se cobrarán en la segunda factura que deberá pagarse antes de la fecha de vencimiento de la misma. En el evento de que no se efectúe el pago dentro de ese término COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suspenderá el servicio y hará efectiva la póliza de cumplimiento. Para todos los efectos se entiende que la factura de cobro presta mérito ejecutivo”*.

29. Como se observa en la cláusula relativa a la forma de pago, simplemente se modificó el valor del anticipo, que pasó de mil millones de pesos a quinientos millones de pesos, y se suprimió el párrafo segundo de la cláusula décimo sexta inicial, en el que se hacía referencia a las fechas de facturación y a los conceptos que debían aparecer en las facturas.

30. En la cláusula segunda del contrato modificatorio N° 2 se dejó claro que las cláusulas del contrato inicial continuarían vigentes, en la medida en que no se contradijeran con lo dispuesto en el nuevo acuerdo modificatorio.

### **CONTRATO MODIFICATORIO N° 3**

31. El 28 de diciembre de 2004 se suscribió el contrato modificatorio N° 3 al contrato VL-001.

32. Por virtud de la cláusula tercera del contrato modificatorio N° 3, se dispuso lo siguiente, en relación con la duración del contrato, con las modificaciones introducidas al mismo y con la forma de prorrogarlo: *“Se prorroga el término de duración previsto en la cláusula 15ª del contrato hasta el 31 de marzo de 2005. Las modificaciones introducidas por medio del presente contrato entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de 2005. Si ninguna de las partes manifiesta su intención de dar por terminado el contrato, dentro de los diez (10) días hábiles anteriores al vencimiento del término de tres (3) meses aquí previsto, el contrato se prorrogará en términos sucesivos de igual duración en las mismas condiciones, sin perjuicio de que PLESCOM deberá renovar las garantías en los términos de la cláusula 19ª”*.

33. Por virtud de la cláusula cuarta del contrato modificatorio N° 3 se modificó la cláusula décimo sexta del contrato VL-001, la cual quedó así: *“PLESCOM pagará cada mes a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de manera anticipada, un valor fijo por cada teléfono público en funcionamiento; dicho valor incluye el cargo fijo y el tráfico local. PLESCOM hará un pago único por este concepto mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes. El día diez y seis (16) de cada mes o el siguiente de cada mes o el siguiente día hábil, PLESCOM enviará a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES la información actualizada sobre el número de líneas en operación; en caso de que se presenten diferencias entre la cantidad de líneas en operación y las reportadas por PLESCOM, las partes se reunirán para conciliar los valores a favor o en contra de cada una, dentro de los cinco (5) días siguientes al momento en que cualquiera de ellas advierta esta situación. Los valores a favor o en contra deberán reflejarse en el siguiente pago La facturación por la prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida, y telefonía móvil, se pagará dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recepción de la factura respectiva o cuenta de cobro, de conformidad con lo señalado en el anexo financiero. Cuando se presenten diferencias con respecto a la facturación, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. En todo caso, PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura. El pago anticipado del valor fijo es totalmente independiente del pago por concepto de larga distancia, local extendida y telefonía móvil; en ningún caso las conciliaciones de estos últimos valores, o el retardo de su facturación, afectarán el pago anticipado del valor fijo. De igual manera, cualquier discusión sobre el pago del valor fijo anticipado no condiciona el pago del componente variable. PARÁGRAFO PRIMERO: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enviará a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida y telefonía móvil prestado, en documento escrito y en medio magnético, de acuerdo con los períodos de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si PLESCOM no efectúa oportunamente el pago de la primera factura antes de la fecha de vencimiento indicada en el mismo documento. Si PLESCOM no efectúa el pago de la primera factura antes de la fecha de vencimiento indicada en el mismo documento, el valor no pagado más los intereses de mora correspondientes al valor máximo certificado por la Superintendencia Bancaria para ese mes, sobre el valor total de la factura o cuenta atrasada, se cobrarán en la segunda factura que deberá pagarse antes de la fecha de vencimiento de la misma. En el evento de que no se efectúe el pago dentro de ese término, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suspenderá el servicio y hará efectiva la póliza de cumplimiento. Para todos los efectos se entiende que la factura de cobro presta mérito ejecutivo”*.

34. Por virtud de la cláusula sexta del contrato modificatorio N° 3 se modificó el punto 1 del anexo financiero, quedando claro que a partir del 1º de enero de 2005 se pagaría un valor fijo mensual de cuarenta y ocho mil pesos por cada una de las líneas en operación, lo que incluiría los dieciocho mil pesos de cargo fijo y el tráfico local con independencia de su volumen. Igualmente se modificaron los descuentos para los otros servicios.

35. Como se observa en las cláusulas citadas, el anticipo que se pagaría no sería de quinientos millones de pesos, como fue hasta ese momento, sino que estaría determinado por la multiplicación del número de líneas en operación por un valor fijo por cada línea.

36. Adicionalmente, debe destacarse que el valor fijo del contrato cubriría todo lo correspondiente a la telefonía local, con independencia del volumen. Ello quiere decir que a partir del 1° de enero de 2005 la facturación por telefonía local no se haría en la forma que antes se explicó, que dependía del tráfico de llamadas y de las tarifas mencionadas en el anexo financiero, sino que correspondería a un valor fijo por línea.

37. La facturación correspondiente a los otros servicios de telefonía se haría como ya se explicó, pero sobre la base de unos descuentos distintos, consagrados en el contrato modificatorio N° 3.

38. En la parte final de la cláusula octava se dejó claro que las demás cláusulas del contrato permanecerían vigentes, en cuanto no se contradijeran con las cláusulas del nuevo acuerdo modificatorio.

### **PRÓRROGAS AUTOMÁTICAS Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO VL-001**

39. Luego de que venció el término previsto en el contrato modificatorio N° 3; es decir, luego del 31 de marzo de 2005, el contrato se prorrogó en dos ocasiones por el término de tres meses, con base en lo dispuesto por la cláusula tercera del contrato modificatorio N° 3, que contemplaba la posibilidad de prórroga automática del contrato por dicho término, en caso que ninguna de las partes manifestara su intención de continuar con la ejecución del mismo.

40. El contrato se dio por terminado a partir del 1° de octubre de 2005, mediante comunicación enviada por la Vicepresidencia de Telefonía Local de Colombia Telecomunicaciones al representante legal de Plescom, el 23 de septiembre de 2005.

### **PROCESOS DE CONCILIACIÓN DE LAS DIFERENCIAS Y DEUDA DE PLESCOM**

41. En el texto del contrato y de sus modificaciones se previó la posibilidad de que existieran ciertas diferencias entre el valor facturado por Colombia Telecomunicaciones y el valor recaudado por Plescom; así como, que existieran diferencias entre las líneas en operación y las líneas reportadas por Plescom. En esos eventos, en el contrato se previó que se llevara a cabo un proceso de conciliación de esas diferencias.

42. Durante la ejecución del contrato VL-001 y de sus modificaciones se llevaron a cabo varios procesos de conciliación de esas diferencias, que fueron vertidos en diez actas debidamente suscritas por representantes tanto de Plescom como de Colombia Telecomunicaciones.

43. Debe advertirse desde ya, que algunas de las diferencias existentes entre Plescom y Colombia Telecomunicaciones no fueron solucionadas por virtud de esos procesos de conciliación, aunque en las actas se estableció la forma en que tal solución tendría lugar.

44. También debe advertirse que en varias ocasiones Plescom planteó diferencias con Colombia Telecomunicaciones luego de que se habían surtido los procesos de conciliación, por lo que decidió unilateralmente abstenerse de cumplir con lo establecido en las actas de conciliación.

45. En el acta de conciliación N° 1, suscrita el 22 de diciembre de 2004, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de larga distancia, en el período comprendido entre el 22 de agosto de 2003 y el 30 de abril de 2004. En esa acta se determinó que el valor de la conciliación era de ochenta y cinco millones novecientos once mil noventa y tres pesos (\$ 85.911.093.00).

46. En el acta de conciliación N° 2, suscrita el 22 de diciembre de 2004, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de telefonía local correspondiente al período comprendido entre el 22 de agosto de 2003 y el 15 de septiembre de 2004. En esa acta se determinó que el valor de la conciliación era de cuatro mil ciento setenta y nueve millones sesenta y ocho mil quinientos dieciocho pesos (\$ 4.179.068.518.00), a favor de Colombia Telecomunicaciones.

47. De acuerdo con el punto 2 del acta N° 2, “*No se incluye en esta conciliación el valor del tráfico a celulares Bellsouth y Comcel, del cual Plescom presenta reclamación. Este valor será enviado al área antifraude de la compañía para su revisión. Total \$ 372.153.788*”. Lo que significa que el pago de dicho valor sería objeto de

revisión posterior. Dicha revisión tuvo lugar y se determinó que no era procedente la reclamación formulada, por lo que debía proceder al pago de dicho valor, pago que hasta este momento no ha tenido lugar.

48. En el acta de conciliación N° 3, suscrita el 23 de diciembre de 2004, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de telefonía de larga distancia correspondiente al período comprendido entre mayo y 30 de julio de 2004. En esa acta se determinó que el valor de la conciliación era de mil ciento cincuenta y cinco millones seiscientos ochenta y un mil pesos (\$ 1.155.681.772.00), a favor de Colombia Telecomunicaciones.

49. En el acta de conciliación N° 4, suscrita el 11 de febrero de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de telefonía de larga distancia correspondiente al período comprendido entre agosto y noviembre de 2004. En esa acta se determinó que el valor de la conciliación era de mil novecientos diecisiete millones setecientos catorce mil seiscientos veinticuatro pesos (\$ 1.917.714.624.00), a favor de Colombia Telecomunicaciones.

50. En el acta de conciliación N° 5, suscrita el 7 de marzo de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de telefonía local correspondiente al período comprendido entre el 15 de septiembre y el 31 de diciembre de 2004. En esa acta se determinó que el valor total de la conciliación era de mil ciento veintisiete millones ciento dieciséis mil ciento tres pesos (\$ 1.127.116.103.00) a favor de Colombia Telecomunicaciones.

51. En la misma acta de conciliación se dejó constancia de que *“quedan pendientes por facturar el tráfico de 1103 líneas, de las cuales no se ha enviado la facturación correspondiente, pero se incluye el cargo básico”*. Así las cosas, el tráfico correspondiente a esas líneas no fue objeto de conciliación, y su valor, por ende, no fue incluido en el saldo a favor de Colombia Telecomunicaciones que se consignó al final del acta.

52. La necesidad de facturación de los valores correspondientes a esas 1103 líneas telefónicas fue reconocida en varias ocasiones por Plescom. En efecto, en comunicación de 25 de mayo de 2005, dirigida por el señor Efraín Puentes, funcionario de Plescom, al señor David Carom Zapata, Gerente de Telefonía Pública de Colombia Telecomunicaciones, se expresa, entre otras cosas, que *“... El único tráfico local que está pendiente de facturación, corresponde a las 1.103 líneas, que se señalan en el Acta de Conciliación N° 5 de fecha 7 de marzo de 2005...”*. En comunicación de 14 de julio de 2005, dirigida por el señor Efraín Puentes, funcionario de Plescom, al señor David Carom Zapata, Gerente de Telefonía Pública de Colombia Telecomunicaciones, se expresa, entre otras cosas, que *“... en nuestras cuentas no aparece pendiente conciliación ninguna por concepto de tráfico local anterior a diciembre de 2004, salvo los 1103 registros que se mencionan en el acta de conciliación N° 5 del pasado 7 de marzo...”*. Y en el acta de liquidación N° 1, de fecha 19 de octubre de 2005, suscrita por funcionarios de Plescom, se deja constancia de que *“... Plescom Ltda. reitera que los únicos saldos pendientes son los correspondientes a 1103 registros del período 16 de septiembre y el 31 de diciembre, los cuales serán verificados por parte de Plescom y se conciliarán tentativamente el 31 de octubre de 2005...”*.

53. Se acordó por las partes del contrato, que esos registros se facturarían a un valor de \$ 48.000 por cada línea, lo que significa que el valor a facturar asciende a cincuenta y dos millones novecientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$ 52.944.000.00).

54. En todo caso, hasta el momento Plescom no ha pagado el valor del tráfico de las líneas a que se ha hecho referencia.

55. Plescom pagó los valores consignados en las actas de conciliación N° 1, 2, 3 y 4, sin manifestar inconformidad alguna en relación con esa circunstancia. Aunque debe recordarse que, para ese momento, se encontraba pendiente de revisión el valor de llamadas a celular a que se hizo referencia en el acta N° 2; revisión que, como se ha anotado, tuvo lugar, encontrándose no procedente la reclamación por ese valor, sin que hasta este momento se haya producido pago de ningún tipo por parte de Plescom.

56. Plescom, al momento de pagar lo correspondiente al valor consignado en el acta N° 5, manifestó, mediante comunicación de 17 de marzo de 2005, que de ese valor debía descontarse la suma de ochocientos doce millones

ocho mil trescientos treinta y dos pesos (\$ 812.008.332.00), correspondientes a reclamaciones suyas en relación con facturación anterior. En esa medida, pagó únicamente la suma de trescientos quince millones ciento siete mil setecientos setenta y un pesos (\$ 315.107.771.00).

57. Lo anterior, a pesar de que la única reclamación que se encontraba pendiente de ser resuelta era aquella a la que se hizo referencia en el acta N° 2, por valor de trescientos setenta y dos millones ciento cincuenta y tres mil setecientos ochenta y ocho pesos \$ 372.153.788, relacionada con llamadas a celular, que tampoco se ha pagado y que no está incluida dentro del valor que se descontó unilateralmente del establecido en el acta N° 5.

58. En el acta de conciliación N° 6, suscrita el 24 de mayo de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron las diferencias en relación con la facturación de larga distancia correspondiente al período comprendido entre el 1° de diciembre de 2004 y el 30 de enero de 2005. En esa acta se determinó que el valor de la conciliación era de novecientos veinte millones treinta y nueve mil novecientos sesenta y un pesos, a favor de Colombia Telecomunicaciones.

59. En esa misma acta, más específicamente en el punto 5, se dejó constancia de la existencia de un posible fraude y de que tal circunstancia sería reclamada por Plescom. Ello se estableció en los siguientes términos:  
*“Corresponden a los registros que aunque son abonados de Plescom aparentemente no presentan recaudo ni registros en el OPMS. La reclamación será enviada por Plescom con soporte magnético a la gerencia antifraude, quien revisará si es aplicable la reclamación. Para tal estudio se deberán enviar los registros de los últimos tres meses de los mismos abonados. Valor \$ 2.270.313.00 pesos M/cte...”*

60. En esa misma acta N° 6, más específicamente en el punto 6, se dejó constancia de un asunto adicional por resolver, constancia que se expresó así: *“Se descuentan a la presente acta \$ 21.156.913.00 pesos mcte. en el mes de diciembre de 2004 y \$ 27.851.714 de enero de 2005, correspondientes a diferencias mayores a \$ 10.000.00 entre la facturación de Telecom y el OPMS para los zafiros y el recaudo para los PP3031. Estos registros se enviarán al área antifraude para su revisión. Valor \$ 49.008.627.00...”*

61. Los valores antes mencionados, según se observa en el texto del acta y en el resumen anexo a ella, fueron descontados del valor facturado por Telecom, pues correspondían a circunstancias que iban a ser revisadas por Colombia Telecomunicaciones. En consecuencia, de ser procedente esas reclamaciones, no habría suma adicional que pagar por parte de Plescom; pero de no ser procedentes esas reclamaciones, debía pagarse dicho valor por Plescom a Colombia Telecomunicaciones.

62. En el acta de conciliación N° 7, suscrita el 24 de mayo de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de larga distancia correspondiente al período comprendido entre el 1° de febrero de 2005 y el 30 de marzo de 2005. En esa acta se determinó que el valor total de la conciliación era de seiscientos ochenta y dos millones cincuenta y ocho mil ochocientos treinta y tres pesos (\$ 682.058.833.00) a favor de Colombia Telecomunicaciones.

63. En esa misma acta, más específicamente en el punto 5, se dejó constancia de la existencia de un posible fraude y de que tal circunstancia sería reclamada por Plescom. Ello se estableció en los siguientes términos:  
*“Corresponden a los registros que aunque son abonados de Plescom aparentemente no presentan recaudo ni registros en el OPMS. La reclamación será enviada por Plescom con soporte magnético a la gerencia antifraude, quien revisará si es aplicable la reclamación. Para tal estudio se deberán enviar los registros de los últimos tres meses de los mismos abonados. Valor \$ 1.332.258.00 pesos M/cte...”*

64. En esa misma acta N° 7, más específicamente en el punto 6, se dejó constancia de un asunto adicional por resolver, constancia que se expresó así: *“Se descuentan a la presente acta \$ 17.954.581.00 pesos mcte. en el mes de febrero de 2005 y \$ 15.994.654.00 de marzo de 2005, correspondientes a diferencias mayores a \$ 10.000.00 entre la facturación de Telecom y el OPMS para los zafiros y el recaudo para los PP3031. Estos registros se enviarán al área antifraude para su revisión. Valor \$ 33.949.235.00...”*

65. Los valores antes mencionados, según se observa en el texto del acta y en el resumen anexo a ella, fueron descontados del valor facturado por Telecom, pues correspondían a circunstancias que iban a ser revisadas por

Colombia Telecomunicaciones. En consecuencia, de ser procedente esas reclamaciones, no habría suma adicional que pagar por parte de Plescom; pero de no ser procedentes esas reclamaciones, debía pagarse dicho valor por Plescom a Colombia Telecomunicaciones.

66. En el acta de conciliación N° 8, suscrita el 22 de julio de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de larga distancia correspondiente al período comprendido entre el 1° de abril de 2005 y el 31 de mayo de 2005. En esa acta se determinó que el valor total de la conciliación era de seiscientos sesenta y cinco millones cuatrocientos veintiséis mil novecientos sesenta y cinco pesos (\$ 665.426.965.00) a favor de Colombia Telecomunicaciones.

67. En esa misma acta, más específicamente en el punto 5, se dejó constancia de la existencia de un posible fraude y de que tal circunstancia sería reclamada por Plescom. Ello se estableció en los siguientes términos: *“Corresponden a los registros que aunque son abonados de Plescom aparentemente no presentan recaudo ni registros en el OPMS. La reclamación será enviada por Plescom con soporte magnético a la gerencia antifraude, quien revisará si es aplicable la reclamación. Para tal estudio se deberán enviar los registros de los últimos tres meses de los mismos abonados. Valor \$ 2.473.533.00 pesos M/cte...”*.

68. En esa misma acta N° 8, más específicamente en el punto 6, se dejó constancia de un asunto adicional por resolver, constancia que se expresó así: *“Se descuentan a la presente acta \$ 34.317.596.00 pesos mcte en el mes de Abril de 2005 y \$ 23.492.617.00 de Mayo de 2005, correspondientes a diferencias mayores a \$ 10.000.00 entre la facturación de Telecom y el OPMS para los zafiros y el recaudo para los PP3031. Estos registros se enviarán al área antifraude para su revisión. Valor \$ 57.810.213.00...”*.

69. Los valores antes mencionados, según se observa en el texto del acta y en el resumen anexo a ella, fueron descontados del valor facturado por Telecom, pues correspondían a circunstancias que iban a ser revisadas por Colombia Telecomunicaciones. En consecuencia, de ser procedentes esas reclamaciones, no habría suma adicional que pagar por parte de Plescom; pero de no ser procedentes esas reclamaciones, debía pagarse dicho valor por Plescom a Colombia Telecomunicaciones.

70. En el acta de conciliación N° 9, suscrita el 12 de septiembre de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de larga distancia correspondiente al período comprendido entre el 1° de junio de 2005 y el 30 de junio de 2005. En esa acta se determinó que el valor total de la conciliación era de trescientos cincuenta y seis millones seiscientos noventa y nueve mil setecientos noventa y siete pesos (\$ 356.699.797.00) a favor de Colombia Telecomunicaciones.

71. En el acta de conciliación N° 10, suscrita el 11 de noviembre de 2005, se dejó constancia de que se conciliaron diferencias en relación con la facturación de larga distancia correspondiente al período comprendido entre el 1° de abril de 2005 y el 31 de mayo de 2005. En esa acta se determinó que el valor total de la conciliación era de ochocientos cincuenta y cuatro millones quinientos catorce mil trescientos treinta y nueve pesos (\$ 854.514.339.00) a favor de Colombia Telecomunicaciones.

72. Plescom no ha pagado el valor antes indicado, respecto del cual no existía discusión de ningún tipo.

73. En la misma acta N° 10, se dejó constancia, específicamente en el punto 4 de la misma, de que había un asunto que quedaría sujeto a posterior verificación. Ello se expresó así: *“Corresponden a las líneas que son de Plescom y no presentan tráfico en el OPMS ni recaudo aunque se realizará el descuento estas se verificarán y si existen diferencias, se ajustarán en la liquidación. Valor \$ 8.977.370.00 pesos mcte...”*.

74. También se menciona en el acta 10, específicamente en el punto 6 de la misma, lo siguiente: *“Se descuentan temporalmente a la presente acta por concepto de llamadas duplicadas y traslapadas durante el período de conciliado el siguiente valor en reclamación, hasta tanto sean revisados los archivos y se de respuesta a la misma, si esta no es procedente Plescom debería cancelar los saldos a Colombia Telecomunicaciones. Valor \$ 147.298.198...”*.

75. Los valores antes mencionados, según se observa en el texto del acta y en el resumen anexo a ella, fueron descontados del valor facturado por Telecom, pues correspondían a circunstancias que iban a ser revisadas por



Colombia Telecomunicaciones. En consecuencia, de ser procedentes esas reclamaciones, no habría suma adicional que pagar por parte de Plescom; pero de no ser procedentes esas reclamaciones, debía pagarse dicho valor por Plescom a Colombia Telecomunicaciones.

76. En el mismo punto 6 del acta N° 10, en adición a lo expresado en relación con los valores que serían revisados, se expresó lo siguiente: “... *Se aclara que quedan pendientes por conciliar el tráfico que se cursó hasta el 30 de septiembre de 2005 y que a la fecha no se ha facturado, al igual que el tráfico de móviles de este período pero que no ha sido entregado a Colombia Telecomunicaciones para su facturación...*”. En esa medida, había tráfico que aun no había sido facturado y que por tanto no fue objeto de lo acordado en el acta N° 10.

77. El valor de ese tráfico fue facturado posteriormente, siguiendo lo establecido en el contrato VL-001, por valor de ciento diez millones trescientos cuarenta y dos mil ciento veinte pesos (\$ 110.342.120.00); suma que no ha sido pagada por Plescom Ltda.

78. En adición a lo anterior, debe manifestarse que existe un tráfico correspondiente a tarjetas chip que comercializó Plescom en cárceles, que se cursó después del 30 de septiembre de 2005 y que por tanto no fue objeto de conciliación de ningún tipo. Dicho valor tuvo que ser asumido por Colombia Telecomunicaciones y no pudo ser cobrado por ella al nuevo contratista, por obvias razones, pues ello no correspondía al nuevo contrato sino al contrato celebrado con Plescom. Dicho valor asciende a dieciocho millones cuatrocientos ochenta mil novecientos diecisiete pesos (\$ 18.480.917.00).

79. Colombia Telecomunicaciones tuvo que asumir sumas a título de impuesto de timbre, por valor de quince millones trescientos cincuenta y siete mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$ 15.357.461.00), correspondiente a telefonía local, y por valor de treinta y un millón ochocientos treinta y cinco mil cuatrocientos veintinueve pesos (\$ 31.835.429.00), correspondiente a telefonía de larga distancia; para un valor total de cuarenta y siete millones ciento noventa y dos mil ochocientos noventa pesos (\$ 47.192.890.00).

80. En cuanto a las reclamaciones que fueron hechas por Plescom, cuyo valor se descontó: i) de las actas de conciliación N° 2, 6, 7, 8, 10, por acuerdo de las partes y sujeto a posterior revisión y ii) del acta N° 5 en forma unilateral por parte de Plescom, al momento de realizar el pago, debe decirse que la mayoría se encontraron no procedentes. Dichas reclamaciones no procedentes ascienden a un valor de mil cuatrocientos ochenta y siete millones doscientos ochenta y un mil ochocientos sesenta y siete pesos (\$ 1.487.281.867.00), de los cuales, ochocientos doce millones ocho mil trescientos treinta y dos pesos (\$ 812.008.332.00) corresponden a un descuento unilateral de Plescom, de los valores conciliados por virtud del acta N° 5, a la cual se hizo referencia anteriormente.

81. La no procedencia de las reclamaciones impone el pago por parte de Plescom de los valores que se descontaron y que finalmente no había lugar a descontar, que ascienden a la suma indicada en el hecho anterior.

82. Así las cosas, la deuda que hoy en día tiene Plescom con Colombia Telecomunicaciones, por razón del contrato VL-001 y sus acuerdos modificatorios, está compuesta por i) el valor de las reclamaciones que se consideraron no procedentes (\$ 1.487.281.867.00); ii) el valor del tráfico de 1103 líneas, a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 5 (\$ 52.944.000.00); iii) el valor del tráfico que no se había facturado al momento de la firma del acta N° 10 y que quedó pendiente de facturación según se observa en esa acta (\$ 110.342.120.00); iv) el valor a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 10 (\$ 854.514.339.00), respecto del cual no existe discusión alguna; v) el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas chip comercializadas por Plescom (\$ 18.480.917.00); y vi) el valor del impuesto de timbre que ha asumido Colombia Telecomunicaciones y que debía ser asumido por Plescom (\$ 47.192.890.00). Ello sin contar el valor de los intereses moratorio, ni el valor de la cláusula penal, que como se observa en el texto del contrato puede llegar a ser del 20% de dos mil millones de pesos, es decir, cuatrocientos millones de pesos.

83. En consecuencia, Plescom ha incumplido el contrato VL-001 y sus acuerdos modificatorios, en la medida en que no ha procedido al pago de sus obligaciones, en particular, las relativas al pago de los valores facturados por Colombia Telecomunicaciones.

## **6. HECHOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE PLESCOM.**

Tomados de la demanda de reconvención, son los siguientes:

1. El contrato VL-001 de 2003 y los modificatorios 1, 2 y 3, en cuanto a la minuta del contrato y condiciones estipuladas en el mismo, fue realizado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como se desprende del formato utilizado, y puesto a consideración de PLESCOM LIMITADA, quien finalmente se adhirió a dicho contrato, teniendo en cuenta que la naturaleza del contrato, y las condiciones fijadas en el mismo, fueron establecidas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.
2. Las partes suscribieron el contrato VL-001 el 22 de agosto de 2003, cuyo objeto era explotar el servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios, suministrada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, entre ellas la red de telecomunicaciones de telefonía local y de larga distancia, y los teléfonos públicos correspondientes.
3. Las partes suscribieron los contratos modificatorios número 1 del 22 de diciembre de 2003; número 2 del 29 de octubre de 2004, y número 3 del 28 de diciembre de 2004, donde se realizaron algunas modificaciones al contrato principal, dejando vigentes sus cláusulas en la medida en que no se contradigan.
4. El contrato se prorrogó según las cláusulas del modificatorio número 3. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES remitió una comunicación del 23 de septiembre de 2005, enviada a PLESCOM informando su decisión de no continuar con el contrato, y decidiendo su terminación hasta el 31 de octubre de 2005.
5. De acuerdo a las cláusulas del contrato principal y sus modificatorio las obligaciones principales de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES eran:
  - i. Operar, explotar y mantener la infraestructura de las redes de telefonía local, y de larga distancia que sean necesaria para la prestación de los servicios de que trata el contrato (numeral 7.1).
  - ii. Realizar la facturación oportunamente por concepto del cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas del contrato, correspondiente a los teléfonos públicos que operaba PLESCOM (numeral 5.3 y cláusula cuarta párrafo primero del modificatorio 3, que aclara que dicha facturación deben enviarse en documento escrito y en medio magnético).
  - iii. Hacer uso de sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio (numeral 7.5).
  - iv. Debía facilitar su calidad de operador de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, la red de telefonía local en donde ostentaba la calidad de operador local y la red de larga distancia, de tal forma que permitiera cabalmente la conexión de los equipos afectos por la prestación del servicio, establecido en el contrato, así como su puesta en funcionamiento, de tal manera que se mantenga la calidad del servicio (numeral 7.5).
  - v. Debía colaborar en las soluciones cuando la línea local presente fallas que afecten la calidad del servicio, en tratándose de telefónicas de terceros (numeral 7.6).
  - vi. En la parte que le correspondía de sus obligaciones, la operación de las redes de telecomunicaciones, y líneas locales, y servicios de telefonía local y de larga distancia, realizar los mejores esfuerzos para adoptar los correctivos y mecanismos necesarios para controlar el fraude (numeral 9).
  - vii. En el contrato de adhesión, se establecía como facultad de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, la de fijar el precio o tarifa a cobrar por los servicios que se presten y demás costos causados por concepto de dicha prestación. Y se establecía cómo debía realizar la facturación en el caso de llamadas locales, por impulso y de larga distancia y local extendida, por minutos, y de TMC por segundos, según la factibilidad técnica (numeral 14 del contrato principal, cláusula séptima del modificatorio uno; cláusula primera del modificatorio dos, y cláusula

cuarta del modificatorio tres).

6. De acuerdo con las estipulaciones del contrato principal y sus modificatorios 1, 2 y 3, las obligaciones principales de PLESCOM eran:

i. Recaudar y administrar los ingresos de los teléfonos públicos, y realizar la conciliación de las cuentas, con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (numeral 5.7).

ii. Respecto de los teléfonos públicos, era responsable de realizar la explotación del servicio.

Se trataba de una obligación consecuente con la obligación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de garantizar la operación y el funcionamiento de las líneas telefónicas y de las redes de telecomunicaciones (numeral 5.1).

iii. Realizar el pago de la facturación emitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, cuando ella registrara el consumo realmente generado por las líneas telefónicas de los teléfonos públicos operados por PLESCOM (numeral 5.3).

7. Respecto del procedimiento para las reclamaciones e inconsistencias entre el consumo real y lo facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, el contrato principal en su cláusula 16, y el modificatorio número 3 en su cláusula cuarta, establecieron el trámite a seguir.

*“Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación”.*

Y al final de la cláusula se aclara que *“... en todo caso, Plescom se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación...”*.

8. Tanto de los precios y tarifas como del contrato principal, como de los modificatorios, que cobraba COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a PLESCOM, por los servicios consumidos, como de los modificatorios, dada la posición dominante de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ella se arrogó el derecho de establecerlas en forma unilateral, como efectivamente lo realizó, con aumentos sustanciales en algunos casos, en contra de los intereses de PLESCOM.

Puede verse la cláusula décima sexta ya citada del contrato principal y las cláusulas séptima y octava del modificatorio uno; la cláusula primera del modificatorio 2 y la cláusulas cuarta y sexta del modificatorio 3.

Dentro de las condiciones fijadas unilateralmente por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se estableció un anticipo de 1.000 millones de pesos.

Teniendo en cuenta que el consumo no alcanzaba ni siquiera a cubrir el anticipo, y no era pertinente su exigencia, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES mantuvo el anticipo y en la cláusula primera del modificatorio 2 lo estableció en 500 millones de pesos.

9. Teniendo en cuenta las inconsistencias reiteradas y errores de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES sobre el tráfico local, en el modificatorio número 3 del 28 de diciembre de 2004, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la cláusula sexta, modifica el cobro por tráfico local con independencia de su volumen, a través de un valor fijo mensual.

No reconocía el tráfico real local, como era lo lógico, y lo previsto en el contrato principal, que establecía la facturación por consumo (numeral 5.3), y por los problemas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, en su sistema de facturación, estableció la condición de un pago mensual fijo, independiente de su volumen que debió ser aceptada por PLESCOM, no obstante que no tenía ninguna responsabilidad en los errores de la facturación.

10. Situación similar se observa respecto del cargo fijo, el cual según el anexo financiero del contrato principal, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES lo fijó en \$ 18.000 por línea. Posteriormente, cuatro meses después, en

diciembre de 2003, lo aumenta a \$ 30.000 en el modificadorio uno, es decir, casi el 100% por encima, que había fijado pocos meses antes.

Así mismo en este modificadorio uno, cambia las tarifas para llamadas a celulares, las cuales quedan en \$ 700 más IVA y \$ 500 más IVA por minuto, según el aumento de tráfico, las cuales resultan unas cifras exorbitantes para la época del 2004.

Poco después, en el modificadorio 3 de diciembre de 2004, establece un pago anticipado del valor fijo, incluyendo un valor fijo por tráfico local, por las razones explicadas.

Lo anterior, haciendo caso omiso de las reiteradas peticiones presentadas por PLESCOM en las actas de los Comités de Coordinación y en comunicaciones remitidas desde el inicio del contrato, donde se le informa de los desequilibrios, que se mencionarán en hechos posteriores.

11. Las tarifas y precios consagrados en los contratos para los servicios, donde se señala expresamente la facultad unilateral de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, corresponde al ejercicio del llamado poder de negociación, por parte de quien encontrándose de hecho en una posición dominante, ha señalado desde el principio las condiciones en que se celebra el contrato, pero más importante se ha reservado el derecho de fijar unilateralmente las condiciones económicas del mismo, configurando un supuesto claro de abuso, cuando las circunstancias particulares que rodearon la ejecución, indicaban la completa desigualdad respecto de su contraparte PLESCOM, como se demostrará en el proceso, y se acredita con las cláusulas citadas.

12. Durante la ejecución del contrato se surtieron 13 reuniones del Comité Coordinador.

Las fechas de esas actas son:

- Acta número 1 de septiembre 23 de 2003.

- Acta número 2 de noviembre 4 de 2003, donde se deja constancia de las líneas fuera de servicio.

- Acta número 3 del 5 de diciembre de 2003, donde se deja constancia por PLESCOM de la disminución de los recaudos, en razón de las tarifas plenas fijadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, agravado por la venta callejera del servicio celular.

- Acta número 4 del 27 de febrero de 2004, donde se deja constancia de la demora en la obtención de la facturación, que era obligación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y afecta la contabilidad de PLESCOM, y el funcionamiento de las líneas, ya que por error o desconocimiento de los funcionarios, se cortan las líneas por mora en el pago.

PLESCOM reitera la necesidad de conciliar y de efectuar el pago de lo que le corresponde por facturación.

Se deja constancia, además del incumplimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en cuanto al procedimiento de fraudes, pues: "Falta desarrollar e implementar por parte de Colombia Telecomunicaciones, los procedimientos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens".

- Acta número 5 del 23 de abril de 2004, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES después de ocho meses de ejecución del contrato, solicita que se realice una conciliación del servicio Express y que se deje pendiente la telefonía local. Nuevamente PLESCOM deja constancia y ratifica su solicitud de la entrega de facturación local, pues le está causando problemas fiscales y contables.

- Acta número 6 del 23 de septiembre de 2004, se deja nuevamente constancia que se está a la espera de la información por parte de local, refiriéndose al área encargada de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, ya que se devolvió la remitida, para que se realizaran los ajustes pertinentes.

Guillermo Ruales de PLESCOM solicita que se le expidan facturas consolidadas, con facturas reales, pues las remitidas no tienen soportes para efectos contables.

Dada la facultad unilateral de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para fijar las tarifas, PLESCOM expone su inconformismo frente a las tarifas fijadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de los SAIS y Resellers, especialmente a lo referente a larga distancia nacional e internacional.

- El acta número 7 de fecha de 3 de diciembre de 2004, y ante el control de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y la no aceptación de modificar las tarifas de su completa exclusividad, PLESCOM plantea la liquidación del contrato, por la grave disminución de recaudos, mayor a la proyectada, y sin que se refleje en cambios en las tarifas.

Nuevamente se deja constancia que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, a la fecha de esta acta, diciembre de 2004, es decir, año y cuatro meses después de haberse iniciado no ha entregado las facturas para poder iniciar el proceso de conciliación.

PLESCOM informa la imposibilidad económica de realizar un anticipo a la facturación en el mes de diciembre, por los incumplimientos citados de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y aunque no se dice el término, por el abuso de posición de dominio, respecto de la fijación de tarifas.

Debe recordarse que el modificatorio número 3 de diciembre 28 de 2004, en su cláusula cuarta párrafo primero, en forma concordante con el contrato principal, señaló la obligación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de enviar a PLESCOM la factura en documento escrito y en medio magnético.

- Acta número 10 de 15 de marzo de 2005, donde PLESCOM ante las reclamaciones que ha presentado en las Actas de conciliación, por las diferencias entre los valores facturados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y los consumos reales registrados en el OPMS de PLESCOM, y el tiempo transcurrido, considera que deben hacerse los descuentos que no se han hecho efectivos en las conciliaciones.

En el numeral 6 de esta acta se señala:

“... realizará estos descuentos y pagará el saldo hasta tanto se resuelvan las reclamaciones” y en forma adicional, aclara que se hará en la conciliación pendiente de pago.

Este tema no fue objetado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y resulta aceptado, pues además esta acta número diez fue aceptada sin objeciones en el acta número 11 del Comité Coordinador de fecha 10 de junio de 2005.

La conciliación pendiente de pago corresponde al Acta número 5 del 7 de marzo de 2005.

- Acta número 11 de 3 de junio de 2005, donde se trata nuevamente el tema de las reclamaciones presentadas por PLESCOM.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES aclara que no corresponde a fraude, sino a la forma de rarificar diferente de PLESCOM con las de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

- Acta número 12 del 15 de julio de 2005, donde se deja constancia de las reclamaciones por las diferencias surgidas de las inconsistencias de Colombia Telecomunicaciones.

- Acta número 13 del 20 de septiembre de 2005 donde Plescom insiste respecto a las diferencias de facturación, y rechaza la nueva postura de Colombia Telecomunicaciones sobre la costumbre comercial implementada desde el inicio del contrato para llevar al proceso de reclamación las diferencias superiores a \$ 10.000 entre la facturación de Telecom y los registros del OPMS.

13. Existen diez actas de conciliación, que se explicarán y detallaran en el proceso.

Es pertinente resaltar los siguientes temas tratados en las actas de conciliación, respecto de la procedencia de las pretensiones de esta demanda, y consonante con los hechos contenidos en las actas de los Comités de Coordinación.

El acta de conciliación número 2 de 22 de diciembre de 2004, en su numeral 4. acepta la necesidad de descontar el 40% del tráfico que venía cobrando COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, según los resultados del Acta de visita de la central Morato de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y teniendo en cuenta los registros del OPMS de PLESCOM.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES acepta que su facturación no corresponde a la realidad de su consumo, y que corresponde a un 40% por encima del tráfico real.

El acta número 5 del 7 de marzo de 2005, donde nuevamente COLOMBIA TELECOMUNICACIONES reconoce la necesidad de descontar el 40% del tráfico, debido a la diferencia de cobros que se efectúan al usuario final en los teléfonos públicos, versus el cobro efectuado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. El valor reconocido es de 412 millones de pesos aproximadamente.

En la mayoría de las actas de conciliación, se incluyen las inconsistencias de la facturación, que serán explicadas a través de las pruebas solicitadas, tales como: tráfico no permitido, errores en la facturación de local, como si fuera local extendida, con una tarifa más alta; llamadas al OPMS que no se podían cobrar; líneas sin número de PLESCOM, ni registradas con recaudo en el OPMS de PLESCOM; posibles fraudes; diferencias de lo facturado mayores de diez mil pesos, que por costumbre comercial, y desde el inicio, las partes acordaron la necesidad de descontar, como otro reconocimiento de los problemas de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES; y llamadas duplicadas o traslapadas.

14. El 30 de noviembre de 2004, se realiza el acta de visita a la central Morato, donde se acredita la razón de los mayores cobros que viene realizando COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en su facturación, en la medida en que factura el primer impulso, que puede dar lugar a facturar dos impulsos mínimo o tres impulsos en adelante.

Los resultados de esta visita dieron lugar al reconocimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, en las actas 2 y 5 de conciliación sobre la necesidad de descontar el 40% del tráfico cobrado en exceso.

15. Prueba fehaciente del incumplimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en cuanto a la entrega de facturación, corresponde a la comunicación de 16 de diciembre de 2004 del Jefe de Teléfonos Públicos de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al Gerente del Contrato de PLESCOM, donde le hace entrega de doce facturas de telefonía local correspondientes a los meses de agosto 2003 a septiembre 2004, y le aclara que el archivo magnético fue entregado para su revisión el día 8 de noviembre.

Existen distintas pruebas documentales que ratifican este hecho.

16. Sobre el tema de las reclamaciones e inconsistencias en la reclamación y falta de respuesta a las reclamaciones que dieron lugar a los descuentos del acta 5, acordados en el acta número 10 del Comité Coordinador, es pertinente presentar los hechos de estas reclamaciones:

### **Reclamaciones por fraude**

PLESCOM procedió a realizar los reprocesos de la información del detalle de llamadas enviada mediante CD'S efectuando las respectivas comparaciones registro a registro, y en consecuencia se presentó reclamación por fraude tan pronto como se conoció la información remitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Así:

#### **- Reclamación: Septiembre 13 de 2004.**

Como consecuencia del Acta de Conciliación N° 1 de Septiembre 10 de 2004, corresponde al fraude por larga distancia detectado en la depuración de la información correspondiente al período Agosto de 2003 a Abril de 2004, consistente en diferencias mayores a \$ 10.000 entre el valor facturado en la línea y los registros de la liquidación por duración de la llamada registrada en el OPMS, durante este período.

*Acta 1. N° 7 ... Los abonados con diferencias mayores a \$ 10.000, serán revisados por el área de antifraude de la compañía, previa presentación escrita de la reclamación por parte de Plescom, dichos valores serán abonados a Plescom en el evento en que la reclamación sea a su favor.*

En resumen las cifras presentadas en reclamación corresponden a:

RESUMEN RECLAMACIÓN PERÍODO AGOSTO/03 A ABRIL/04 L.D.	
Fecha de la reclamación	Septiembre 13/04 C-0374/04
Por Teléfono	Valor reclamado
Teléfonos PP 3031	\$ 200.106.240.00
Teléfonos Zaphiro	\$ 484.762.395.00
Total	\$ 684.868.695.00

Se recibe respuesta de la reclamación en Diciembre 27 de 2004, de la Gerencia de Control Antifraude, donde sin mayores elementos de juicio concluye : *“El contrato es claro que los casos de fraude deben ser reportados a Colombia Telecomunicaciones, y en el caso de líneas con consumos reclamados durante el período no hay ninguna comunicación de Plescom al respecto”*; es decir, que no recibió oportunamente las reclamaciones.

PLESCOM responde en Diciembre 30/04 C-0577/04, explicando que solo cuando se conoce la factura puede determinar el monto del fraude y por consiguiente, la reclamación, como es lógico solo podría realizarla con posterioridad. Como se ha mencionado la facturación de todo el contrato solo fue enviada en diciembre de 2004.

Se cita la parte pertinente de la respuesta de PLESCOM:

*“Sobre el particular deseamos anotar que la no “comunicación oportuna” de la existencia de fraudes se debe específicamente a la extemporaneidad en la facturación de Colombia Telecomunicaciones...”*

A partir de esa fecha, hubo total indefinición por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, hasta que una vez finalizado el contrato remite una comunicación en donde conminan al pago, sin haber realizado los reprocesos y análisis a los que se vio obligado PLESCOM para suplir las deficiencias que en materia de facturación fueron la constante.

**- Reclamación: 9 de febrero de 2005.**

Como consecuencia del Acta de Conciliación N° 3 de Diciembre 23.

*“5. Corresponde a los registros facturados que pertenecen a Plescom, pero que no presentan ni tráfico ni recaudo. Estos registros se enviarán al área de antifraude para su revisión...”*

RESUMEN RECLAMACIÓN PERÍODO MAYO-JULIO/04 L.D.	
Fecha de la reclamación	Febrero 08/05 C-049/05
Por Teléfono	Valor reclamado
Teléfonos Safiro	\$ 6.984.471.00

Nota: Sobre esta reclamación no hubo respuesta por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

**- Reclamación: 22 de febrero de 2005.**

Como consecuencia del Acta N° 4 de 11 de febrero de 2005.

*“... Se verificará el tráfico y recaudo de los abonados que no facturaron en larga distancia desde agosto 22 de 2003 hasta noviembre 30 de 2004, y se revisará para determinar si fuere el caso los valores a cancelar.*

RESUMEN RECLAMACIÓN PERÍODO AGOSTO/03-NOVIEMBRE/04 L.D.	
<b>Fecha de la reclamación</b>	<b>Febrero 22/05 C-075/05</b>
<b>Por Teléfono</b>	<b>Valor reclamado</b>
Teléfonos Safiro	\$ 120.155.226.00

Corresponde al fraude reportado mediante carta C-0175/05 de fecha 22 de febrero de 2005, enviado en archivo magnético por larga distancia entre Agosto y Noviembre de 2004.

El total correspondiente a estas reclamaciones es de:

RESUMEN RECLAMACIÓN PERÍODO AGOSTO/03 A ABRIL/04 L.D.	
<b>Fecha de la reclamación</b>	<b>Valor reclamado</b>
Septiembre 13/04	\$ 684.868.695.00
Febrero 08/05	\$ 6.984.471.00
Febrero 22/05	\$ 120.155.226.00
<b>Total</b>	<b>\$ 812.008.392.00</b>

En ausencia de las respuestas en las reclamaciones precedentes se descontó del monto conciliado en el Acta N° 5 por valor \$ 1.127.116.103.00, la suma de las anteriores reclamaciones en cuantía de \$ 812.008.392.00; monto que fue igualmente reportado a las instancias de Colombia Telecomunicaciones con fundamento en el Contrato y Anexo Financiero N° 8.

#### **“ANEXO FINANCIERO**

*Numeral 8. En caso de reclamaciones sobre la facturación, los valores de los reclamos serán descontados de la factura provisionalmente y se deberá cancelar el excedente que no es objeto de reclamación...”*

17. Sobre el incumplimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para hacer uso de sus mejores esfuerzos, y poner su capacidad y experiencia a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad en el servicio (numeral 7.5) es pertinente citar el trámite que dio COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a las reclamaciones por su área de antifraude.

Existe la comunicación de 27 de diciembre de 2004, del mismo Jefe de Teléfonos Públicos que remite la facturación de todo el contrato en el mismo mes de diciembre de 2004, donde se anexa la respuesta emitida por la dependencia(sic) interna de antifraudes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, que no tiene análisis técnico ni investigación alguna, y que concluye que las reclamaciones son extemporáneas.

Al respecto, PLESCOM le envía la comunicación de diciembre 30 de 2004, donde le informa que la no comunicación oportuna de las reclamaciones, obviamente se deben a las extemporaneidad de la entrega de la facturación por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

18. Existen diversas comunicaciones donde se demuestra que los problemas de facturación e inconsistencias se siguieron presentando durante el año 2005, e igualmente los graves desajustes económicos planteados desde el inicio del contrato, sin que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que tenía reservada la facultad de fijar unilateralmente las tarifas y precios, se preocupara en lo más mínimo por la situación adversa en que se encontraba su parte contratante y colaboradora.



Se citan las principales comunicaciones:

- Comunicación de 19 de octubre de 2005, del Contralor a la Vicepresidencia de Larga Distancia de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, donde se mencionan las inconsistencias y errores de la facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, comparada con los registros exactos del OPMS de PLESCOM.

Se observa que se está refiriendo al año 2005, donde persistieron los graves errores de facturación, y las inconsistencias que se describen en esta comunicación.

- Comunicación de septiembre 13 de 2004 del Gerente convenio PLESCOM a grupo antifraude COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, donde desde esa época le viene señalando cuáles son los fraudes que se vienen realizando, sin que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES durante toda la ejecución del contrato hubiera realizado acción alguna.

19. Sobre el tema de los graves desequilibrios financieros, causados por el poder de negociación reflejado en la elaboración del contrato, y en la fijación unilateral de tarifas y precios por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, así como el ejercicio abusivo de este derecho, al no compaginarlo, con la necesidad de mantener un esquema económico equilibrado, según se infiere de la cláusula 6.6 del contrato principal, pueden citarse las siguientes comunicaciones:

- El numeral 6.6 señala que PLESCOM como máximo derecho puede solicitar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación.

El limitado derecho de PLESCOM para solicitar estos cambios, fue ejercido en forma continua. Desafortunadamente en la posición de prevalencia en la que se encontraba COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, no tuvo eco alguno.

- Comunicación de abril 17 de 2006 del Gerente de PLESCOM al Vicepresidente de Telefonía Local, donde le señala la reiteración de los requerimientos presentados durante la vigencia del contrato, en términos casi de súplica para que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES realice el cambio del esquema económico establecido unilateralmente por ella, en ejercicio de su reserva contractual.

Es clara esta comunicación en mostrar el desequilibrio planteado fundado en la desigualdad contractual, que permanentemente invocó PLESCOM sin resultado alguno.

Para el resultado del proceso, solicito al Honorable Tribunal la revisión del contenido de esta comunicación.

- Comunicación de mayo 19 de 2004, del Gerente de PLESCOM al Vicepresidente de Telefonía Local donde le solicita la modificación de las condiciones económicas que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES se arrogó como facultad unilateral, y señala los datos, cifras y cuadros que demuestran los graves problemas y dificultades que afronta PLESCOM por esta situación.

- Comunicación de 12 de julio de 2004, del Gerente de PLESCOM al Vicepresidente de Telefonía Local, solicitándole en forma urgente que se adecue el contrato a las condiciones actuales del mercado.

- Comunicación de julio 23 de 2004 del Gerente de PLESCOM al vicepresidente de Telefonía Local, donde le manifiesta su grave preocupación por los desajustes que se vienen presentando en el contrato, y le recuerda la comunicación 268 de 12 de julio de 2004, en la cual PLESCOM le presentó un análisis integral, de comparación entre las condiciones pactadas y las condiciones del mercado de telefonía pública.

- Comunicación de 22 de agosto de 2006, del Gerente de PLESCOM a la Vicepresidencia de larga distancia, donde hace un recuento de todos los temas causantes del desequilibrio, y recuerda a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que las bases del negocio sobre ingresos y recaudos, se estructuraron sobre un modelo económico establecido por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, por la funcionaria Maribell González, que resultaron totalmente desproporcionados frente a la realidad del convenio.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tenía las herramientas para remediar esta situación, según las cláusulas que le otorgaban la fijación unilateral de las condiciones económicas del contrato y en ejercicio de su poder dominante prefirió mantenerlas.

- Comunicación de agosto 17 de 2007, del Gerente de PLESCOM a la Gerente Legal de Asuntos Contenciosos de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, donde se detallan en profundidad los graves problemas que tuvo PLESCOM en la ejecución del contrato, por los incumplimientos de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, y por el mantenimiento de condiciones económicas injustificadas y que constituyeron abuso del derecho.

Sobre esta comunicación es dicente el resultado económico inequitativo para las partes, producto de la decisión de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de fijar las tarifas sin tener en cuenta las condiciones del mercado, y con la seguridad que recibiría una asignación fija, por cargo fijo y por tráfico local, a partir del modificatorio número 3, con lo cual le trasladaba la casi totalidad del riesgo a su colaborador.

Según estas cifras COLOMBIA TELECOMUNICACIONES recibió \$ 18.306 millones correspondiente al 94.7% de los valores resultantes, y PLESCOM \$ 1.010 millones correspondientes al 5.23%.

Los resultados económicos demuestran el ejercicio abusivo de la posición dominante, por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Dicha circunstancia será materia del debate probatorio.

20. Existen también las comunicaciones relacionadas con la liquidación del contrato que demuestran las situaciones de hecho antes descritas.

Entre tales comunicaciones se citan:

- Comunicación de diciembre 21 de 2005, del Gerente de PLESCOM al Vicepresidente de Telefonía local de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, respecto de las inconsistencias de los registros y facturaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. En igual forma, se presentó la comunicación de diciembre 19 de 2005.

- Comunicación de agosto 28 de 2006, del Gerente de PLESCOM a la aseguradora Confianza, que presenta un análisis detallado de las diferencias económicas, de los fraudes e inconsistencias presentados, de los problemas de la conciliación, de los problemas del tráfico de larga distancia y del tráfico local; de la falta de acción de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y respuestas injustificadas sobre las reclamaciones por fraude; sobre las reclamaciones por tráfico celular; sobre las reclamaciones por TPS sin recaudo, y finalmente, sobre las reclamaciones de PLESCOM por el grave desequilibrio económico.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **1. ASPECTOS PROCESALES. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.**

1.1. Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los siguientes presupuestos procesales, requeridos para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

a. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados al Arbitraje, ambas Partes son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas, quienes actuaron por conducto de Apoderados debidamente reconocidos como tales.

b. La demanda principal reformada y la demanda de reconvenición reúnen los requisitos legales.

c. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente que:

- Había sido designado e instalado en debida forma;
- Las partes eran capaces y estaban debidamente representadas;

- La Demandante oportunamente consignó las sumas que le correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios y, asimismo, las correspondientes a su contraparte;

- Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las Partes tenían capacidad para ello, y tales controversias se encuentran cobijadas por la Cláusula Compromisoria invocada por las Partes.

d. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.

e. La sustitución del Árbitro, doctor Antonio José De Irrisarri Restrepo (q.e.p.d.) por el doctor Nicolás Gamboa Morales y la designación del Árbitro doctor Ernesto Rengifo García como nuevo Presidente del Tribunal, fueron debidamente realizadas y no tuvieron objeción alguna de las Partes.

1.2. Lo antes descrito, a su turno, debe completarse con el análisis y decisión sobre la excepción denominada “*Improcedencia del Arbitramento por falta de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones de la demanda reformada de la Convocante, relativas a la declaración de incumplimiento y a la condena a pagar cifras derivadas de tráfico cursado, reclamaciones no procedentes, tráfico por tarjetas chip, impuestos y demás sumas alegadas en la demanda*”(1), que fuera propuesta por PLESCOM en la contestación de la demanda reformada y a cuyo efecto el Tribunal anota lo que sigue:

La esencia de los pactos arbitrales es el querer de las partes de sustraer ciertas controversias de la justicia estatal. Por ende, es bajo tal óptica como deben analizarse las estipulaciones de este tipo, con miras a proteger el interés básico de los contratantes, cual es, se repite, acudir a la instancia arbitral.

Tal análisis, a su turno, forma parte, por obvios motivos de economía procesal, de etapa temprana del trámite arbitral, valga decir de la primera audiencia de trámite, cuando por imperativo legal (artículo 124 (2) de la Ley 446 de 1998) “*El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible del recurso de reposición*”.

Así ocurrió en este Arbitraje cuando, mediante Auto de Mayo 15, 2008, **que no fue objeto de recurso**, el Tribunal se declaró “*competente para asumir el conocimiento de las controversias suscitadas entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., por una parte y PLESCOM LIMITADA por la otra, planteadas en la demanda reformada, su contestación y excepciones, y en la demanda de reconvenición, su contestación y excepciones, con fundamento en la Cláusula Vigésima Séptima del contrato N° VL-001 del 22 de agosto de 2003, que contiene la cláusula compromisoria base de este proceso arbitral, la cual fue modificada mediante el denominado ‘Acuerdo Modificador de cláusula compromisoria’, firmado entre las partes el 12 de septiembre de 2007*”(2) ”.

En tal oportunidad, además, y como parte de las consideraciones de la providencia, el Tribunal observó que dado el planteamiento de la Excepción que se examina “*como excepción de fondo*” haría un pronunciamiento al respecto “*en el laudo arbitral*”.

Por ende, al margen de la plena firmeza procesal que tiene la providencia de Mayo 15, 2008, el Tribunal se ocupa de lo planteado por PLESCOM, así:

Ciertamente la Cláusula Compromisoria establece una etapa previa al trámite arbitral, consistente en una serie de conversaciones, primero al nivel del Comité Coordinador previsto en el Contrato y luego, como segundo y final paso, al nivel de los representantes legales de las Partes, sobre cuya no observancia ha sido edificada la argumentación de la Demandada.

Tales pasos, sin embargo, no pueden transformarse en obstáculos o barreras formales para impedir el recurso a la instancia arbitral que, como atrás se dijo, es la parte fundamental de lo estipulado en la Cláusula Compromisoria, y que corresponde al derecho constitucional de acceso a la justicia de la Demandante.

Pero además, con motivo de su respuesta a las Excepciones de PLESCOM, COLTEL aportó, entre otros documentos, el Acta de la reunión de Agosto 27, 2007, llevada a cabo en las instalaciones de la última y suscrita

por los representantes legales de ambas Partes donde se lee:

*“ En estos términos se considera cumplida la instancia de reunión de representantes legales de las partes del contrato, a que se hace referencia en la cláusula vigésimo séptima del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003, sin que se hubiere encontrado una solución al conflicto planteado, aceptable para ambas partes. Y por lo tanto, las partes aceptan desde ahora, que se entenderán agotadas todas las instancias previas, requeridas para el adelantamiento del trámite arbitral que corresponda...”* (3) (Énfasis añadido).

En consecuencia es patente que las propias partes —con la autoridad que a ellas compete para interpretar estipulaciones contractuales— (4) consideraron expresamente satisfechos los pasos previos establecidos en la cláusula compromisoria y expedito el camino para acudir a la instancia arbitral.

El Tribunal, a su turno, no halla reparo en lo consignado por los representantes legales de COLTEL y de PLESCOM en el documento arriba citado.

Y como si lo anterior no fuera de suyo suficiente para desestimar la excepción que se evalúa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tratado el tema, en términos consistentes con la conclusión del Tribunal, con motivo de una acción de anulación donde se debatió un pacto arbitral que contenía una fase de arreglo directo entre los interesados, fracasada la cual se podía acudir a la instancia arbitral, señalando al respecto:

*“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que solo pueden establecerse por vía legislativa, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P.C.*

*Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones”* (5).

Conclusión obligada de lo anterior es que, como se consignará en la parte resolutive de este Laudo, se rechazará la excepción aquí tratada y se proseguirá con la evaluación del mérito de la controversia al no obrar causal de nulidad que afecte la actuación; y el Tribunal insiste en que es patente que las propias partes —con la autoridad que a ellas compete para interpretar estipulaciones contractuales— (6) consideraron expresamente satisfechos los pasos previos establecidos en la cláusula compromisoria y expedito el camino para acudir a la instancia arbitral.

## **2. RÉGIMEN Y NATURALEZA DEL CONTRATO VL - 001 DEL 22 DE AGOSTO DE 2003.**

Antes de entrar en la evaluación de la litis planteada, es pertinente establecer el régimen jurídico aplicable al Contrato VL-001 del 22 de agosto de 2003, celebrado entre las partes (en adelante el Contrato), el cual fue modificado mediante los convenios modificatorios N° 1, 2 y 3, fechados el 22 de diciembre de 2003, el 29 de octubre de 2004 y el 28 de diciembre de 2004, respectivamente, a fin de precisar si se rige por el régimen de contratación pública o por el régimen mercantil.

Para el efecto se debe recordar en primer término que mediante el Decreto 1616 del 12 de junio de 2003, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas en el literal f) del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, creó la empresa de servicios públicos COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. Dicha empresa fue constituida por Escritura Pública N° 1331 del 16 de junio de 2003, de la Notaría 22 de Bogotá, D.C., debidamente registrada el 19 de junio de ese mismo año, como consta en el certificado de existencia y representación legal emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., que obra en el expediente (C. Principal

1, fl. 31 - 45).

El Decreto 1616 de 2003, en su artículo 1º, inciso 2, dispuso que el régimen jurídico aplicable a los actos y contratos y a las relaciones laborales de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., será el establecido en la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001.

La ley 142 de 1994, art. 17(7), dispone que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata dicha ley. Las empresas de servicios públicos, en tanto entes de naturaleza societaria, se rigen por la normatividad especial contenida en la ley 142 de 1994, y en lo no previsto en ella por la normatividad mercantil sobre sociedades anónimas (art. 19, numeral 19.15).

En cuanto al régimen de contratación de las empresas de servicios públicos de carácter estatal, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, establece la prevalencia de la normatividad privada, al determinar que:

*“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”.*

En el mismo sentido, el artículo 32 de la ley 142 de 1994, dispone:

*“Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y **los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado**”* (resalta y subraya el Tribunal).

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

A la luz de los preceptos legales transcritos, se tiene que, salvo por lo dispuesto en la propia Ley 142 de 1994, los actos de las empresas de servicios públicos se rigen por el derecho privado, incluso cuando en el capital de la empresa haya participación de capital estatal.

De otro lado, la Ley 142 de 1994 aplica, entre otros, a los servicios de telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural (art. 1º).

Bajo el anterior contexto normativo, observa el Tribunal, de un lado, que una de las partes del Contrato (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.) es una empresa de servicios públicos, y, de otro lado, que el objeto del Contrato, señalado en su cláusula 2.a, es el siguiente: *“la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado”.*

Con fundamento en lo expuesto, concluye el Tribunal que el Contrato está regido por el Derecho Privado, y en particular por las normas imperativas aplicables, y las estipulaciones válidamente pactadas por las partes y vertidas en el Contrato, en sus tres acuerdos modificatorios, y en los demás documentos contractuales relevantes.

Así mismo, una vez analizada la estructura del Contrato y el contenido de sus cláusulas y anexos técnico y financiero, así como el contenido de los contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, el Tribunal considera que el mencionado negocio jurídico base del presente trámite arbitral no se enmarca en los moldes de alguno de los contratos regulados en la ley, y se trata entonces de un contrato mercantil atípico, bilateral, oneroso y conmutativo, de tracto sucesivo, a plazo, de colaboración, para el desarrollo del objeto consistente en la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios, determinada en el anexo técnico, en interés de ambas partes contratantes.

Aquí es importante recordar que cuando el contrato es atípico —y no el típico de suministro que alegó

PLESCOM— la regla expresada en la parte in fine del 1622 del Código Civil, según la cual la voluntad contractual puede inferirse también “*por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas [las cláusulas] ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte*”, deviene fundamental. El comportamiento de las partes despunta un criterio fundamental en la labor hermenéutica que el contrato atípico le impone al juez de la causa. Son las mismas partes las que con su comportamiento ilustran el entendimiento del juez en la labor mental de comprensión y fijación de los efectos finales de los actos o negocios producto del ejercicio de la autonomía privada. El comportamiento de las partes y la aplicación práctica que ellas asumen y despliegan frente al acto de su autonomía privada, descienden el problema y lo vuelven menos abstracto, a tal punto que le suministran al juez tal cantidad de elementos que sin duda le facilitan su “discreta autonomía” y su “cordura y perspicacia” en la interpretación del contrato.

### **3. DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES.**

Entra ahora el Tribunal al estudio y decisión de las pretensiones de la demanda principal reformada, su contestación y excepciones, de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y las normas jurídicas aplicables al caso, teniendo en cuenta que en este caso COLTEL ha incoado acción de responsabilidad contractual, para cuya prosperidad ha de acreditarse la existencia de la fuente de las obligaciones (el contrato celebrado), las obligaciones que de dicha fuente se derivan, su contenido y alcance, el incumplimiento de las mismas por parte del deudor y el perjuicio cierto y directo producido como consecuencia de tal incumplimiento.

#### **3.1. Pretensión Primera.**

En la pretensión primera de la demanda reformada, COLTEL pide que se declare “que entre Colombia Telecomunicaciones y Plescom, se celebró, el 22 de agosto de 2003, el contrato N° VL-001, que tuvo por objeto “... *la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado*”, el cual fue modificado por virtud de los contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, suscritos el 22 de diciembre de 2003, el 29 de octubre de 2004 y el 28 de diciembre de 2004 respectivamente”.

En el expediente obra copia del Contrato (fls. 1 a 22 C. Pruebas 1), y de sus tres acuerdos modificatorios, de fechas 22 de diciembre de 2003, el 29 de octubre de 2004 y el 28 de diciembre de 2004 (fls. 23 a 34, C. Pruebas 1), todos los cuales aparecen suscritos por los representantes legales de las partes y cuya existencia fue aceptada por PLESCOM en la contestación de la demanda reformada, invocándolos además como base de sus excepciones de mérito y de las pretensiones que formuló en la demanda de reconvención.

La existencia del Contrato y sus modificaciones también encuentra respaldo en otras pruebas documentales arrojadas al plenario, que no fueron controvertidas ni desvirtuadas, como son: las actas de conciliación, las actas del Comité Coordinador, la abundante correspondencia cruzada entre las partes, las facturas expedidas por COLTEL, los testimonios y las declaraciones de parte recaudados, así como los dictámenes periciales.

En consecuencia, el Tribunal despachará favorablemente la pretensión primera.

#### **3.2. Pretensiones Segunda y Cuarta.**

En la pretensión segunda de la demanda principal reformada se solicita que se declare que PLESCOM incumplió el Contrato y sus respectivos contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, por no proceder al pago de la totalidad de las sumas de dinero a cuyo pago se encontraba obligada de acuerdo con el contrato.

En la pretensión se discrimina el incumplimiento en el pago, endilgado a la Convocada, con indicación los rubros y montos correspondientes, de la siguiente manera:

- i) el valor de las reclamaciones que se consideraron no procedentes (\$ 1.487.281.867);
- ii) el valor del tráfico de 1103 líneas, a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 5 (\$ 52.944.000);
- iii) el valor del tráfico que no se había facturado al momento de la firma del acta N° 10 y que quedó pendiente de

facturación según se observa en esa acta (\$ 110.342.120);

iv) el valor a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 10 (\$ 854.514.339);

v) el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas chip comercializadas por Plescom (\$ 18.480.917); y

vi) el valor del impuesto de timbre que ha asumido Colombia Telecomunicaciones y que debía ser asumido por Plescom (\$ 47.192.890),

vii) o las sumas que se logren demostrar en el curso del proceso.

Ante esta pretensión, PLESCOM en su contestación de la demanda (pág. 1) se opuso a la declaratoria de incumplimiento: *“teniendo en cuenta los graves problemas que se presentaron en la ejecución del contrato, para determinar cifras concretas y reales, respecto de los derechos económicos de las partes, inconsistencias causados (sic) por el incumplimiento de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en su sistema de facturación, y que impidieron determinar con certeza los valores del contrato”*.

La pretensión cuarta de la demanda principal reformada pide que se condene a la Convocada a pagar a la Convocante, todas las sumas que se encontraba obligada a pagar de acuerdo con el contrato VL-001 y sus contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, que hasta el momento no ha pagado, en particular las correspondientes a los rubros y montos señalados en la pretensión segunda, o las que se logren demostrar en el curso del proceso.

La controversia planteada alrededor de las pretensiones segunda y cuarta de la demanda principal reformada involucra diversos aspectos de la regulación y ejecución del Contrato, que deben ser estudiados y apreciados en conjunto, por lo cual el Tribunal metodológicamente abordará en primer lugar el examen de esos aspectos (numerales 3.2.1 al 3.2.3), de manera general, a la luz de las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y de los principios y normas jurídicas aplicables, toda vez que la clarificación de los mismos resulta necesaria para adoptar luego las decisiones correspondientes a los distintos rubros y montos comprendidos en dichas pretensiones (numeral 3.2.4).

Las consideraciones expresadas en los numerales 3.2.1 al 3.2.3, son también útiles en relación con el examen de la demanda de reconvención, su contestación y excepciones, y a ellas se harán las referencias del caso al realizar dicho examen.

### **3.2.1. Objeto del Contrato y principales obligaciones de las partes; esquema económico, órgano contractual y acuerdos modificatorios.**

#### **a. Objeto del Contrato y principales obligaciones de las partes.**

A términos de la cláusula 2.a, el objeto del Contrato era: *“... la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado”*.

Según las consideraciones expresadas en la parte inicial —acápite I— del Contrato, las partes decidieron celebrar ese negocio jurídico, cada una motivada directamente en su objeto [consideración A], teniendo en cuenta, entre otras cosas, que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (en adelante COLTEL) *“tiene la explotación de todos los bienes, activos y derechos que destinaba al servicio de telecomunicaciones la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —En liquidación— y las Telesociadas —en liquidación— (...) [consideración F], y “Que la presente contratación es un instrumento necesario para lograr un adecuado cumplimiento del objeto social de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y el desarrollo del contrato de explotación suscrito con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en liquidación” [consideración G].*

Más adelante, en la cláusula 3.a, literal C, subnumeral iii, *“Las Partes declaran que la causa del presente contrato es la explotación temporal del servicio de TPBC y TMC, a través de las obligaciones y derechos que las mismas adquieren con la suscripción del presente contrato”*, y en el subnumeral iv siguiente *“Las partes declaran que en*

*virtud de este contrato, Plescom no va a comerciañizar(sic) el servicio de TPBC o TMC directa o indirectamente”.*

El objeto del Contrato apuntaba, entonces, a la explotación de los servicios de telecomunicaciones de TPBC (telefonía pública básica conmutada) y TMC (telefonía móvil celular), prestados por COLTEL, mediante la utilización de bienes, activos y derechos que destinaba al servicio de telecomunicaciones la Empresa Nacional de Telecomunicaciones —En liquidación— y las Telesociadas —en liquidación—, con la colaboración del contratista PLESCOM, quien para el efecto se obligó, entre otras cosas, a: realizar la explotación del servicio (cláusula 5.1); operar y mantener los teléfonos públicos y centros de gestión asociados al objeto del contrato, de acuerdo con los anexos técnicos del mismo (cláusulas 5.4 y 5.12, en concordancia con el literal B, num. 1, del anexo técnico); conservar, reparar, mantener y cuidar la infraestructura y demás bienes afectos a tales servicios (cláusula 5.5); realizar el monitoreo de la actividad de los teléfonos y comunicar a COLTEL las anomalías en la misma (cláusula 5.6), y permitir el uso de la tarjeta prepago de COLTEL en los equipos incluidos como infraestructura y bienes en el Contrato (cláusulas 5.9 y 5.10).

Conforme a la cláusula 4.a y el anexo técnico del Contrato —que forma parte de este— (fl. 16, C. Pruebas 1), literal A., numeral 1., subnumeral 1.1., *“La infraestructura con la que se inician las labores de este contrato, es la misma con la que hasta el 22 de agosto de 2003 se venía ejecutando el convenio C—0023-96 suscrito entre TELECOM en Liquidación y PLESCOM LTDA y todos aquellos bienes requeridos y destinados para la explotación del servicio”*, infraestructura de la cual formaban parte la red de 6.135 teléfonos públicos a través de la cual PLESCOM prestaría los servicios de llamadas locales, servicio de celular, larga distancia nacional y larga distancia internacional, y los 2 centros de gestión —uno nacional y otro regional—, referidos en el citado aparte del anexo técnico.

Por su parte, COLTEL se obligó, entre otras cosas, a: operar, explotar y mantener la infraestructura de las redes de telefonía local y de las de larga distancia, necesaria para la prestación de los servicios, por su complementariedad con estos (cláusula 7.1 y literal B, num. 2, subnumeral 2.1 del anexo técnico), lo cual incluía *“Atender los requerimientos de PLESCOM sobre el mantenimiento de líneas telefónicas, de forma tal que estas no presenten un índice de indisponibilidad superior al 0.5% hacia los usuarios, teniendo en cuenta el numeral anterior”* (num. 2, subnumeral 2.1 del anexo técnico); controlar el servicio, señalar y verificar que las tarifas cobradas por PLESCOM estén de acuerdo con el esquema tarifario establecido en el anexo financiero (cláusula 7.2), actualizar y mantener separados los registros contables relacionados con el contrato, siempre y cuando COLTEL cuente con las herramientas y procedimientos necesarios para ello (cláusula 7.3); supervisar que el desarrollo del contrato se ajuste a lo pactado (cláusula 7.4); hacer uso de sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio, y facilitar la red de telefonía local en donde ostenta la calidad de operador local y la red de larga distancia que permita cabalmente la conexión de los equipos afectos por la prestación del servicio establecido en el Contrato, así como su puesta en funcionamiento, de tal manera que se mantenga la calidad del servicio (cláusula 7.5).

## **b. Esquema económico del Contrato.**

En el plano económico, las partes pactaron, en el Anexo Financiero del Contrato (fls. 21 a 22, C. Pruebas 1), que también forma parte de este, las pautas económicas para la explotación del servicio objeto del Contrato, entre las cuales el Tribunal destaca, por su importancia, las siguientes:

- El valor del Contrato estaba compuesto por un valor fijo y un valor variable. El valor fijo correspondía al cargo básico de cada una de las líneas, que se pagaría *“por los equipos que deberán estar en funcionamiento, de acuerdo con el numeral 1.7 del Anexo Técnico”*, inicialmente fijado en \$ 18.000, cargo básico que posteriormente fue aumentado a \$ 30.000 (contrato modificatorio N° 1, cláusula séptima), y luego a \$ 48.000 (contrato modificatorio N° 3, cláusula sexta, literal a). El valor variable estaba compuesto por la tabla de tarifas y descuentos incluida en el anexo técnico, en la cual se establecieron porcentajes de descuento con respecto a los distintos destinos, así: local (65.5%); local extendida (30%); DDN Bandas A, B y C (44%); celular (10%); internacional (26%) y trunking/satelital/internacional de frontera (0%), precisándose que *“Los valores de minuto y descuento serán los utilizados por Colombia Telecomunicaciones para realizar la tarificación del servicio”*.
- Los valores mensuales a cancelar por parte de PLESCOM serían el cargo básico y todos los relacionados en la



facturación enviada por COLTEL.

- El pago de las facturas debía realizarse según las fechas límites de pago indicadas en las facturas de cobro del servicio. En caso de no hacerse el pago estos valores tendrán recargos por mora equivalente al interés bancario que certifique la Superintendencia Bancaria.
- En los casos de daños técnicos de las líneas, los días que la línea dure por fuera de servicio tendrán un descuento proporcional prorrateado del cargo básico.
- A la segunda factura vencida sin cancelar se procederá a la suspensión del servicio y el cobro del cargo básico.
- Las llamadas de servicio al OPMS, parametrizadas por el Comité Coordinador, deberán eliminarse de la factura.

En concordancia con las pautas económicas señaladas en el anexo financiero, PLESCOM se obligó a recaudar y administrar los ingresos de los teléfonos públicos y conciliar las cuentas con COLTEL en los términos de los anexos técnico y financiero (cláusula 5.7); realizar oportunamente el pago de la facturación emitida por COLTEL por concepto de cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM (cláusula 5.3), y pagar a COLTEL el tráfico cursado por las tarjetas basados en los consumos de conformidad con el anexo financiero, previéndose que *“De la factura telefónica que periódicamente enviará COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a PLESCOM se pagará el valor de las llamadas cursadas por este servicio de tarjetas chip. Este valor se identificará a través del registro de gestión del OPMS. Los valores a cancelar serán sobre las tarjetas vendidas hayan o no sido cancelados por los distribuidores”* (cláusula 5.13).

Por lo que hace a los precios o tarifas de los servicios a explotar, y los sistemas de tarificación o conteo, en la cláusula 14.a del Contrato se estableció que: *“(…) Las partes acuerdan que el precio o tarifa a cobrar por los servicios y los demás costos por concepto de la prestación de servicio serán los fijados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de acuerdo por la regulación dada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La facturación la realizará COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por minutos en el caso de llamadas de larga distancia y local extendida y por impulsos en el caso de llamadas locales. Las llamadas TMC de acuerdo con el modelo de facturación del operador. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES revisará la factibilidad técnica de realizar la facturación por segundos de las llamadas de larga distancia, siempre y cuando cuente con las herramientas y procedimientos necesarios para ello”*.

El negocio desarrollado por las partes a través del Contrato, fue descrito por los testigos Omar León y Marybell González, así:

- Testimonio de Omar León (fls. 46 a 60 del C. de Testimonios), quien trabajó en la antigua TELECOM y con COLTEL, y participó en todo el proceso del contrato que tuvo PLESCOM con COLTEL:

*“(…), simplemente usted vende minutos y se queda con más descuentos y punto”*.

- Testimonio de Marybell González, (fls. 90 a 105 del C. de Testimonios), funcionaria de COLTEL que participó en el diseño del esquema económico y en la negociación del Contrato:

*“SRA. GONZÁLEZ: Se generaba a través de los descuentos de minutos, entonces yo le daba a ellos, digamos que nosotros les vendíamos unos minutos, y sobre esa venta de minutos había un descuento (...) o reventa de minutos...”* (pág. 19).

(...)

*“SRA. GONZÁLEZ: Los costos que tenía PLESCOM no me interesaban porque yo lo que estaba haciendo era entregando un contrato de reventa de minutos...”* (pág. 11).

### **c. Órgano contractual: el Comité Coordinador.**

En la cláusula 10.a se dispuso que las partes establecerían un Comité Coordinador *“para desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, para dar soluciones efectivas en la prestación*

*del servicio a los clientes o usuarios, de conformidad, y en cumplimiento de este contrato”.*

El Comité Coordinador se conformó con 4 miembros, 2 designados por PLESCOM y los 2 restantes por COLTEL, y debía reunirse al menos una vez al mes, salvo que ambas partes renunciaran a alguna de las reuniones inicialmente acordadas, pudiendo reunirse en cualquier tiempo y lugar, cuantas veces fuere necesario, a solicitud de una de las partes. Sus decisiones, por regla general, debían adoptarse con el voto unánime de las partes.

Las funciones del Comité Coordinador, establecidas en la cláusula 11.a, incluyen: evaluar y realizar los ajustes necesarios al contrato, en el evento en que las medidas gubernamentales u otros factores relativos a aspectos o resultados no previstos, modifiquen las condiciones iniciales del Contrato; modificar el esquema económico y de descuentos establecidos en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación; reglamentar los aspectos del Contrato que lo requieran; analizar eventos de cualquier índole que aparezcan durante la ejecución del Contrato y que afecten el normal desarrollo del mismo, con el fin de tomar decisiones que den solución a tales eventos, y establecer el procedimiento para el pago de los servicios que se deriven en el desarrollo del Contrato; ejercer el control financiero del Contrato.

De las primeras 10 reuniones del Comité Coordinador se elaboraron actas, copia de las cuales fue aportada al proceso, a las cuales se hará referencia específica más adelante en tanto resulte pertinente. En cuanto a las reuniones 11, 12 y 13, se allegaron al expediente sendos proyectos de acta, que no aparecen firmados por los representantes de las partes, documentos que no fueron tachados ni desvirtuados.

#### **d. Contratos modificatorios.**

El Contrato fue modificado en tres oportunidades, mediante los contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, que se reseñan seguidamente.

El contrato modificatorio N° 1 tiene fecha de 22 de diciembre de 2003, y mediante el mismo se amplió el término de duración del Contrato, hasta el 31 de diciembre de 2004, y se modificaron las cláusulas que seguidamente se mencionan: 3.a, literal C, subliteral i; 5.a, num. 5.11, 5.22, y 5.23 a 5.27; 7.a, num. 7.7; 11.a, num. 11.13 y 11.14; 19.a; anexo financiero, punto 1, literales a y b, y punto 9.

El contrato modificatorio N° 2 tiene fecha de 29 de octubre de 2004, y mediante el mismo se modificó la cláusula 16.a, en el sentido de reducir el monto del anticipo mensual que PLESCOM debía pagar a COLTEL, de \$ 1.000.000.000.00 a \$ 500.000.000.00.

El contrato modificatorio N° 3 tiene fecha de 28 de diciembre de 2004, y mediante el mismo se realizaron las siguientes modificaciones al Contrato:

- Adición de los literales B y C, v., a la cláusula 3.a (alcance del contrato). En el segundo de dichos literales se lee: *“Las partes se declaran a paz y a salvo por los servicios prestados de telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y de larga distancia hasta el 30 de julio de 2004, como consta en las actas de conciliación números 1, 2 y 3, y en consecuencia este documento tiene el efecto de una transacción en los términos del artículo 2483 del Código Civil”.*
- Modificación del numeral 5.26 de la cláusula 5.a.
- Prórroga del término de duración del Contrato, hasta el 31 de marzo de 2005, y de ahí en adelante por períodos de 3 meses si ninguna de las partes manifiesta su intención de dar por terminado el Contrato, dentro de los 10 días hábiles anteriores al vencimiento del término de 3 meses en curso.
- Modificación de la cláusula 16.a.
- Modificación del numeral 4 y adición del numeral 6, en la cláusula 24.
- Modificación del punto 1, literales a y b, del anexo financiero, estableciendo, de un lado, que a partir del 1° de enero de 2005 se pagará un valor fijo mensual por cada una de las líneas en operación de \$ 48.000, que incluye \$ 18.000 de cargo fijo (IVA incluido), y todo el tráfico local con independencia de su volumen, y, de otro lado, una

nueva tabla de tarifas y descuentos. También se modificó el punto 9 del anexo financiero, estableciendo, entre otras cosas, que “*Por cada día que una línea reportada por PLESCOM permanezca sin servicio por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, será descontado el treinta y siete punto cinco por ciento (37,5%) del valor fijo, de manera proporcional al número de días sin servicio*”.

- Adición a la cláusula 19.a.

### **3.2.2. Facturación y conciliación.**

#### **a. Las reglas contractuales.**

PLESCOM estaba obligada a realizar oportunamente el pago de la facturación emitida por COLTEL por concepto del cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por aquella (cláusula 5.3).

Acerca de la facturación por parte de COLTEL, y la forma de pago, se dispuso en la Cláusula 16.a del Contrato:

**“16.a FORMA DE PAGO: PLESCOM realizará pagos a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como un anticipo al pago de la factura dentro de los quince (15) primeros días del mes subsiguiente a la prestación del servicio por la suma de MIL MILLONES DE PESOS (\$ 1.000.000.000.00) M/CTE., debiéndose realizar el primer pago el 15 de octubre de 2003 y *la diferencia de la facturación por la prestación del servicio de TPBC y TMC dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la recepción de la factura respectiva o cuenta de cobro, de conformidad a lo señalado en el anexo financiero. Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPM o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. Pero en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura.*”**

**PARÁGRAFO PRIMERO: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enviará mensualmente a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio prestado en el mes inmediatamente anterior en documento escrito y en medio magnético. Si PLESCOM no efectúa oportunamente el pago de la primera factura, antes de la fecha de vencimiento indicada en el mismo documento, el valor no pagado más los intereses de mora correspondientes al valor máximo certificado por la Superintendencia Bancaria para ese mes, sobre el valor total de la factura o cuenta atrasada, se cobrarán en el segunda factura que deberá pagarse antes de la fecha de vencimiento de la misma. En el evento de que no se efectúe el pago dentro de ese término, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suspenderá el servicio y hará efectiva la póliza de cumplimiento. Para todos los efectos se entiende que la factura de cobro presta mérito ejecutivo.**

**PARÁGRAFO SEGUNDO. Las fechas de facturación serán las de los ciclos correspondientes e incluirán la discriminación de los conceptos de servicio local, local extendido, larga distancia y TMC y el impuesto de IVA respectivo”** (resalta y subraya el Tribunal).

En relación con este mismo tema, en el anexo financiero del Contrato, num. 8, parte final, se estableció que los reclamos sobre la facturación “*deberán ser presentados antes de la fecha límite de pago de la factura presente*”.

Según estas estipulaciones contractuales, COLTEL debía producir y enviar cada mes a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio prestado en el mes inmediatamente anterior, en documento escrito y en medio magnético, y si se presentaban diferencias entre lo facturado por aquella y lo recaudado por esta, las partes debían proceder a hacer una conciliación de cuentas, dentro de los 15 días siguientes al recibo de la facturación —siempre que las reclamaciones se presentaran antes del vencimiento de la fecha límite de pago de la factura—, regulación que evidencia la conciencia que los contratantes tuvieron, desde un comienzo, en cuanto a la posibilidad de que se presentaran diferencias entre lo facturado y lo efectivamente recaudado, las cuales se debían resolver de común acuerdo y en buena fe.

La cláusula 16.a fue modificada dos veces, primero mediante el contrato modificadorio N° 2, del 29 de octubre de

2004, reduciendo el anticipo mensual que PLESCOM debía pagar a COLTEL, de \$ 1.000.000.000.00 a \$ 500.000.000.00, y luego mediante el contrato modificatorio N° 3, del 28 de diciembre de 2004, en el cual se modificó dicha cláusula así:

*“PLESCOM pagará cada mes a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de manera anticipada, un valor fijo por cada teléfono público en funcionamiento; dicho valor incluye el cargo fijo y el tráfico local. PLESCOM hará un pago único por este concepto mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes. El día diez y seis (16) de cada mes o el siguiente día hábil, PLESCOM enviará a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES la información actualizada sobre el número de líneas en operación; en caso de que se presenten diferencias entre la cantidad de líneas en operación y las reportadas por PLESCOM, las partes se reunirán para conciliar los valores a favor o en contra de cada una, dentro de los cinco (5) días siguientes al momento en que cualquiera de ellas advierta esta situación. Los valores a favor o en contra deberán reflejarse en el siguiente pago.*

*La facturación por la prestación del servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida, y telefonía móvil, se pagará dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recepción de la factura respectiva o cuenta de cobro, de conformidad con lo señalado en el anexo financiero. **Cuando se presenten diferencias con respecto a la facturación, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación.** En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. En todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura.*

*El pago anticipado del valor fijo es totalmente independiente del pago por conceptos de larga distancia, local extendida y telefonía móvil; en ningún caso las conciliaciones de estos últimos valores, o el retardo en su facturación, afectarán el pago anticipado del valor fijo. De igual manera, cualquier discusión sobre el pago del valor fijo anticipado no condiciona el pago del componente variable.*

**PARÁGRAFO PRIMERO:** *COLOMBIA TELECOMUNICACIONES enviará a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida, y telefonía móvil, en documento escrito y en medio magnético, de acuerdo con los períodos de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si PLESCOM no efectúa oportunamente el pago de la primera factura antes de la fecha de vencimiento indicada en el mismo documento, el valor no pagado más los intereses de mora correspondientes al valor máximo certificado por la Superintendencia Bancaria para ese mes, sobre el valor total de la factura o cuenta atrasada, se cobrarán en el segunda factura que deberá pagarse antes de la fecha de vencimiento de la misma. En el evento de que no se efectúe el pago dentro de ese término, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suspenderá el servicio y hará efectiva la póliza de cumplimiento. Para todos los efectos se entiende que la factura de cobro presta mérito ejecutivo” (resalta y subraya el Tribunal).*

De esta manera, las reglas sobre facturación, reclamaciones y conciliación de cuentas, contenidas en la cláusula 16.a original, estuvieron vigentes hasta el 27 de diciembre de 2004, y a partir del 28 del mismo mes y año entró a regir lo estipulado en el contrato modificatorio N° 3, en el cual; (i) se eliminó la necesidad de conciliación en relación con los servicios y facturación de telefonía local —sin perjuicio de la conciliación que pudiera requerirse por eventuales diferencias entre la cantidad de líneas en operación y las reportadas por PLESCOM—; (ii) en cuanto al servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida, y telefonía móvil, si se presentaban diferencias con respecto a la facturación, las partes debían proceder a conciliar cuentas, dentro de los 15 días siguientes al recibo de la facturación —siempre que las reclamaciones se presentaran antes del vencimiento de la fecha límite de pago de la factura, como lo establecía el num. 8 del anexo financiero que no fue modificado—, y (iii) se estableció que COLTEL debía enviar a PLESCOM la factura o cuenta de cobro del servicio de larga distancia nacional e internacional, local extendida, y telefonía móvil, en documento escrito y en medio magnético, de acuerdo con los períodos de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.

Lo anterior debe apreciarse en concordancia con lo dispuesto en la cláusula 9.a, cuyo texto es el que seguidamente

se transcribe:

**“ CONTROL DE FRAUDE. PLESCOM en conjunto con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES elaborarán un procedimiento preventivo, de acuerdo con la legislación vigente, sobre el entorno de las líneas telefónicas de operación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Las partes se comprometen a realizar los mejores esfuerzos de cada una para adoptar los correctivos y los mecanismos necesarios para controlar el fraude. En el evento que PLESCOM no comunique oportunamente el fraude, de acuerdo con el procedimiento y condiciones establecidas, este asumirá los costos que el mismo represente.**

**PARÁGRAFO: Para la verificación de las sumas correspondientes a fraude, se tomará como base para la conciliación de cuentas, el OPMS (Centros de Gestión), el valor histórico de recaudo, los valores recaudados efectivamente por PLESCOM y la facturación realizada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”** (resalta y subraya el Tribunal).

Esta cláusula reguló la conducta de las partes frente a la eventualidad de fraude, de la siguiente manera: (i) habría un trabajo conjunto para prevenir el fraude; (ii) las partes realizarían sus mejores esfuerzos para corregir y controlar el fraude; (iii) PLESCOM debía presentar sus reclamaciones por fraude en los términos del Contrato, so pena de asumir los costos, y (iv) el párrafo establece los criterios para la verificación de las sumas correspondientes a fraude y la conciliación de cuentas, la cual debe entenderse articulada con la conciliación de cuentas que trata la cláusula 16.a (art. 1622, inciso primero, Código Civil(8) ), vale decir, las reclamaciones por fraude presentadas por PLESCOM debían tenerse en cuenta para la conciliación de cuentas de que trata la cláusula 16.a.

#### **b. La práctica de las partes en materia de facturación y conciliación, y sus implicaciones.**

En la práctica, COLTEL no facturó estrictamente de manera mensual, sino que se retrasó en la expedición de las facturas, especialmente las correspondientes al cargo fijo y el servicio de local y celular, al punto que las primeras facturas por estos conceptos, correspondientes al lapso comprendido entre el 1º de agosto de 2003 y el 15 de septiembre de 2004, las expidió con fecha 30 de octubre de 2004 (fl. 845 a 858, C. Principal 2), es decir, más de 14 meses después de la fecha de suscripción del Contrato que fue el 22 de agosto de 2003.

Y en cuanto a la entrega de dichas facturas, en el acta N° 8 del Comité Coordinador, punto 3 (fl. 1071, C. Principal 2), correspondiente a la reunión del día 7 de diciembre de 2004, se consignó que COLTEL entregó en esa fecha: “en archivo magnético de la facturación de LD de los meses de agosto a septiembre de 2004 (...) copias físicas de la facturación de larga distancia desde agosto de 2003 a septiembre de 2004 (...) la factura física de telefonía local, desde agosto de 2003 a septiembre de 2004”, y en la carta de PLESCOM de fecha 9 de diciembre de 2004 (fl. 177, C. Pruebas 1), esta acusó recibo de las facturas de larga distancia de los meses de septiembre de 2003, noviembre, y enero a julio de 2004 —indicando que faltan las facturas de octubre y diciembre de 2003—, y de las facturas de local, celular y cargo fijo del período agosto de 2003 a 15 de septiembre de 2004, señalando que las mismas “(...) nos fueron entregadas en la reunión del pasado martes 8 de diciembre”.

Entonces, en el proceso se demostró que el sistema de facturación de COLTEL presentó serias demoras e inconsistencias a lo largo de la vigencia de la relación contractual, lo cual por lo demás fue confesado por COLTEL en su contestación a la demanda de reconvención (hecho 15) y más adelante en sus alegatos de conclusión, así:

“... Es cierto que se presentó una demora en la entrega de facturación de telefonía local, pero no de larga distancia” (contestación a la demanda de reconvención, pág. 15).

(...)

“No se puede perder de vista que lo relevante en este proceso no era determinar si la facturación de Colombia Telecomunicaciones presentó inconsistencias o diferencias con los registros de Plescom; **eso es un hecho, al punto que así se reconoció en las actas de conciliación. En efecto, los descuentos que se hicieron de los valores facturados por virtud de las actas de conciliación ascienden a varios miles de millones de pesos**” (alegato de conclusión, pág. 54; resalta y subraya el Tribunal).

Naturalmente, el importante retraso de COLTEL en la expedición de las facturas, circunstancia que solo a dicha parte le es imputable, afectó el normal desarrollo del Contrato, específicamente en cuanto a la posibilidad de que las partes realizaran conciliaciones mensuales de cuentas como se previó en la cláusula 16.a.

Ahora bien, aunque la cláusula 16.a solo hace referencia a que la factura debía enviarse en medio físico y en medio magnético, en la práctica, las partes, desde un comienzo, intercambiaron información en medios magnéticos sobre el tráfico de llamadas, antes de la emisión de las facturas por parte de COLTEL. Al respecto, en el acta del Comité de Coordinación N° 1, del 23 de septiembre de 2003 (fl. 1043, C. Principal 2), punto N° 3, se lee:

*“El formato de facturación será enviado por parte de Colombia Telecomunicaciones a Plescom antes de la emisión de las facturas para los procesos de cruce de información”.*

Sin embargo, aun existiendo un cruce de información previo a la expedición de la factura, el monto facturado no necesariamente era definitivo, pues luego de su recibo había lugar a una conciliación de cuentas entre las partes, siempre que existiera diferencia entre lo facturado y lo recaudado y/o los registros del OPMS. Así lo corrobora la comunicación C-0062-04, del 13 de febrero de 2004, dirigida por PLESCOM al Jefe de Teléfonos Monederos de COLTEL (fls. 195 a 196, C. Pruebas 1), en la cual se relacionan los archivos magnéticos enviados en anexo con detalle del tráfico de los teléfonos públicos, desde agosto 23 a noviembre 30 de 2003, y se concluye diciendo:

*“Con esta información pueden producir las facturas de larga distancia, teniendo presente que no se ha presentado por parte de Telecom la factura por tráfico local y que no se han consolidado los posibles fraudes en la red.*

*Los ajustes a que hayan lugar, se realizarán en la siguiente factura”.*

La testigo Nelsy Adriana Soto, funcionaria de COLTEL, en respuesta a preguntas del apoderado de la Convocante, se refirió al cruce de información y su incidencia frente a la conciliación:

*“DR. GONZÁLEZ: Cómo era el proceso realmente para hacer una conciliación, por dónde empezaban, qué le entregaba Telecom a Plescom (sic), qué hacía Plescom, diferencial entre tráfico y facturación que no es lo mismo y después del tema del tráfico cómo hacían el tema de facturación, explique un poco cómo era el proceso de conciliación, por poner un ejemplo; el acta de conciliación número uno y el acta de conciliación números dos, conciliación uno de larga distancia y conciliación dos, si aparecen en diciembre de 2004 haciendo ya unas precisiones sobre qué puntos debían ser descontados, cómo era ese proceso?”*

*SRA. SOTO: El proceso de conciliación... a Plescom se le entregaba, por ejemplo de larga distancia, la factura como tal y se le entregaba el tráfico en un CD de larga distancia, se le entregaba la factura y el tráfico en un CD, porque de 6.000 aparatos telefónicos el tráfico de larga distancia podían ser un millón de registros.*

*DR. GONZÁLEZ: Se entregaba el tiempo, el tráfico y la facturación?”*

*SRA. SOTO: Sí, desde que yo empecé en diciembre de 2003 se les entregaba la factura y se les entregaba el tráfico, entonces ellos tomaban esto y lo que hacía era que el CD reprocesarlo, hacer cruces, revisar, comparar contra recaudos con lo que se presentó, ese tipo de evaluación era el que se hacía, entonces lo que hacía la persona que conciliaba que era Ernesto Rodríguez por parte de la empresa me devolvía por correo o por un oficio, me decía mire estas serían las bases de conciliación.*

*DR. GONZÁLEZ: Ernesto Rodríguez le devolvía eso pero Plescom hacía algo con esa información?”*

*SRA. SOTO: Sí, la reprocesaba, la cruzaba, yo no sabría decirle a usted”.*

Así, pues, la información intercambiada por las partes sirvió como insumo tanto para que COLTEL emitiera sus facturas, como para que PLESCOM cotejara el contenido de lo facturado con la información del OPMS y sus recaudos, y determinara si había o no lugar a presentar reclamaciones para conciliación. COLTEL, por su parte, debía tener en cuenta la información cruzada para emitir la factura, y en caso de presentarse reclamaciones por parte de PLESCOM, decidir si otorgaba o no los descuentos reclamados por esta.

Importa anotar que la conciliación de cuentas solo podía darse luego de que PLESCOM recibiera la factura, y, por

lo tanto, sin importar el retraso de COLTEL en la expedición y entrega de las facturas, cuando se presentara la diferencia entre el monto facturado y los registros del OPMS y/o recaudos, había posibilidad de tal conciliación. Y aun cuando la cláusula 16.a establecía un plazo de 15 días para realizar la conciliación, contado desde el recibo de la factura, en la práctica, las partes de común acuerdo manejaron tiempos sustancialmente más amplios en esta materia, dentro de los cuales realizaron nuevos intercambios de información, de modo tal que PLESCOM elevó y sustentó reclamaciones más allá de los 15 días previstos en el contrato, que fueron recibidas y consideradas por COLTEL. En efecto, la primera factura del servicio de larga distancia se expidió para el período comprendido entre el 22 de agosto y el 30 de septiembre de 2003, con fecha de pago oportuno hasta el 15 de diciembre de 2003 (fl. 918, C.Pruebas 3), y las primeras facturas por cargo fijo y servicio de local se expidieron con fecha 30 de octubre de 2004 (fl. 152 a 193, C. Pruebas 1), sin embargo de lo cual las primeras conciliaciones solo se hicieron en diciembre de 2004, como consta en las actas 1 y 2 de fecha 22 de diciembre de 2004 (fls. 72 a 77, C. Pruebas 1).

De cara a estos hechos probados, y teniendo en cuenta la aplicación práctica que las partes hicieron de la cláusula 16.a (art. 1622, inciso tercero, Código Civil), una reclamación de PLESCOM solo sería extemporánea cuando se presentara después de haberse suscrito el acta de conciliación correspondiente a las facturas conciliadas. Antes de la suscripción del acta de conciliación, la reclamación podía hacerse en cualquier momento, como de hecho se hizo, independiente al tiempo que hubiera transcurrido desde la expedición y el recibo de la factura.

Por otro lado, si bien en la parte final del inciso primero de la cláusula 16.a se dispuso que “*en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura*”, en la práctica, salvo por el pago de los anticipos mensuales pactados, que según el dictamen pericial fueron oportunamente cancelados (pág. 1-1 del dictamen pericial contable y financiero) y sobre los cuales nada reclamó COLTEL en este proceso, los demás pagos de PLESCOM se hicieron no dentro del término establecido en las facturas sino después de haberse suscrito la respectiva acta de conciliación. Así las cosas, el Tribunal deduce que las partes convinieron en que el pago del componente variable facturado quedaba sujeto a que se hiciera la respectiva conciliación.

Referente a las implicaciones de las demoras en la facturación y en las conciliaciones, frente a los montos a pagar por PLESCOM, esta, en sus alegatos de conclusión, manifiesta lo siguiente (pág. 70):

*“Las obligaciones de PLESCOM sobre exigibilidad de los pagos, dependían de que las sumas fueran, en primer lugar facturadas en documento escrito y medio magnético, en el mes siguiente al consumo, lo cual nunca lo hizo COLTEL. Y además, que fueran conciliadas en los 15 días siguientes, lo cual, por las mismas razones, tampoco se realizó.*

*- Sobre las consecuencias jurídicas surgidas a partir de la reclamación de PLESCOM por diferencias entre lo facturado y lo recaudado, el contrato guarda silencio sobre cuándo se entendería que dichas sumas podrían ser o no exigibles.*

**Debería entenderse que si Plescom sustentó (sic) sus reclamaciones en los registros OPMS, y además la conciliación no fue oportuna por culpa de COLTEL de COLTEL (sic), se pagará el valor reportado por el OPMS, según los textos contractuales a todos (sic)** (resalta y subraya el Tribunal).

Para el Tribunal, los argumentos de PLESCOM plasmados en los párrafos transcritos en precedencia no son de recibo, habida cuenta que, independientemente a las demoras de COLTEL en la expedición de las facturas, ella aceptó que se efectuaran las conciliaciones más allá del plazo contractual de 15 días, en las fechas en que, según las actas aportadas al proceso, se realizaron, como brota, p. ej., del acta N° 8 del Comité Coordinador, último párrafo del punto 3 (fl. 1073, C. Principal 2), donde consta que “*Se definió que las conciliaciones de larga distancia hasta el mes de julio de 2004, y la local hasta septiembre de 2004, se realizarán en la siguiente semana; continuarán las conciliaciones Ernesto Rodríguez y Adriana Soto*”; participó activamente en las mismas y por intermedio de sus representantes suscribió las actas respectivas, sin dejar salvedad relativa a que las demoras eran imputables a la culpa de COLTEL. En esas condiciones, en aplicación del principio integrador de la buena fe (art. 871, Código de Comercio), uno de cuyos desarrollos más importantes es el de la teoría de los actos propios, ampliamente acogida por la jurisprudencia y la doctrina, según la cual nadie puede desconocer su designio o

conducta anterior en perjuicio de otro (*venire contra factum proprium*), ha de entenderse que PLESCOM consintió tales conciliaciones.

Además, las diferencias no conciliadas, incluidas las que se presentaron después del plazo contractual de 15 días contado desde el recibo de la factura, recibieron el trato de *reclamación*, y de acuerdo con lo pactado el monto discutido fue descontado provisionalmente de los montos a pagar por PLESCOM, para su verificación y respuesta por parte de COLTEL, lo cual no fue objetado por la Convocada.

Si PLESCOM quería hacer valer la regla contractual del pago de lo marcado por el OPMS, debido a que la conciliación no se realizaba dentro del plazo establecido, por causas imputables a COLTEL (demora en la expedición de las facturas y/o en el trámite de la conciliación), debió haberlo expresado así antes de conciliar. Al no hacerlo, aceptó el procedimiento y los tiempos de conciliación, en cuyo marco existía la posibilidad de que, una vez hecha por COLTEL la correspondiente revisión, esta considerara que el reclamo no era procedente, evento en el cual PLESCOM podía optar entre pagar las sumas respectivas, o, si estimaba no satisfactoria la respuesta de COLTEL y persistía en considerar que el pago reclamado por ella no era procedente, acudir a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Cláusula 27 del Contrato, a los cuales podía también apelar COLTEL.

### **3.2.3. Tratamiento de las reclamaciones de la parte Convocada.**

#### **a. Soporte para el pago de sumas conciliadas por reclamaciones no procedentes.**

Como ya se mencionó, la conciliación de cuentas fue el mecanismo que las partes acordaron emplear para resolver las diferencias entre lo facturado por COLTEL y los registros del OPMS y/o lo recaudado por PLESCOM. De acuerdo con lo pactado por las partes y las actas de conciliación que reposan en el expediente, tales diferencias podían dar lugar a la realización de descuentos en los montos a pagar por PLESCOM, de modo tal que si había acuerdo el monto considerado se descontaba definitivamente del valor a pagar por PLESCOM (p. ej., las llamadas a los centros de gestión en Cúcuta y Bogotá), y si no había en principio acuerdo las diferencias se trataban como “*reclamaciones*”, cuyo monto se descontaba provisionalmente del valor a pagar por PLESCOM, para ser objeto de revisión por parte de COLTEL.

Este tratamiento es armónico con lo estipulado en el anexo financiero del Contrato, num. 8, que a la letra dice:

*“En caso de reclamaciones sobre la facturación, los valores de los reclamos serán descontados de la factura provisionalmente y se deberá cancelar el excedente que no es objeto de reclamación. Estos reclamos deberán ser presentados antes de la fecha límite de pago de la factura presente”.*

COLTEL, en sus alegatos de conclusión, resume el procedimiento de conciliación y descuento sujeto a revisión, así:

*“En este orden de ideas, las partes contemplaron en el contrato mismo no solo la posibilidad de que se presentaran diferencias entre los valores facturados y los recaudados, sino que, al mismo tiempo, acordaron la forma en que se resolverían las mismas”* (pág. 17).

(...)

*“Si se advertía que Plescom tenía derecho al descuento no habría lugar a pago de las sumas de ningún tipo, simplemente se mantenía la situación anticipada por la conciliación, pero si se determinaba que Plescom no tenía derecho al descuento, como era natural, Plescom debía proceder al pago de las sumas correspondientes”* (pág. 31).

PLESCOM, por su parte, en sus alegatos de conclusión manifestó lo siguiente en cuanto a la conciliación:

*“Es importante mencionar cómo en la costumbre comercial de las dos partes, para cumplir la finalidad del contrato, antes de la facturación utilizaron el procedimiento previo del envío de la información de tráfico y su detalle de COLTEL, mediante la entrega de un CD a PLESCOM, para que esta entidad comparara la información, con los registros del centro de gestión (OPMS), y depurada dicha información luego, se conciliaba, y*



*si no existían reclamaciones, se procedía a facturar, o por el contrario, se descontaban los valores inconsistentes o productos del fraude en la red de COLTEL” (pág. 24).*

Los montos objeto de las reclamaciones que originaban descuentos provisionales y eran remitidas a revisión, quedaban en suspenso mientras COLTEL hacía el análisis correspondiente y comunicaba su decisión. La respuesta de COLTEL podía dar lugar, en principio, a dos escenarios, a saber: si la reclamación era resuelta positivamente para PLESCOM, el descuento provisional se hacía definitivo, pero si la reclamación era resuelta como no procedente, el monto descontado se mantenía como monto cobrado por COLTEL, frente a lo cual PLESCOM debía a su vez decidir si lo pagaba o sostenía su reclamo.

Habida cuenta del tratamiento expuesto, el Tribunal considera que el soporte para exigir el pago de las sumas correspondientes a las reclamaciones resueltas como no procedentes y aceptadas por PLESCOM, era la factura y el acta de conciliación misma, por manera que una vez resuelta la reclamación como no procedente, si PLESCOM aceptaba la determinación de COLTEL, PLESCOM debía efectuar el pago del monto correspondiente.

Por lo expuesto, el Tribunal no acoge el argumento de PLESCOM presentado en sus alegatos de conclusión (fl. 1560, C. Principal 4), de que fuera necesaria la emisión de una nueva factura por parte de COLTEL para que esta pudiera exigir el pago de los montos considerados no procedentes y aceptados por PLESCOM, requisito que no aparece pactado en parte alguna.

#### **b. Las reclamaciones de PLESCOM y su manejo por parte de COLTEL.**

En punto del manejo de las reclamaciones de PLESCOM que se acordó remitir para la revisión y respuesta de COLTEL, se observa que las partes previeron la posibilidad de que se presentaran reclamaciones respecto de la facturación, pero no regularon los siguientes aspectos relevantes: (i) el plazo que tendría COLTEL para estudiar y resolver las reclamaciones, (ii) los elementos de juicio aplicables por parte de COLTEL para aceptar o rechazar una reclamación, y (iii) los requisitos de la respuesta de COLTEL, particularmente cuando considerara la reclamación como no procedente.

Dada esta ausencia de regulación contractual, lo atinente a dichos aspectos será evaluado por el Tribunal teniendo en cuenta los principios de buena fe y de diligencia del buen hombre de negocios, así como la aplicación práctica que las partes hicieron del Contrato, y los principios aplicables en materia de carga de la prueba en responsabilidad civil contractual. Este análisis se circunscribe al tema del manejo de las reclamaciones de PLESCOM por parte de COLTEL, y ha de entenderse sin perjuicio del análisis de otros temas que se hace en otros apartes de este laudo.

Al respecto, es sabido que los contratos deben ser cumplidos por las partes de manera leal, poniendo la buena voluntad necesaria para que se cumpla la finalidad perseguida mediante su celebración. El postulado de la buena fe complementa el de la normatividad de los actos jurídicos, disponiendo al efecto el art. 871 del Código de Comercio que el contrato obliga no solo a lo pactado expresamente sino a todo lo que corresponda a la naturaleza del mismo, según la ley, la costumbre o la equidad natural. Dentro de los desarrollos del principio de la buena fe, destaca el relativo al deber de colaboración, especialmente aplicable en los contratos de tracto sucesivo, como el que en este caso ocupa a Tribunal, en virtud del cual cada una de las partes debe brindar a la otra su cooperación en lo que razonablemente esté a su alcance a fin de asegurar el normal y fluido desarrollo de la relación contractual.

Así mismo, se tiene que COLTEL, como empresa de servicios públicos, organizada como sociedad por acciones, cuyo objeto consiste en la explotación organizada del negocio de la electrónica, comunicaciones, telecomunicaciones, informática y afines; la prestación de toda clase de servicios en los citados campos, y la administración y gestión de servicios de telecomunicaciones, regida por la normatividad especial contenida en la Ley 142 de 1994, y en lo no previsto en ella por la normatividad mercantil sobre sociedades anónimas, tiene la calidad de profesional en esas actividades empresariales, y sus administradores, en el desarrollo de los negocios, operaciones y contratos propios del objeto de la entidad, deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

En ese orden de ideas, el Tribunal entiende que frente las referidas reclamaciones de PLESCOM, que se presentaron a lo largo de la relación contractual e involucraban montos económicos importantes, la Convocante

debía proceder de buena fe, con la diligencia de un buen hombre de negocios del sector de las telecomunicaciones, de modo tal que tales reclamaciones fueran estudiadas con el rigor debido y respondidas en un tiempo razonable, de acuerdo con su contenido y complejidad.

Para esos efectos, COLTEL, como parte encargada de la facturación del valor de los servicios, que tenía a su cargo la obligación de supervisar que el desarrollo del Contrato se ajustara a lo pactado (cláusula 7.4), debía tener en cuenta, entre otros factores, conocidos o previsibles, que, según el Contrato (cláusulas 2.a, 5.3 y 8.1, y anexo financiero), lo que PLESCOM debía pagar y COLTEL tenía derecho a recibir, era el valor del cargo fijo pactado y el valor de los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por ella, valores estos que debían verse reflejados en las facturas expedidas por COLTEL con base en la información fidedigna obrante en sus registros; que las partes manejaban sistemas de tarificación distintos, para local y para larga distancia, por lo cual era probable que se presentaran diferencias entre lo facturado por COLTEL y lo recaudado por PLESCOM y/o los registros del OPMS (*Open payphone management system*)(9); que la red de COLTEL era vulnerable a fraude en las líneas, y que en cas de presentarse reclamos por diferencias se debía proceder a realizar la correspondiente conciliación de cuentas. Habida cuenta de lo cual, le correspondía también a COLTEL, como parte que pretendía el pago de los valores que fueron reclamados por PLESCOM, la carga de demostrar, en forma diligente y hasta donde fuera razonablemente posible, que los mismos correspondían a lo pactado en el Contrato, y no a fraudes o inconsistencias en la facturación que pudieran dar lugar a un cobro de lo no debido.

Amén de lo anterior, desde el punto de vista procesal, COLTEL debía probar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones de pagar sumas de dinero que en su demanda de responsabilidad civil contractual afirma fueron incumplidas por PLESCOM, de conformidad con los principios generales de la carga de la prueba, consagrados en el art. 1757 del Código Civil, según el cual: “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*”, y en el art. 177 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Sobre la carga de la prueba del contrato y de las obligaciones que de él derivan, enseña el tratadista JORGE SUESCÚN MELO(10):

*“Como quiera que la base de la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de una obligación preestablecida, vale decir, pactada entre el acreedor demandante y el deudor demandado, es imprescindible que aquel pruebe la existencia de dicha obligación, para lo cual deberá acreditar que un contrato fue celebrado entre las partes mencionadas y que en él se dispuso el nacimiento de la prestación o de la abstención cuya inobservancia se alega.*

(...)

*De ahí que se diga ‘uno de los presupuestos de esta responsabilidad es la existencia precedente de un contrato o de una obligación surgida entre las partes’.*

*Por tanto, el demandante que se dice acreedor debe probar de dónde proviene el derecho que dice violado y cuál es su contenido y alcance. Por ello la doctrina señala que ‘el acreedor siempre ha de señalar los hechos fundamentales de su título, el negocio celebrado, la sentencia ejecutoriada, las circunstancias legales, en fin, la fuente de su derecho’”.*

Por las razones expresadas en precedencia, el Tribunal no acoge los planteamientos hechos por COLTEL en su alegato de conclusión, a propósito de las reclamaciones cuyo valor fue descontado provisionalmente de las actas de conciliación N° 6, 7, 8 y 10, con los cuales busca sostener que le correspondía a PLESCOM desvirtuar la validez de las facturas expedidas por COLTEL, en los siguientes términos:

*“El perito no encontró prueba que acreditara la validez del descuento hecho (y debe tenerse en cuenta que el perito estaba autorizado para revisar toda la documentación que considerara pertinente, entre ellas las reclamaciones presentadas por Plescom).*

*Siendo ello así ¿cómo debe resolverse el punto? El tema es de alguna manera elemental. Colombia Telecomunicaciones tiene su facturación y de acuerdo con ella, los valores que había que cobrar eran esos*

valores que se descontaron temporalmente, mientras que Plescom no cuenta con ningún elemento que permita controvertir el sistema de facturación de Colombia Telecomunicaciones.

**Así, la única prueba del valor a pagar son las facturas de Colombia Telecomunicaciones. A Plescom le correspondía desvirtuar la validez de ellas, y la única forma de hacerlo era mediante dictamen pericial fundado en los registros de aquella.**

*No puede pensarse que la prueba de la diferencia, y del monto específico, es el hecho de que el sistema de facturación de Colombia de Telecomunicaciones haya presentado ciertas inconsistencias y que el OPMS haya sido un sistema confiable, asuntos sobre los que se pronunció el Ingeniero Sergio Sotomayor. Ello no prueba que realmente haya habido diferencias adicionales a las reconocidas a favor de Plescom, que era lo que tenía que probar Plescom para oponerse positivamente a la reclamación de Colombia Telecomunicaciones” (pág. 60, alegato de conclusión; resalta y subraya el Tribunal).*

Al punto se agrega que las facturas de COLTEL son documentos expedidos por ella, en los cuales se consignaron los valores que esta entidad consideraba le debía PLESCOM, como contraprestación económica por los servicios objeto del Contrato, pero en la medida en que se presentaron reclamaciones de PLESCOM sobre lo facturado, y se acreditaron deficiencias en el sistema de facturación de COLTEL, las facturas discutidas no pueden tenerse como prueba de obligaciones cuya existencia, contenido y alcance eran materia de esa discusión, salvo en cuanto PLESCOM las hubiera aceptado.

Sin perjuicio de lo anotado, se observa en este punto una variación en la postura argumental de COLTEL, entre su demanda reformada y sus alegatos, pues una cosa es sostener que PLESCOM incumplió el Contrato y debe pagar unas sumas de dinero debidas, porque los descuentos provisionales fueron encontrados no procedentes, que es lo sostenido en la demanda reformada (pretensión segunda), y otra cosa es decir que PLESCOM debe pagar esas sumas de dinero porque durante la relación contractual no probó que esos valores no debían ser pagados, que es lo que se sostiene en el alegato.

### **b.1. Las posibles fuentes y las denominaciones de las reclamaciones.**

La controversia a resolver versa, por un lado, sobre los montos referenciados en las actas de conciliación, que fueron inicialmente descontados de manera provisional y que a la postre fueron calificados por COLTEL como no procedentes, sin que PLESCOM aceptara tal calificación, y, por el otro lado, sobre los montos reclamados por PLESCOM que no fueron tratados en las actas de conciliación, pero que fueron descontados por esta del valor a su cargo establecido en el acta de conciliación N° 5 (reclamaciones del 13 de septiembre de 2004, 9 de febrero de 2005 y 22 de febrero de 2005); frente a estos últimos, COLTEL sostiene que hubo un descuento unilateral no autorizado por parte de PLESCOM, y que por ello deben ser pagados, al paso que PLESCOM afirma que hizo los descuentos porque sus reclamaciones no le fueron resueltas y porque el Comité Coordinador le facultó tales descuentos.

En las actas de conciliación arrimadas al plenario consta que a los montos objeto de reclamación se les dieron diversas denominaciones, a saber, aquellos que no presentaban recaudo ni registros en el OPMS fueron denominados como “posible fraude” (actas de conciliación N° 2, 3, 5, 7 y 8), y los que si tenían registros en el OPMS pero presentaban diferencias mayores a \$ 10.000 entre la facturación de COLTEL y los registros el OPMS, fueron denominados como “diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000” (actas de conciliación N° 6, 7 y 8).

Las actas de conciliación revelan que durante la vigencia de la relación contractual ambas partes entendieron —o actuaron como si entendieran— que las diferencias reclamadas podían corresponder a posibles fraudes. En efecto, desde la reclamación por tráfico celular del acta N° 2, del 22 de diciembre de 2004 (fls. 75 a 77 C. Pruebas 1), hasta la reclamación por posibles fraudes en los teléfonos “PP 3031” y “Zafiros”, y las diferencias de lo facturado mayores a \$ 10.000, que fueron materia de descuento, según el acta N° 8, del 22 de julio de 2005 (fls. 93 a 95, C. Pruebas 1), las reclamaciones elevadas por PLESCOM siempre fueron enviadas al área antifraude de COLTEL.

Solo hasta el acta N° 10, del 11 de noviembre de 2005 (fls. 99 a 101 C. Pruebas 1), ya terminado el Contrato, para el caso de los teléfonos “Zafiros” sin registro OPMS y sin recaudo se dice allí: “Corresponden a las líneas que son

de PLESCOM y no presentan tráfico en el OPMS ni recaudo, aunque se realizará el descuento estas se verificarán y si existen diferencias, se ajustarán en la liquidación”.

El Tribunal entiende que este cambio obedeció a que COLTEL, desde el mes de junio de 2005, pasó a sostener que las diferencias que daban origen a las reclamaciones de PLESCOM no se originaban en fraudes, sino que obedecían a diferencias en el funcionamiento de los sistemas de tarificación de ambas partes, para las llamadas de larga distancia.

Al respecto, se encontró que en la reunión del 15 de marzo de 2005, del Comité Coordinador, acta N° 10 (fls. 1077 a 1079, C. Principal 2), PLESCOM solicitó la aplicación del valor reclamado por concepto de fraude, en los siguientes términos (punto 5 del acta):

**“ 5. SOLICITUD APLICACIÓN VALOR RECLAMADO HASTA LA FECHA POR CONCEPTO DE FRAUDE.**

**Plescom solicita que se apliquen los descuentos que no se han hecho efectivos en las conciliaciones y que corresponden a las reclamaciones que han presentado y que se han remitido al área de antifraude.**

**Ellos no se encuentran satisfechos con las respuestas de esta área y que corresponde a la primera reclamación, por lo tanto en el saldo a favor de Colombia telecomunicaciones de la conciliación pendiente por pago, Plescom realizará estos descuentos y pagará el saldo hasta tanto se revisen las reclamaciones.**

**Colombia telecomunicaciones verificará con antifraude y tomará las medidas necesarias para que se de pronta respuesta a las reclamaciones presentadas por Plescom”** (resalta y subraya el Tribunal).

Posteriormente, mediante comunicación de correo electrónico de fecha 21 de junio de 2005 (fl. 1079, C. Pruebas 3), Adriana Soto, funcionaria de COLTEL, le manifestó a Ernesto Rodríguez Oliveros, de PLESCOM:

**“Desde la primera reunión de conciliación se recibieron sin concurso de nadie, (solo en cumplimiento del contrato) las reclamaciones de Plescom para ser analizadas por la gerencia antifraude. En ningún momento se determinó que se les daría TRATAMIENTO DE POSIBLE FRAUDE, lo que se ha expuesto en todas las conciliaciones es que las reclamaciones de acuerdo al contrato se envían a antifraude para determinar si estas reclamaciones corresponden o no a un fraude, a lo cual se concluyó en este caso que no es un fraude si no (sic) una diferencia en la forma de tasar.**

**Lo que supere 1.9 minutos pasa al siguiente minuto. Significa que Telecom cobra por encima del primer minuto cada 18 segundos hasta 54 segundos.**

**Debe entonces entenderse que la forma como cobra el teléfono al usuario no tiene ninguna relación con lo que reporta el OPMS para las conciliaciones. Significa también lo anterior que Telecom está en capacidad de facturar por fracción de minuto”** (resalta y subraya el Tribunal).

En el mismo sentido apunta el proyecto del acta N° 11 del Comité Coordinador, correspondiente a la reunión del 3 de junio de 2005, punto 5, que, si bien no fue suscrito por los representantes de las partes, no fue tachado ni desvirtuado y resulta armónico con la comunicación de COLTEL antes mencionada; en dicho proyecto de acta se lee (fls. 378 a 381, C. Pruebas 1):

**“5. ESTADO DE LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR PLESCOM A ANTIFRAUDE”**

**“Se informa al Comité sobre las acciones que se han tomado para determinar si las reclamaciones obedecen o no a fraudes y si aplican o no, por intermedio de la gerencia el área de antifraude ha hecho solicitud de manuales, revisiones en facturación, revisión del contrato etc. (...).**

**Igualmente se le comunica nuevamente a Plescom que las reclamaciones presentadas como diferencias mayores de \$ 10.000 en PP3031 y Zafiro, no corresponden a fraude, estas obedecen a la diferencia en la forma de tarificar de Plescom con relación a la de Colombia telecomunicaciones.**

*Plescom, cobra el primer minuto completo y en adelante cada 15 segundos, y Colombia telecomunicaciones cobra el primer minuto completo, a partir del segundo (61 segundos) se tarifica en tres grupos de 3/10 de minuto y una décima, la primera fracción de 3/10 se cuenta entre 1 y 18 segundos, la segunda fracción entre 19 y 36 segundos, la tercera entre 37 y 54 segundos, y la última entre 55 y 60 segundos, existiendo de todas formas diferencia.*

***Plescom dice que cuando recibió la primera factura asumió que Colombia telecomunicaciones le cobraría por fracción y que esto se planteo (sic) desde la primera conciliación.***

***A lo cual Colombia telecomunicaciones informa que no conocía la forma de tarificar de Plescom y que en ningún contrato las decisiones deben ser asumidas, adicionalmente que en ninguna conciliación anterior a esto se trato (sic) este tema, simplemente se recibieron las reclamaciones y se enviaron a antifraude.***

*Plescom informa que no cobran minuto completo con el fin de evitar más la caída del negocio.*

***Se decide en el comité que se debe realizar una reunión específica para tratar el tema máximo en dos semanas, cuando las partes se hayan documentado mejor*** (resalta y subraya el Tribunal).

Así, entonces, COLTEL, después de convenir en que las reclamaciones se remitieran a su área de antifraudes para revisión, pasó a clasificarlas como “diferencias en la forma de tarificar”, y PLESCOM, aunque mantuvo sus reclamos por posible fraude, reconoció que podían existir diferencias derivadas de los sistemas de tarificación.

A este respecto, PLESCOM hizo referencia a las diferencias de tasación, en su comunicación C-457/05, del 19 de octubre de 2005, donde se lee (fls. 200 a 201, C. Pruebas 1):

***“Debe aquí relacionarse lo que hemos explicado en más de una oportunidad, en el sentido de que una buena parte de estas inconsistencias obedece al hecho comprobado de que en el sistema de facturación de Telecom, los intentos de llamadas con duración de décimas de minuto, son aproximadas a 1 minuto, mientras que nuestros registros establecen solamente las llamadas exitosas y no los intentos, prueba de ello son nuestras comunicaciones C-356/05 del 22 de agosto y C-361/05 del 5 de septiembre, en las que enviábamos en medio magnético, toda la información que nos permite afianzarnos en nuestras reclamaciones anotando adicionalmente que al comparar llamada a llamada, las diferencias se incrementan en contra de Telecom por la aproximación a 1 minuto de todos los intentos de llamadas”.***

En el mismo sentido se tiene el proyecto de acta del Comité Coordinador N° 13, del 22 de septiembre de 2005, punto 5, que, si bien no fue suscrito por los representantes de las partes, no fue tachado ni desvirtuado y resulta armónico con la comunicación de PLESCOM antes mencionada; en dicho proyecto de acta se lee (fls 363 a 366, C. Pruebas 1):

#### **“5. DEFINICIÓN RECLAMACIONES POR SUPUESTO FRAUDE**

*Plescom insiste en el planteamiento según el cual las diferencias mayores a \$ 10.000.00 entre la facturación de Telecom y los registros del OPMS obedecen al tráfico supuestamente fraudulento o a inconsistencias entre los registros de la central y los de operatividad del OPMS, tal como fue reiterado (...) en la última reunión celebrada el miércoles 17 de agosto de 2005 (...)*

*En dicha reunión, Plescom reiteró las siguientes precisiones:*

(...)

*“b. Plescom informó que al comparar llamada a llamada el tráfico de cada línea, se pudo establecer que el sistema de facturación aproxima al minuto intentos de llamada con duración inferior a un minuto y nuestro sistema de gestión OPMS registra la hora de iniciación y de terminación de cada llamada exitosa y no registra los intentos de llamada o los usos fraudulentos de la línea”.*

Y mediante comunicación del 15 de julio de 2005 (fl. 367 a 371, C. Pruebas 1), COLTEL se refirió a las reclamaciones por “diferencias mayores a \$ 10.000”, indicando: “Internamente hemos establecido que no existe fraude con respecto a los valores en reclamo. Lo que produjo la diferencia entre los valores facturados y lo que

*Plescom Ltda. reconoce, es una diferencia entre la forma de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP frente al sistema que utiliza Plescom Ltda. (...)*”.

## **b.2. La conducta de COLTEL en el manejo de las reclamaciones de PLESCOM.**

Según lo expuesto en el acápite precedente, las diferencias entre lo facturado por COLTEL y lo recaudado por PLESCOM y/o los registros del OPMS, que fueron objeto de reclamación por la Convocada, podían tener como posibles causas, no excluyentes entre sí: fraudes, diferencias entre los sistemas de tarificación de COLTEL y de PLESCOM, o ambos. Tales diferencias reclamadas por PLESCOM debían ser tramitadas y respondidas por COLTEL, y, en lo posible, conciliadas por las partes, conforme al Contrato.

A continuación se examinan las reclamaciones de PLESCOM y la conducta de COLTEL frente a las mismas, de acuerdo con lo probado en el proceso.

### **1) En cuanto a los posibles fraudes.**

Mediante comunicación C-0374, del 13 de septiembre de 2004 (fls. 211 a 212, C. Pruebas 1), PLESCOM le presentó a COLTEL una reclamación por fraude en líneas de teléfonos públicos del Contrato, en los siguientes términos:

*“Adjunto enviamos en medio magnético, información referente a las líneas telefónicas conectadas a los teléfonos públicos del contrato de la referencia, con claras evidencias de fraudes, para que después de su análisis se descuenten los valores facturados a Plescom por este motivo.*

*El principal fraude consiste en colocar líneas en paralelo a la línea telefónica, las cuales son registradas por el sistema de facturación de Telecom mas no por nuestro sistema de gestión.*

*Este tipo de fraude se pudiera evitar, si todas las centrales telefónicas permitieran la detección de un sistema antifraude que poseen de norma los teléfonos públicos, consistente en enviar un código DTMF ara que sean detectados por la central como teléfonos públicos y permitirles el acceso o no a las llamadas.*

*Telecom debe entregar la línea telefónica en punta y Plescom debe velar por la integridad del aparato. Aun cuando no es responsabilidad de Plescom, velamos porque las acometidas de las líneas hacia los teléfonos se encuentren debidamente protegidas. La vigilancia de la línea en todo el tramo de conexión corresponde a Telecom. En puntos intermedios es donde hemos detectado que abren la línea telefónica.*

*La información que enviamos para su verificación y aprobación de los saldos a favor de Plescom, resulta de comparar la facturación de Telecom contra la información recibida por los teléfonos bajo sospecha, en el centro de gestión OPMS”.*

Esta reclamación refería a la facturación de larga distancia, pues hasta esa fecha (13 de septiembre de 2004) no se había expedido aún facturación de local por parte de COLTEL.

Así mismo, PLESCOM, en comunicación C-509/04, del 24 de noviembre de 2004 (fl. 308, C. Principal 1), se dirigió a COLTEL reportando, entre otras cosas:

- *“La tarificación supera en más del 60% al recaudo y a los registros del OPMS.*
- *Existen teléfonos con facturación superior a \$ 1 millón de pesos en llamadas locales.*
- *Existen líneas con facturación superior al recaudo total de los teléfonos.*
- *Existen llamadas registradas a Colombia Móvil, lo cual no es posible que existan ya que los teléfonos no aceptan estos indicativos. Esto evidencia un fraude en la línea y una mala programación en la central.*
- *La tan alta tarificación y diferencia con los recaudos y registros indicaría un fraude en la línea. Sin embargo, esto no se ajusta a los patrones de fraude(sic), lo cual se presente en Larga Distancia.*

*Estas grandes diferencias se podrían explicar seguramente por la manera como la central local realiza la medición o por la duración que se le asigna al impulso.*

*Antes de consolidar esta información y reportar estas diferencias como fraude, le solicito el favor de convocar una reunión de carácter urgente, entre las partes que manejan la información de medición de los impulsos, para determinar de manera exacta el porque (sic) de esas diferencias”.*

Las actas de conciliación dan cuenta de otras reclamaciones de PLESCOM por posibles fraudes, así:

- Acta de conciliación N° 2, del 22 de diciembre de 2004: reclamación por el valor del tráfico a celulares Bellsouth y Comcel, por valor de \$ 372.153.788.
- Acta de conciliación N° 3, del 23 de diciembre de 2004: reclamación por registros facturados que pertenecen a PLESCOM pero que no presentan ni tráfico ni recaudo, por valor de \$ 6.984.471.
- Acta de conciliación N° 6, del 24 de mayo de 2005: reclamaciones por el valor de líneas sin número PLESCOM, registro OPMS ni recaudo, por valor de \$ 5.763.708; por posible fraude en teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS, por valor de \$ 2.270.313, y por diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000, por valor de \$ 49.008.627.
- Acta de conciliación N° 7, del 24 de mayo de 2005: reclamaciones por posible fraude en teléfonos PP30310 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS, por valor de \$ 1.332.258, y por diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000, por valor de \$ 33.949.235.
- Acta de conciliación N° 8, del 22 de julio de 2005: reclamaciones por posible fraude en teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS, por valor de \$ 2.473.533, y por diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000, por valor de \$ 57.810.213.
- Acta de conciliación N° 10, del 11 de noviembre de 2005: reclamaciones por teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS, por valor de \$ 8.977.370.

Mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2004, distinguida con el N° 020500-001468 (fl. 505, C. Pruebas 2), COLTEL le remitió a PLESCOM *“respuesta emitida por la Gerencia Antifraude de la compañía, con relación a la reclamación presentada de las diferencias de tráfico en la facturación de Larga Distancia en los meses de Agosto a Abril de 2004”*. Como anexos de esta comunicación aparecen el memorando de 3 de noviembre de 2004, del Gerente Control Fraude al Jefe Teléfonos Públicos, en el cual se anuncia *“el análisis realizado por esta Gerencia sobre el caso de presunto fraude sobre líneas de teléfonos públicos de Plescom”*, y un documento fechado el 16 de septiembre de 2004, relativo a la *“Reclamación presentada por Plescom por posible fraude en sus teléfonos públicos”*, con referencia a *“la diferencia entre lo facturado por Colombia Telecomunicaciones y lo emitido por su sistema de gestión en el período de agosto de 2003 a abril de 2004”*. En el acápite de *“ANÁLISIS”* del documento últimamente citado, se indica, entre otras cosas: *“El contrato en la cláusula 9 ‘CONTROL DE FRAUDE’, indica ‘En el evento que PLESCOM no comunique oportunamente en fraude, de acuerdo con el procedimiento y condiciones establecidas, este asumirá los costos que el mismo represente’. Las comunicaciones sobre casos de fraude enviadas por Plescom durante el período reclamado, no relacionan ninguna de las líneas reclamadas”. Y en el acápite de “CONCLUSIONES”, del mismo documento, se dice: “El contrato es claro que los casos de fraude deben ser reportados a Colombia Telecomunicaciones, y en el caso de las líneas con consumos reclamados durante el período no hay ninguna”*.

A lo anterior respondió PLESCOM con carta del 30 de diciembre de 2004 (fls. 503 a 504. C. Pruebas 2), poniendo de presente la extemporaneidad en la facturación de COLTEL, que *“la seguridad de la línea corresponde en su totalidad a Telecom”*, y que *“Nuestra responsabilidad se refiere al ‘software’ antifraude instalado en todos los teléfonos y al mantenimiento del aparato telefónico. Sin embargo esa programación antifraude no ha podido ser utilizada en su totalidad debido a que existen centrales que no la aceptan (...). **Por lo anterior insistimos en nuestra reclamación,** la cual debe mirarse a la luz de estas acotaciones”* (resalta y subraya el Tribunal).

El Tribunal estima que la respuesta dada por COLTEL el 27 de diciembre de 2004, arriba mencionada, no estuvo

acorde con los principios de buena fe y diligencia del buen hombre de negocios, en este punto concreto, por cuanto:

- La primera respuesta de la Gerencia Antifraude de COLTEL aparece fechada el 3 de noviembre de 2004, esto es, más de un mes después de la fecha en que PLESCOM presentó su reclamación, que fue el 13 de septiembre de 2004, y según el memorando remitido atrás mencionado fue remitida al Jefe de Teléfonos Públicos de COLTEL en esa misma fecha (3 de noviembre de 2004), pero, conforme a los otros documentos reseñados, solo le fue entregada a PLESCOM el 27 de diciembre de 2004, lo cual evidencia una demora no razonable ni justificada en el trámite de estudio y decisión formal de la referida reclamación.
- El análisis de la Gerencia Antifraude de COLTEL no abordó el fondo de la reclamación de PLESCOM, sino que se limitó a argumentar una supuesta extemporaneidad de la reclamación, que no se configuró, por cuanto, como ya se explicó a espacio en otro acápite de este laudo, la conciliación de cuentas solo podía darse luego de que PLESCOM recibiera la factura, y, por lo tanto, sin importar el retraso de COLTEL en la expedición y entrega de las facturas, cuando se presentara la diferencia entre el monto facturado y los registros del OPMS y/o recaudos, había posibilidad de tal conciliación, dado lo cual y teniendo en cuenta la aplicación práctica que las partes hicieron de la cláusula 16.a (art. 1622, inciso tercero, Código Civil), en concordancia con la cláusula 9.a, una reclamación de PLESCOM solo sería extemporánea cuando se presentara después de haberse suscrito el acta de conciliación correspondiente a las facturas conciliadas, lo cual no sucedió en el caso de las reclamaciones que nos ocupan. Siendo ello así, la primera respuesta de COLTEL no desvirtuó la reclamación de PLESCOM.

Ante la insistencia de PLESCOM en su reclamación por posibles fraudes, expresada en la precitada carta del 30 de diciembre de 2004, COLTEL debía estudiarla nuevamente y responderla de fondo, en un tiempo razonable.

Así mismo, COLTEL debía estudiar y responder las otras reclamaciones por posible fraude registradas en las actas de conciliación 3, 6, 7, 8 y 10, teniendo en cuenta la información adicional aportada por PLESCOM en sustento de tales reclamaciones. Al respecto, el Tribunal encuentra relevantes las siguientes pruebas documentales, que evidencian como PLESCOM desplegó una conducta proactiva y diligente, en tanto no se limitó a formular las reclamaciones por posibles fraudes sino que además realizó el seguimiento de las mismas y entregó a COLTEL información complementaria para soportar esas reclamaciones:

- Al final del acta de conciliación N° 6, punto 6 (fls. 87 a 88, C. Pruebas 1), se lee:

*“Todos los anteriores descuentos se encuentran soportados en archivo magnético, del cual tienen una copia las partes”.*

Lo mismo se indica en la parte final de las actas de conciliación N° 7, 8 y 10.

- Cartas C-222/05 y C-117/05, de fecha 17 de marzo de 2005, en las cuales PLESCOM confirmó los valores en reclamación (fl. 309, C. Principal 1).
- Carta C-126/05, del 4 de abril de 2005 (fl. 357, C. Pruebas 1), en la cual PLESCOM anuncia el envío de “*un CD en el que se han recopilado los valores reclamados por fraude en los diferentes períodos conciliados*”, haciendo referencia a las reclamaciones del 13 de septiembre de 2004 (\$ 684.868.635), 9 y 22 de febrero de 2005 (\$ 6.984.471 y \$ 120.155.226, respectivamente).
- Carta C-317/05, de fecha 21 de julio de 2005 (fl. 354, C. Pruebas 1), en la que PLESCOM anuncia el envío de CD con los archivos que contienen de diciembre 04 a marzo 05 los posibles fraudes relativos a los teléfonos PP3031 y “Zafiros”, líneas sin número PLESCOM y sin recaudo, y diferencias mayores a \$ 10.000 entre facturación, registro y recaudo.
- Carta C-356/05, de fecha 22 de agosto de 2005 (fl. 318, C. Principal 1), en la que PLESCOM manifiesta atender petición de COLTEL hecha en reunión del 17 de agosto, y anuncia el envío de CD con las reclamaciones establecidas a nivel de registro (llamada a llamada) para las líneas que presentaron diferencias mayores a \$ 10.000 entre lo facturado y la verificación del OPMS.



- Carta C-361/05, de fecha 5 de septiembre de 2005 (fl. 1044, C. Pruebas 3), en la que PLESCOM anuncia el envío de CD con las reclamaciones de enero a junio de 2005, eliminando los registros coincidentes.

- Carta C-381/05, de fecha 19 de septiembre 2005 (fl. 393, C. Principal 1), en la que PLESCOM anuncia el envío de CD con archivos de reclamaciones, atendiendo solicitud de COLTEL.

Frente a lo anterior, COLTEL, con carta distinguida con el N° 030200-00419, del 27 de septiembre de 2005 (fl. 1040, C. Pruebas 3), le comunicó a PLESCOM su decisión sobre las reclamaciones por posible fraude, manifestando, en síntesis:

- En cuanto a la reclamación por tráfico celular (acta de conciliación N° 2): *“(...) teniendo en cuenta que las reclamaciones mencionadas no se ajustan a los patrones de fraude; entendiéndose por fraude las llamadas no realizadas, aquel que se presenta en determinadas líneas ubicadas en puntos susceptibles, que ocasionan facturaciones excesivamente altas y tráficos fuera del promedio normal de la respectiva línea objeto del fraude. Esta reclamación no resulta procedente”;*

- En cuanto a los teléfonos PP3031 y “Zafiro” sin recaudo: *“Esta reclamación no resulta procedente, ya que las líneas pertenecen a teléfonos administrados por Plescom Ltda., que se encontraban en las maestras de Plescom y en funcionamiento en los períodos reclamados; adicionalmente los valores que Plescom recauda no son objeto de conciliación alguna, puesto que el riesgo del recaudo compete solamente a dicha compañía. Ahora bien, las diferencias que son objeto de discusión entre las partes son las que versan sobre la facturación, como lo señala la cláusula cuarta del Contrato Modificatorio N° 3”, y*

- En cuanto a las diferencias mayores a \$ 10.000: *“Respecto a (...) los teléfonos PP3031 (...) la reclamación en mención no resulta procedente, teniendo en cuenta que los valores que Plescom recauda no son objeto de conciliación alguna, y que el riesgo de recaudo compete solamente a dicha compañía y las únicas diferencias que son objeto de discusión éntrelas(sic) partes son las que versan sobre la facturación, como lo señala la cláusula cuarta del Contrato Modificatorio N° 3”, y “En relación con (...) los teléfonos zafiros, y luego de efectuar los análisis por parte del área de antifraude con la información enviada por Plescom y de realizar reuniones con el área técnica de Plescom (...) se estableció por las partes que estas diferencias no obedecen a fraudes sobre las líneas, si no (sic) a diferencias en la forma de tarifificar e inconsistencias en la facturación.*

*Para la revisión y respuesta definitiva de estas supuestas inconsistencias se solicitó a Plescom el detalle de cada una de las reclamaciones definiendo a que obedece (...) para ser tramitado y contestado por el área de PQR. Teniendo en cuenta que esta información no se ha hecho llegar a la gerencia ni al área de PQR, y que este tipo de reclamación solo se puede revisar y validar con el detalle de la información, Colombia Telecomunicaciones considera que la reclamación no es consistente por deficiencias en la información y declara no procedente esta reclamación de las diferencias mayores a \$ 10.000,00 comprendidas entre agosto de 2003 y diciembre de 2004.*

*Las reclamaciones de los períodos comprendidos entre enero y mayo de 2005 de las cuales se envió el detalle, se encuentran en revisión por parte de PQR”.*

A juicio del Tribunal, esta segunda respuesta de COLTEL tampoco fue oportuna o adecuada, por cuanto:

- **Primero:** Dicha respuesta se produjo el 27 de septiembre de 2005, esto es, más de un año después de que PLESCOM formuló la primera reclamación por fraude (13 de septiembre de 2004), casi 9 meses después de que PLESCOM insistió en su reclamación (30 de diciembre de 2004), y 4 días antes de terminar el Contrato, cuyo término de vigencia expiró el 30 de septiembre de 2005, tiempo que el Tribunal considera excesivo tratándose de un profesional como COLTEL, aun teniendo en cuenta las dificultades operativas que esta enfrentó desde su creación y con ocasión de asumir los negocios, operaciones y activos de la antigua TELECOM, EN LIQUIDACIÓN y las TELEASOCIADAS, EN LIQUIDACIÓN, a las que se hace referencia en el dictamen técnico (págs. 37 y ss., del dictamen pericial técnico).

- **Segundo:** Referente a la consideración según la cual las reclamaciones relativas a tráfico celular no se ajustan a los patrones de fraude, se trata de una manifestación que no aparece respaldada por pruebas técnicas que la sustenten, pruebas que COLTEL debía realizar para poder concluir que no se produjeron los fraudes a los que

alude la reclamación de que da cuenta el acta de conciliación N° 2, y que PLESCOM tenía derecho a conocer puesto que debía asumir las consecuencias patrimoniales del rechazo de sus reclamaciones.

• **Tercero:** En cuanto a la consideración según la cual los teléfonos PP3031 y “Zafiro” sin recaudo eran administrados por PLESCOM, se encontraban en las maestras de esta y en funcionamiento en los períodos reclamados, tampoco es suficiente para afirmar que no existieron los posibles fraudes reclamados por PLESCOM, que bien podían darse en líneas asignadas a los teléfonos públicos objeto del Contrato, en particular las vinculadas a las centrales Alcatel y Siemens operadas por COLTEL, que, como lo evidenció el dictamen pericial (págs. 89 y 90), durante la vigencia del Contrato carecieron de los desarrollos necesarios para hacer uso del código antifraude, que eran responsabilidad de COLTEL.

• **Cuarto:** Respecto del argumento según el cual los valores que PLESCOM recaudaba no eran objeto de conciliación alguna, puesto que el riesgo del recaudo compete solamente a dicha compañía, el Tribunal no lo encuentra válido para rechazar las reclamaciones de la Convocada, que versaban sobre posibles fraudes en las líneas, no en los teléfonos, pues el riesgo de fraude en las líneas es distinto del riesgo de recaudo, y, con independencia de los recaudos hechos por PLESCOM, era COLTEL quien operaba las líneas asignadas a los teléfonos públicos objeto del Contrato y, por ende, quien corría con el riesgo de fraude en esas líneas.

• **Quinto:** Como se vio atrás, PLESCOM presentó, sustentó y reiteró sus reclamaciones por posibles fraudes, pero la respuesta de COLTEL no da cuenta de que esta hubiera analizado la información que PLESCOM entregó como soporte de sus reclamaciones, menos aún desvirtúa dicha información.

• **Sexto:** No existe evidencia de que entre el 13 de septiembre de 2004 y el 27 de septiembre de 2005, COLTEL hubiera intentado alguna aproximación a PLESCOM para procurar la verificación de las sumas correspondientes a fraude y la conciliación de cuentas, tomando como base para ello los registros del OPMS (Centros de Gestión), el valor histórico de recaudo, los valores recaudados efectivamente por PLESCOM y la facturación realizada por COLTEL, en cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula 9.a del Contrato.

• **Séptimo:** La segunda respuesta de COLTEL en comentario no es consistente con lo demostrado en este proceso mediante el dictamen técnico, en el cual señaló el perito (págs. 89 y 90 del dictamen inicial):

*“De la información revisada puedo concluir que durante la ejecución del contrato VL-001-2003, principalmente existieron dos tipos de fraude, en algunos casos con evidencias concretas y en otros se presumía su ocurrencia.*

• *Fraude con tarjetas prepago*

• *Fraude por derivación de la línea y conexión de otro teléfono en paralelo.*

*Con respecto a la solución del fraude con tarjetas prepago, dice el acta N° 5 del Comité Coordinador, suscrita el 23 de abril de 2004, que se efectuaron pruebas de software con resultados exitosos. En la documentación revisada no hay mayor detalle sobre este tipo de fraude y las personas con quienes tuvo contacto de Colombia Telecomunicaciones y de Plescom, no conocían el caso.*

*Para prevenir el fraude por derivación de la línea telefónica, además de las medidas relacionadas con la instalación de la red para hacerla menos vulnerable, los aparatos telefónicos contaban con un código (código antifraude) que podía ser enviado a la central telefónica para que esta identificara la procedencia de la llamada y la habilitara. Para que esta funcionalidad se pudiera aprovechar, las centrales telefónicas debían ser capaces de reconocer el código generado por los teléfonos.*

*De acuerdo con el contenido de las actas del Comité Coordinador, para el 23 de septiembre de 2003 (Acta N° 1), Colombia Telecomunicaciones contaba con el desarrollo necesario para reconocer el código antifraude en las centrales NEAX 61 E, DMS, AXE y PLESSEY. En esa fecha no se tenía el desarrollo para las centrales Alcatel y Siemens.*

*En el acta del 5 de diciembre de 2003 (Acta N° 5) dice que para esa fecha a la gran mayoría de líneas donde operan los TPS, cuya central tiene la tecnología requerida, se le había habilitado el código antifraude, faltando*

83 TPS de Villavicencio. De acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior, cuando en el acta N° 5 se habla de central con la tecnología requerida, eso incluye a las centrales NEAX 61 E, DMS, AXE y PLESSE, es decir, de las líneas conectadas a este tipo de centrales, en ese momento estaba pendiente la habilitación del código antifraude en 83 líneas de Villavicencio. En las actas posteriores no se hace referencia alguna relacionada con estas 83 líneas.

**En el acta N° 4 del 27 de febrero de 2004, dice que “Falta desarrollar e implementar por parte de Colombia Telecomunicaciones los procedimientos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens”. Este es el mismo tipo de centrales que para el 23 de septiembre de 2003 no contaban con el desarrollo necesario para hacer uso del código antifraude. Al parecer, durante toda la vigencia del contrato VL-001-2003, no se dio tal desarrollo”** (resalta y subraya el Tribunal).

Posteriormente, dijo el perito en el escrito de aclaraciones y complementaciones a su dictamen (pág. 26):

***“A. Teniendo en cuenta que las centrales Alcatel y SIEMENS eran la mayoría, se solicita aclarar por qué razón no se tenían en el desarrollo de esas centrales si COLTEL podía técnicamente haber implementado el control antifraude en todas las centrales.***

**Respuesta:**

*En la documentación revisada no encontré información sobre las razones que llevaron a que Colombia Telecomunicaciones no implementara el código antifraude en las centrales Alcatel y Siemens”.*

Es decir, que, según el dictamen pericial, que no fue desvirtuado, de un lado, durante la vigencia del Contrato sí se presentaron fraudes por derivación de la línea y conexión de otro teléfono en paralelo, y, de otro lado, no hay evidencia de que COLTEL, debiendo hacerlo, en cumplimiento de la obligación de prevención y control del fraude contraída en la cláusula 9.a del Contrato, hubiera realizado los desarrollos necesarios en las centrales Alcatel y Siemens para hacer uso del código antifraude instalado en los teléfonos públicos operados por PLESCOM, dado lo cual COLTEL no podía descartar la existencia de fraudes en sus líneas, ni en su respuesta del 27 de septiembre de 2005 demostró que no hubiera habido tales fraudes en relación con las sumas facturadas que eran objeto de reclamación de PLESCOM.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en las pruebas reseñadas en precedencia, el Tribunal concluye que la conducta contractual de COLTEL en el trámite y respuesta de las reclamaciones por posibles fraudes que le fueron formuladas por PLESCOM durante la vigencia de la relación contractual, no estuvo acorde con los principios de buena fe y diligencia del buen hombre de negocios, en este punto concreto, pues las dos respuestas dadas por COLTEL a PLESCOM, con fechas 27 de diciembre de 2004 y 27 de septiembre de 2005, fueron extemporáneas y formales, carentes del respaldo técnico requerido por la naturaleza de las reclamaciones, y en las mismas COLTEL no demostró que los valores de las diferencias entre lo facturado por ella y los recaudos y/o registros del OPMS, que pretendía le fueran pagados, correspondían a lo que conforme al Contrato tenía derecho a cobrar, y no a fraudes en las líneas telefónicas operadas por COLTEL.

Y en cuanto a la posición de COLTEL según la cual, “no hay información en Plescom que permita acreditar que se presentaron diferencias adicionales a las reconocidas” (...) “no existe prueba de ningún tipo, pues no existen registros OPMS o de recaudo que puedan ser comparados con los datos arrojados por el sistema de facturación de Colombia Telecomunicaciones, de que se hayan presentado esas diferencias no reconocidas” (alegatos de conclusión, págs. 57 y 58), el Tribunal considera que si bien es cierto que el perito señaló que “No es posible presentar los resultados y diferencias de la comparación entre el tráfico de larga distancia medido y entregado por Colombia Telecomunicaciones y el tráfico registrado en OPMS, debido a que Plescom no suministró la información del tráfico registrado en el OPMS” (pág. 7 del escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen), COLTEL dispuso de un tiempo amplio y suficiente, de más de un año (entre el 13 de septiembre de 2004 y el 27 de septiembre de 2005), para solicitarle a PLESCOM la información del OPMS que ahora echa de menos y hacer las verificaciones y comparaciones que estimara necesarias frente a sus registros, en orden a resolver adecuadamente las reclamaciones, pero no lo hizo, pudiendo y debiendo hacerlo, y no le es dable ahora alegar su propia inactividad para ampararse en la sobreviniente inexistencia de información en el OPMS, que

habría obedecido a la difícil situación económica de PLESCOM(11) .

## 2) En cuanto a las diferencias de los sistemas de tarificación.

Las cláusulas 9.a y 16.a del Contrato son indicativas de que PLESCOM y COLTEL previeron la posibilidad de que se presentaran diferencias entre lo facturado por esta y lo recaudado por aquella —o los registros del OPMS—, las cuales se debían resolver de común acuerdo, mediante conciliaciones de cuentas, en buena fe.

Aun cuando la cláusula 14.a del Contrato establece que la facturación de llamadas de larga distancia y local extendida la haría COLTEL por minutos, y el OPMS tasaba también sobre la base de minutos, los métodos de tasación eran diferentes, circunstancia que daba lugar a diferencias entre los registros de ambas partes.

El perito técnico se pronunció sobre los métodos de tasación empleados por las partes para el tráfico de larga distancia, así (pág. 76 y 77 del dictamen pericial técnico):

• **“ De acuerdo con el contenido del acta 11 del Comité Coordinador, las dos empresas tasaban por tiempo con las siguientes diferencias:**

**— Colombia Telecomunicaciones cobraba el primer minuto completo. Desde el segundo minuto se tarificaba en 3 grupos de 3/10 de minuto, es decir, cada 18 segundos. Primera fracción entre 1 y 18 segundos, segunda entre 19 y 36, tercera entre 37 y 54 y última entre 55 y 60.**

**— Plescom cobraba el primer minuto completo y en adelante cada 15 segundos.**

• Según lo anterior, durante el primer minuto de cada llamada no existía ninguna diferencia en la forma de tasar las llamadas por parte de las dos empresas (...).

• **A partir del segundo minuto de cada llamada sí se podían producir diferencias entre lo tasado por Plescom y lo tasado por Colombia Telecomunicaciones. Las diferencias eran las siguientes:**

— Entre los segundos 1 y 15: Plescom tasa  $\frac{1}{4}$  de minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{3}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 5% más de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 16 y 18: Plescom tasa  $\frac{1}{2}$  de minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{3}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 20% menos de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 19 y 30: Plescom tasa  $\frac{1}{2}$  de minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{6}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 10% más de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 31 y 36: Plescom tasa  $\frac{3}{4}$  de minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{6}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 15% menos de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 37 y 45: Plescom tasa  $\frac{3}{4}$  de minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{9}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 15% más de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 46 y 54: Plescom tasa 1 minuto, mientras que Colombia Telecomunicaciones tasa  $\frac{9}{10}$  de minuto. Por esta fracción de tiempo, Colombia Telecomunicaciones tasa 10% menos de lo que tasa Plescom.

— Entre los segundos 55 y 60: Plescom tasa 1 minuto y Colombia Telecomunicaciones también tasa 1 minuto. Por esta fracción de tiempo, no hay diferencia en la tasación”.

En cuanto a la conducta asumida por COLTEL frente a las diferencias derivadas de los sistemas de tarificación de larga distancia, agregó el perito técnico (págs. 77 y 78 del dictamen técnico):

“Con respecto a la afirmación de Plescom en que se asegura que Colombia Telecomunicaciones aproxima a un (1) minuto los intentos de llamada, tengo varios comentarios:

• **Las llamadas que pueden dar lugar a cobro son únicamente aquellas en que el abonado llamado responde la**

**llamada, es decir, solo se pueden cobrar las llamadas “completadas”. Si una llamada no se completa, no puede haber cobro.**

• No es claro por qué las afirmaciones de Plescom se refieren a intentos de llamada menores a un minuto. Un intento de llamada es un intento de llamada, independientemente de cuánto tiempo permanezca el usuario que llama en la línea recibiendo alguna señal por el auricular del aparato telefónico (ej.: señal de ocupado, señal de timbre).

• **En mi opinión, resultaba muy sencillo verificar la ocurrencia de lo afirmado por Plescom con la ejecución de pruebas. Por medio de llamadas de prueba, bajo condiciones controladas, y llevando los registros apropiados, era posible comparar los datos de estas llamadas de prueba con la información de tráfico que generaban los sistemas de Colombia Telecomunicaciones.**

• **En la información revisada no encontré ninguna referencia a ejecución de pruebas”.**

Entonces, de acuerdo con el dictamen técnico, que tampoco fue desvirtuado en este punto, no se evidenció que COLTEL hubiera ejecutado pruebas para verificar la ocurrencia de lo afirmado por PLESCOM como sustento de sus reclamaciones, tales como llamadas de prueba, bajo condiciones controladas, y llevando los registros apropiados, pruebas estas que, según el juicio del perito, eran sencillas y hubieran permitido comparar los datos de estas llamadas de prueba con la información de tráfico que generaban los sistemas de COLTEL.

Además, el perito técnico concluyó que COLTEL no podía cobrarle a PLESCOM el valor de las llamadas “no completadas”, es decir, aquellas en el abonado no responde la llamada, conclusión que el Tribunal encuentra razonable, pues las mismas no daban lugar a recaudo por parte de PLESCOM y, en esa medida, el cobro que COLTEL pretendiera hacer sobre la base de los intentos de llamada no exitosos carecía de una causa real y lícita (art. 1524, Código Civil(12) ).

La conducta pasiva de COLTEL en el manejo de las diferencias relativas a la facturación del servicio de larga distancia, originadas en diferencias en los métodos de tasación, contrasta con la que dicha entidad tuvo respecto de las diferencias relativas a la facturación de local, asunto este en el cual se observa, de un lado, que se realizaron 2 visitas a la Central Morato, con el objetivo de “ *verificar el método de tasación utilizada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, para liquidar el tráfico local, esto en virtud a que existen grandes diferencias entre lo facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y lo recaudado por Plescom con relación a este tráfico*” (acta del 30 de noviembre de 2004 (fls. 307 a 308, C. Principal 1), vale decir, COLTEL aceptó verificar su método de tasación para la facturación de local, y, de otro lado, que si bien en la cláusula 14.a del Contrato se estableció que las llamadas locales las facturaría COLTEL por impulsos, en la práctica, dadas las significativas diferencias de los sistemas empleados por las partes(13) , COLTEL hizo cuantiosos descuentos sobre el valor de la facturación de local, los cuales, entiende el Tribunal, se explican en la medida en que COLTEL era consciente de que los montos facturados eran superiores a lo que PLESCOM debía pagar de acuerdo con el Contrato. Es así que en el acta de conciliación N° 2, del 22 de diciembre de 2004, punto 4, se señaló:

**“De acuerdo con el acta de visita a la central Morato y teniendo en cuenta los registros del OPMS, se hace necesario descontar el 40% de tráfico, debido a la diferencia de cobros que se efectúan al usuario final en los teléfonos públicos versus el cobro efectuado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a Plescom. El valor total del descuento es la suma de \$ 1.715.186.317”** (fl. 76, C. Pruebas 1); resalta y subraya el Tribunal). Y posteriormente, en el acta de conciliación N° 5, del 7 de marzo de 2005 (fls. 84 a 85, C. Pruebas 1), se determinó un segundo descuento sobre la telefonía de local, con el mismo fundamento y porcentaje, por valor de \$ 412.212.765.

En suma, el Tribunal encuentra que la conducta contractual de COLTEL en el manejo de las diferencias derivadas de los métodos de tasación de llamadas de larga distancia, no fue acorde con los principios de buena fe y diligencia del buen hombre de negocios, toda vez que, pudiendo y debiendo hacerlo, y contando con tiempo suficiente para ello, no realizó pruebas técnicas que le hubieran permitido confirmar o desvirtuar la ocurrencia de lo afirmado por PLESCOM como sustento de sus reclamaciones, y no demostró que los valores de esas diferencias, que pretendía le fueran pagados, correspondían a lo que conforme al Contrato tenía derecho a cobrar.

### **3.2.4. Examen y decisiones del Tribunal sobre los rubros y montos pedidos en las pretensiones segunda y cuarta de la demanda principal reformada.**

Sobre la base de lo expuesto en los apartados precedentes, pasa el Tribunal a examinar y decidir lo relativo a los reclamos sujetos a descuento provisional para su verificación por parte de COLTEL, de que tratan las pretensiones segunda y cuarta de la demanda reformada.

#### **a. Valor de las reclamaciones que se consideraron no procedentes.**

##### **i. Descuento por tráfico a celulares - acta de conciliación N° 2.**

En el acta de conciliación N° 2, del 22 de diciembre de 2004, correspondiente a la conciliación de local por el período agosto 22 de 2003 a septiembre 15 de 2004, en el punto 2, se lee:

#### **“2. RECLAMACIÓN TRÁFICO CELULAR COMCEL BELLSOUTH**

*No se incluye en esta conciliación el valor del tráfico a celulares Bellsouth y Comcel, del cual Plescom presenta reclamación. Este valor será enviado al área de antifraude de la compañía para su revisión. Total \$ 373.153.788”.*

En el documento de resumen anexo a esta acta se evidencia que ese monto reclamado por PLESCOM fue incluido en los descuentos restados del monto total de la factura.

En sus alegatos de conclusión, PLESCOM sostiene que nunca recibió una respuesta satisfactoria para ninguna de sus reclamaciones, incluyendo la de tráfico por celular. Se transcriben algunos apartes de su alegato de conclusión sobre este aspecto:

*“Solo se concilió el 22 de diciembre de 2004, fecha en la cual cuando conoció del fraude en celulares, PLESCOM presenta la reclamación y se descuenta. Pasan dos años (agosto de 2003 a 27 de septiembre de 2005), para que COLTEL le informe a PLESCOM su decisión unilateral de rechazar esta reclamación por fraude, porque “se ajustan a los patrones de fraude.*

(...)

*“Solo al final del contrato, tres días antes de su finalización, cuando ya COLTEL había tomado la decisión de terminarlo, se produce la comunicación del 27 de septiembre de 2005, de Diego Hernández de COLTEL a Ernesto Rodríguez de PLESCOM, es decir, dos años y un mes después de iniciado el contrato, donde le informa que COLTEL considera improcedentes las reclamaciones que había presentado PLESCOM, desde el 13 de septiembre de 2004, sobre tráfico de agosto a abril de 2003 de larga distancia, presentado por COLTEL en esa fecha, y rechaza las demás reclamaciones pendientes (tráfico celular \$ 372.153.788, reclamado por PLESCOM en Acta de Conciliación N° 2 de diciembre 22 de 2004 (local), cuando pudo conocer el tráfico local de agosto de 2003 a septiembre de 2004”.*

En su demanda reformada, COLTEL, en el hecho 47, dice:

*“Dicha revisión tuvo lugar y se determinó que no era procedente la reclamación formulada, por lo que debía proceder al pago de dicho valor, pago que hasta este momento no ha tenido lugar”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

En los alegatos de conclusión de la Convocante se advierte un viraje con respecto a la demanda reformada, del cual se deduce el abandono del cobro de este monto, bajo el argumento según el cual la transacción contenida en el acuerdo modificatorio N° 3, del 28 de diciembre de 2004, incluyó la reclamación hecha por PLESCOM por el tráfico descontado para revisión. Al respecto se dice en el alegato de conclusión (pág. 42):

*“[E]l hecho de que se haya hecho referencia a que se quedaba a paz y a salvo por todos los servicios prestados de telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y de larga distancia hasta el 30 de julio de 2004, impide a las*

*partes formular reclamaciones en relación con esos servicios.*

*Así, no podría Colombia Telecomunicaciones, y por ello no lo hace, argumentar que esas reclamaciones a que se refieren las actas 1 y 3 no son procedentes, para así cobrarlas en el presente proceso. Es obvio que si las partes se declararon en paz y a salvo por todos los servicios prestados hasta las fechas mencionadas en el modificatorio N° 3, en las condiciones establecidas en las actas N° 1 a 3, es porque se entendió que se mantendrían los descuentos hechos en las actas mencionadas. **Así Colombia Telecomunicaciones no pretende que Plescom pague los valores descontados y no podría hacerlo pues así lo acordó**” (resalta y subraya el Tribunal).*

Esta postura difiere de la que COLTEL adoptó en su demanda reformada, en cuya pretensión segunda solicitó el valor de las reclamaciones que consideró no procedentes (\$ 1.487.281.867.00), que incluye el monto correspondiente a tráfico de celulares referido en el acta de conciliación N° 2, mientras que en los montos reclamados resumidos en los alegatos de conclusión (pág. 50 y 51), no se hace referencia al descuento por \$ 373.153.788 de dicha acta.

Al respecto se observa en primer término que correspondía a COLTEL probar la existencia, contenido y alcance de esta obligación reclamada en su demanda, lo que el Tribunal encuentra no se probó, pues en el proceso no existe certeza sobre si ocurrieron o no fraudes en el tráfico a celulares de Bellsouth y Comcel, facturado por COLTEL para el período comprendido entre el 22 de agosto de 2003 y el 15 de septiembre de 2004, aspecto que resulta relevante para la determinación de la procedencia del cobro del valor reclamado, ya que en esas condiciones no es posible tener las facturas expedidas por COLTEL como prueba de la obligación cuyo incumplimiento se le endilga a PLESCOM.

Lo que se acreditó en el proceso fue la reclamación de PLESCOM por este concepto, que conforme al acta de conciliación N° 2 del 22 de diciembre de 2004 se envió al área de antifraude de COLTEL para su revisión, y que COLTEL, en carta 030200-000419, del 27 de septiembre de 2005 (fl. 1040, C. Pruebas 3), respondió diciendo que la reclamación no resultaba procedente por no ajustarse a los patrones de fraude, sin sustentar tal conclusión en pruebas técnicas que acreditaran que ese tráfico a celulares era real y en consecuencia su valor debía ser pagado por PLESCOM.

En segundo lugar, la conducta de COLTEL después de la firma del acuerdo modificatorio N° 3 no demuestra que esta considerara que la referida reclamación había quedado transigida. Muestra de ello es que en la citada carta de COLTEL del 27 de septiembre de 2005, distinguida con el número 030200-000419, punto 1 “**RECLAMACIÓN POR TRÁFICO CELULAR**”, se afirma la improcedencia de la reclamación, lo cual no resulta consistente con la tesis expuesta en el alegato de conclusión, pues si dicha reclamación había quedado transigida desde el 28 de diciembre de 2004, COLTEL no tenía porqué manifestar casi nueve meses después que era improcedente. Y, claro está, COLTEL, en su demanda reformada, incluyó el valor de ese tráfico a celulares descontado como parte de lo pedido en las pretensiones segunda y cuarta.

A ello debe adicionársele que el paz y salvo contenido en el acuerdo modificatorio N° 3, refiere a lo establecido en las actas N° 1, 2 y 3, y que en el acta N° 2 consta que el descuento correspondiente a la reclamación por tráfico de celulares era para ser revisado y no para ser descontado definitivamente. Así las cosas, considera el Tribunal que el citado paz y salvo no comprende la reclamación en comento.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que PLESCOM no debe pagar el valor de \$ 373.153.788, correspondiente a los tráficos por celular reclamados, de que da cuenta el acta N° 2, no porque la reclamación de ese monto haya quedado transigida en el acuerdo modificatorio N° 3, sino porque COLTEL no probó la existencia, contenido y alcance de la obligación que en su demanda reclamó por ese concepto, y, además, en su alegato de conclusión abandonó este reclamo, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de la reclamación examinada en precedencia, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

**ii. Descuento del acta de conciliación N° 3 por \$ 6.984.471.**

En el acta de conciliación N° 3, del 23 de diciembre de 2004, correspondiente a larga distancia por el período mayo a julio 30 de 2004, en el punto 5, se hace referencia a un descuento por \$ 6.984.471, que “*corresponden a los registros facturados que pertenecen a Plescom, pero que no presentan ni tráfico ni recaudo. Estos registros se enviarán al área antifraude para su revisión*” (fl. 79, C. Pruebas 1).

Frente a este asunto, se presenta una situación similar a la analizada en el acápite precedente, en la medida en que, según lo manifestado por COLTEL en su alegato de conclusión, esta reclamación habría quedado transigida en el acuerdo modificatorio N° 3, planteamiento que no es compartido por el Tribunal por las razones ya expuestas frente a la reclamación por tráfico a celulares del acta N° 2.

Ahora bien, el Tribunal encuentra que COLTEL no probó la existencia, contenido y alcance de esta obligación reclamada en su demanda. Lo probado fue la reclamación de PLESCOM por este concepto, que conforme al acta de conciliación N° 3, del 23 de diciembre de 2004, se enviaría al área de antifraude de COLTEL para su revisión, y que COLTEL, en la carta del 27 de septiembre de 2005 (fl. 1040, C. Pruebas 3), respondió diciendo que: “*Esta reclamación no resulta procedente, ya que las líneas perteneces a teléfonos administrados por Plescom Ltda. que se encontraban en las maestras de Plescom y en funcionamiento en los períodos reclamados; adicionalmente los valores que Plescom recauda no son objeto de conciliación alguna puesto que el riesgo de recaudo compete solamente a dicha compañía. Ahora bien, las diferencias que son objeto de discusión entre las partes son las que versan sobre la facturación, como lo señala la cláusula cuarta del contrato modificatorio N° 3*”. A juicio del Tribunal, esta respuesta fue de carácter formal y en la misma no se acreditó que ese tráfico de larga distancia era real y en consecuencia su valor debía ser pagado por PLESCOM.

Siendo ello así, el Tribunal considera que PLESCOM no debe pagar el valor de \$ 6.984.471, correspondiente al tráfico de larga distancia reclamado, de que da cuenta el acta de conciliación N° 3, no porque la reclamación de ese monto haya quedado transigida en el acuerdo modificatorio N° 3, sino porque COLTEL no probó la existencia, contenido y alcance de la obligación que en su demanda reclamó por ese concepto, y, además, en su alegato de conclusión abandonó este reclamo, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “*inexistencia de las obligaciones reclamadas*”, y así se declarará en la parte resolutive.

### **iii. Reclamaciones ‘no procedentes’, cuyos montos fueron descontados provisionalmente, según las actas de conciliación N° 6, 7, 8 y 10.**

El resumen de las reclamaciones de PLESCOM reseñadas en estas actas de conciliación se presenta en la siguiente tabla:

N° Acta	Fecha	Concepto y valor (posible fraude teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS)	Concepto y valor (diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000)
Acta 6	24 de mayo de 2005	\$ 2.270.313	\$ 49.008.627
Acta 7	24 de mayo de 2005	\$ 1.332.258	\$ 33.949.235
Acta 8	22 de julio de 2005	\$ 2.473.533	\$ 57.810.213
Acta 10	11 de noviembre de 2005	\$ 8.977.370	\$ 147.298.198
TOTAL		\$ 15.053.474	\$ 288.066.273
GRAN TOTAL			\$ 303.119.747

### **Consideraciones del Tribunal:**

En este punto, el Tribunal reitera que COLTEL debía probar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones reclamadas en su demanda reformada, lo que encuentra no se probó, pues en el proceso no existe certeza sobre si



ocurrieron o no fraudes respecto de los teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS, a que se hace referencia en las actas conciliación N° 6, 7, 8 y 10, aspecto que resulta relevante para la determinación de la procedencia del cobro de los valores reclamados por COLTEL, ya que en esas condiciones no es posible tener las facturas expedidas por esta como prueba de las obligaciones cuyo incumplimiento se le endilga a PLESCOM.

Lo probado fueron las reclamaciones de PLESCOM por estos conceptos, que conforme a las actas de conciliación N° 6, 7, 8 y 10, se enviarían al área de antifraude de COLTEL para su revisión, y que COLTEL, en la carta del 27 de septiembre de 2005 (fl. 1040, C. Pruebas 3), respondió diciendo que: *“Esta reclamación no resulta procedente, ya que las líneas pertenecen a teléfonos administrados por Plescom Ltda. que se encontraban en las maestras de Plescom y en funcionamiento en los períodos reclamados; adicionalmente los valores que Plescom recauda no son objeto de conciliación alguna puesto que el riesgo de recaudo compete solamente a dicha compañía. Ahora bien, las diferencias que son objeto de discusión entre las partes son las que versan sobre la facturación, como lo señala la cláusula cuarta del contrato modificadorio N° 3”*. A juicio del Tribunal, esta respuesta fue de carácter formal y en la misma no se acreditó que ese tráfico de larga distancia era real y en consecuencia su valor debía ser pagado por PLESCO.

Respecto del rubro denominado “diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000”, se observa que en carta del 15 de julio de 2005 (Cuaderno de Pruebas N° 3, folio 1048), con asunto: *“Reclamaciones recientes por valores facturados frente a valores recaudados”*, COLTEL le manifestó a PLESCOM la improcedencia de las reclamaciones que nos ocupan, con fundamento en que: (i) *“Los valores que Plescom Ltda. recauda no son objeto de conciliación alguna, puesto que el riesgo del recaudo compete solamente a dicha compañía”*; (ii) *“Internamente hemos establecido que no existe fraude con respecto a los valores en reclamo. Lo que produjo la diferencia entre los valores facturados y lo que Plescom Ltda. reconoce, es una diferencia entre la forma de facturación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP frente al sistema que utiliza Plescom Ltda.”*, y (iii) que *“(…) el sistema de cobro que Plescom Ltda. tenga implementado no tiene porque afectar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., ya que es esta última quien tiene la facultad de determinar, de acuerdo con lo establecido en el contrato, la forma de facturación de las llamadas”*.

En cuanto al primer argumento, como ya se indicó atrás, el Tribunal no lo encuentra válido para rechazar las reclamaciones de la Convocada, pues el riesgo de fraude en las líneas es distinto del riesgo de recaudo, y, con independencia de los recaudos hechos por PLESCOM, era COLTEL quien operaba las líneas asignadas a los teléfonos públicos objeto del Contrato y, por ende, quien corría con el riesgo de fraude en esas líneas.

Además, los recaudos debían ser tomados en cuenta para identificar las cuantías del posible fraude, pues el Parágrafo la cláusula 9.a expresamente indica que para la verificación de las sumas correspondientes a fraude se debía tomar como base, para la conciliación de cuentas, entre otros elementos, el valor histórico de recaudo y los valores recaudados efectivamente.

A lo que debe adicionarse que, como lo explicó el perito técnico, los teléfonos PP3031 no reflejaban registro en el OPMS, y por tal motivo la única referencia para presentar reclamaciones por posible fraude eran los recaudos. En tal sentido dijo el perito técnico:

*“De acuerdo con el contenido de las actas de conciliación, la facturación de Colombia Telecomunicaciones era comparada con los registros OPMS para el caso de los teléfonos tipo Zafiro.*

*En el caso de los teléfonos PP3031 no era posible comparar la facturación de Colombia Telecomunicaciones con registros en el OPMS porque estos teléfonos no estaban comunicados con el OPMS, por eso se utilizaba el recaudo para la comparación. La facturación de Colombia Telecomunicaciones era comparada con el recaudo de los teléfonos PP3031”* (aclaraciones y complementaciones al dictamen técnico, págs. 14 y 15).

En cuanto a que la verdadera causa de las diferencias reclamadas era la diferencia entre el sistema de facturación de COLTEL y el sistema OPMS de PLESCOM, y que el sistema de PLESCOM (OPMS) no tenía porque afectar a COLTEL, ya que es esta última quien tenía la facultad de determinar, de acuerdo con lo establecido en el contrato, la forma de facturación de las llamadas de larga distancia, el Tribunal ha encontrado que aun cuando la cláusula 14.a del Contrato establece que la facturación de llamadas de larga distancia y local extendida la haría COLTEL

por minutos, y el OPMS tasaba también sobre la base de minutos, los métodos de tasación eran diferentes, circunstancia que daba lugar a diferencias entre los registros de ambas partes, que conforme a las cláusulas 9.a y 16.a del Contrato, debían ser resueltos por ellas mediante conciliación de cuentas y en buena fe.

Y como se expuso atrás, al analizar el tema de las diferencias derivadas de los métodos de tasación de llamadas de larga distancia, de acuerdo con el dictamen técnico, no se evidenció que COLTEL hubiera ejecutado pruebas para verificar la ocurrencia de lo afirmado por PLESCOM como sustento de sus reclamaciones, tales como llamadas de prueba, bajo condiciones controladas, y llevando los registros apropiados, pruebas estas que, según el juicio del perito, eran sencillas y hubieran permitido comparar los datos de estas llamadas de prueba con la información de tráfico que generaban los sistemas de COLTEL, y, en todo caso, COLTEL no podía cobrarle a PLESCOM el valor de las llamadas “no completadas”, es decir, aquellas en el abonado no responde la llamada.

Al respecto se reitera también que la conducta pasiva de COLTEL en el manejo de las diferencias relativas a la facturación del servicio de larga distancia, originadas en diferencias en los métodos de tasación, contrasta con la que dicha entidad tuvo respecto de las diferencias relativas a la facturación de local, asunto este en el cual se realizaron 2 visitas a la Central Morato, con el objetivo de “*verificar el método de tasación utilizada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, para liquidar el tráfico local, esto en virtud a que existen grandes diferencias entre lo facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y lo recaudado por Plescom con relación a este tráfico*” (acta del 30 de noviembre de 2004 —fl. 307 a 308, C. Principal 1—), y si bien en la cláusula 14.a del Contrato se estableció que las llamadas locales las facturaría COLTEL por impulsos, en la práctica, dadas las significativas diferencias de los sistemas empleados por las partes, COLTEL hizo cuantiosos descuentos sobre el valor de la facturación de local, fue constan en las actas de conciliación N° 2 y 5, los cuales, entiende el Tribunal, se explican en la medida en que COLTEL era consciente de que los montos facturados eran superiores a lo que PLESCOM debía pagar de acuerdo con el Contrato.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que COLTEL no probó la existencia, contenido y alcance de las obligaciones que en su demanda reformada afirmó no le fueron pagadas por PLESCOM, correspondientes a los valores que por concepto de posible fraude en teléfonos PP3031 y “Zafiros” sin recaudo ni OPMS y de diferencias de lo facturado mayores de \$ 10.000 fueron descontados en las actas de conciliación N° 6, 7, 8 y 10, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dichos conceptos.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

#### **iv. Reclamaciones ‘no procedentes’ – ‘no conciliadas’.**

Pasa ahora el Tribunal a estudiar aquellas reclamaciones clasificadas como “no procedentes” pero que no fueron incluidas en las actas de conciliación, que corresponden a ciertos montos descontados por PLESCOM del valor establecido a su cargo en el acta de conciliación N° 5.

En el acta de conciliación N° 5, del 7 de marzo de 2005, correspondiente a la conciliación de tráfico local por el período comprendido entre el 15 de septiembre y el 31 de diciembre de 2004, en el punto 7 de la misma se lee: “*El valor total de esta conciliación corresponde a mil ciento veintisiete millones ciento diez y seis mil ciento tres pesos (\$ 1.127.116.103) a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con el resumen anexo, los cuales deberán ser cancelados en un plazo máximo de diez días calendario*”.

PLESCOM, en comunicación C-117-05, del 17 de marzo de 2005 (fl. 102, C. Pruebas 1), le informó a COLTEL el valor consignado de \$ 315.107.771, y la liquidación hecha por aquella en la cual incluyó como “Valor reclamaciones” la suma de \$ 812.008.332, que no consignó, cifras estas que sumadas arrojan como resultado el mismo valor señalado en el acta de conciliación N° 5.

Luego, en su comunicación C-126-05, del 4 de abril de 2005 (fl. 357, C. Pruebas 1), PLESCOM discriminó los valores de las reclamaciones comprendidas en dicho monto, así:

- “*Reclamación septiembre 13/04 por \$ 684.868.635;*

- Reclamación febrero 9/05 por \$ 6.984.471;

- Reclamación febrero 22/05 por \$ 120.155.226”.

La suma de los valores de estas tres reclamaciones asciende a \$ 812.008.332, que es la misma suma no consignada por PLESCOM a la que atrás se hizo referencia. A continuación se examina lo ocurrido con cada una de ellas.

1) Reclamación del 13 de septiembre de 2004.

Mediante comunicación C-0374, del 13 de septiembre de 2004 (fls. 211 y 212, C. Pruebas 1), PLESCOM le presentó a COLTEL una reclamación por fraude en líneas de teléfonos públicos del Contrato, solicitando que *“después de su análisis se descuenten los valores facturados a Plescom por este motivo”*.

La primera conciliación de larga distancia se dio el 22 de diciembre de 2004 (acta N° 1), para resolver las diferencias relativas a la facturación del período comprendido entre el 22 de agosto de 2003 y el 30 de abril de 2004, resultando un saldo a favor de COLTEL por \$ 85.911.093.

Con fecha 23 de diciembre de 2004, se suscribió el acta de conciliación N° 3, en la cual se solucionaron diferencias relativas a la facturación de larga distancia para el período mayo a julio 30 de 2004, arrojando como resultado la suma de \$ 1.155.681.772, a ser pagada por PLESCOM a COLTEL.

Mediante comunicación de fecha 27 de diciembre de 2004, distinguida con el N° 020500-001468 (fl. 206, C. Pruebas 1), COLTEL le remitió a PLESCOM *“respuesta emitida por la Gerencia Antifraude de la compañía, con relación a la reclamación presentada de las diferencias de tráfico en la facturación de Larga Distancia en los meses de Agosto a Abril de 2004”*. Como anexos de esta comunicación aparecen el memorando de 3 de noviembre de 2004, del Gerente Control Fraude al Jefe Teléfonos Públicos, en el cual se anuncia *“el análisis realizado por esta Gerencia sobre el caso de presunto fraude sobre líneas de teléfonos públicos de Plescom”*, y un documento fechado el 16 de septiembre de 2004, relativo a la *“Reclamación presentada por Plescom por posible fraude en sus teléfonos públicos”*, con referencia a *“la diferencia entre lo facturado por Colombia Telecomunicaciones y lo emitido por su sistema de gestión en el período de agosto de 2003 a abril de 2004”*. En el acápite de *“ANÁLISIS”* del documento últimamente citado, se indica, entre otras cosas: *“El contrato en la cláusula 9 ‘CONTROL DE FRAUDE’, indica ‘En el evento que PLESCOM no comunique oportunamente en fraude, de acuerdo con el procedimiento y condiciones establecidas, este asumirá los costos que el mismo represente’. Las comunicaciones sobre casos de fraude enviadas por Plescom durante el período reclamado, no relacionan ninguna de las líneas reclamadas”. Y en el acápite de “CONCLUSIONES”, del mismo documento, se dice: “El contrato es claro que los casos de fraude deben ser reportados a Colombia Telecomunicaciones, y en el caso de las líneas con consumos reclamados durante el período no hay ninguna”*.

A lo anterior respondió PLESCOM con carta del 30 de diciembre de 2004 (fls. 204 a 205 C. Pruebas 1), poniendo de presente la extemporaneidad en la facturación de COLTEL, que *“la seguridad de la línea corresponde en su totalidad a Telecom”*, y que *“Nuestra responsabilidad se refiere al ‘software’ antifraude instalado en todos los teléfonos y al mantenimiento del aparato telefónico. Sin embargo esa programación antifraude no ha podido ser utilizada en su totalidad debido a que existen centrales que no la aceptan. (...) **Por lo anterior insistimos en nuestra reclamación, la cual debe mirarse a la luz de estas acotaciones**”* (resalta y subraya el Tribunal).

En el contrato modificatorio N° 3, de fecha 28 de diciembre de 2004 (fls. 30 a 34, C. Pruebas 1), en el literal C, subliteral v., consta que: *“Las partes se declaran a paz y a salvo por los servicios prestados de telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y de larga distancia hasta el 30 de julio de 2004, como consta en las actas de conciliación números 1, 2 y 3, y en consecuencia este documento tiene el efecto de una transacción en los términos del artículo 2483 del Código Civil”*.

En la reunión del 15 de marzo de 2005, del Comité Coordinador, acta N° 10 (fls. 69 a 71, C. Pruebas 1), punto 5, se lee:

***“ 5. SOLICITUD APLICACIÓN VALOR RECLAMADO HASTA LA FECHA POR CONCEPTO DE FRAUDE.***

*Plescom solicita que se apliquen los descuentos que no se han hecho efectivos en las conciliaciones y que corresponden a las reclamaciones que han presentado y que se han remitido al área de antifraude.*

*Ellos no se encuentran satisfechos con las respuestas de esta área y que corresponde a la primera reclamación, por lo tanto en el saldo a favor de Colombia telecomunicaciones de la conciliación pendiente por pago, Plescom realizará estos descuentos y pagará el saldo hasta tanto se revisen las reclamaciones.*

*Colombia telecomunicaciones verificará con antifraude y tomará las medidas necesarias para que se de pronta respuesta a las reclamaciones presentadas por Plescom*” (resalta y subraya el Tribunal).

En relación con el tema bajo examen, PLESCOM planteó en sus alegatos de conclusión (pág. 80):

*“COLTEL perfectamente había podido negar la reclamación de larga distancia por fraude y el descuento, por considerar que parte del mismo (\$ 684.868.635) correspondía a fecha anterior al modificatorio N° 3.*

*Sin embargo, no lo hizo, pues desde el principio siempre fue claro que esta reclamación no se encontraba comprendida en el modificatorio N° 3, pues fue presentada contra el tráfico conciliado en la primera Acta de Conciliación (diciembre 22 de 2004), año y tres meses después del período de tráfico inicial (agosto de 2003), y con información precaria y provisional entregada por COLTEL a PLESCOM en septiembre de 2004.*

*Es decir, COLTEL era consciente (sic) de la justificación del reclamo, dada la extemporaneidad e inconsistencia en que incurrió en este período conciliado. La prueba fehaciente es el acuerdo escrito, posterior al modificatorio N° 3, contenido en el Acta N° 10 del Comité Coordinador antes citada, que no deja dudas del querer de las partes de proceder a tramitar la reclamación, y por lo tanto a considerarla válida y no incorporada en la transacción anterior”.*

COLTEL, por su parte, en sus alegatos de conclusión, pág. 43, manifestó:

*“ Reclamaciones a las que no se hizo referencia en las actas de conciliación. En adición a las reclamaciones a las que se hizo referencia en las actas de conciliación, que obviamente generaron descuentos de los valores facturados por Colombia Telecomunicaciones, Plescom hizo unas adicionales, que constan en otros documentos diferentes a las actas de conciliación.*

*No está claro el monto de esas reclamaciones, como se verá a continuación; sin embargo, lo cierto es que por lo menos parte del valor correspondiente a esas reclamaciones fue descontado por Plescom de los valores a pagar que habían surgido de las actas de conciliación N° 1 a 10, a las que se ha hecho amplia referencia.*

*No cabe duda de que esos valores que dejó de pagar Plescom, fundada en la existencia de reclamaciones, deben ser pagados a Colombia Telecomunicaciones, pues con independencia del valor, lo cierto es que ellos se encuentran tanto en contravía de lo establecido en las actas de conciliación, como en contra de lo establecido en el modificatorio N° 3, por virtud del cual las partes se declararon en paz y a salvo por todos los servicios prestados en telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y en larga distancia hasta el 30 de julio del mismo año”.*

### **Consideraciones del Tribunal:**

La reclamación de PLESCOM del 13 de septiembre de 2004, refería a la facturación de larga distancia, pues hasta esa fecha no se había expedido aún facturación de local por parte de COLTEL.

Para el 23 de diciembre de 2004, COLTEL todavía no había dado respuesta a la precitada reclamación del 13 de septiembre del mismo año, que por lo tanto seguía pendiente.

La primera respuesta de COLTEL a dicha reclamación se produjo el 27 de diciembre de 2004 (fl. 206, C. Pruebas 1), y el Tribunal considera que la misma no estuvo acorde con los principios de buena fe y diligencia del buen hombre de negocios, de un lado, porque hubo una demora no razonable ni justificada en el trámite de estudio y decisión formal de la referida reclamación, y, de otro lado, porque el análisis de la Gerencia Antifraude de COLTEL, remitido con dicha respuesta, no abordó el fondo de la reclamación de PLESCOM, sino que se limitó a

argumentar una supuesta extemporaneidad de la reclamación, que no se configuró.

PLESCOM, en la carta del 30 de diciembre de 2004 (fls. 204 a 205 C. Pruebas 1), expresó su desacuerdo con dicha respuesta de COLTEL, e insistió en su reclamación.

En las actas de conciliación N° 1, 2 y 3, no se hizo referencia a la reclamación del 13 de septiembre de 2004.

Dado lo anterior, el Tribunal considera que la reclamación del 13 de septiembre de 2004, por valor de \$ 684.868.635, no quedó comprendida bajo las actas de conciliación N° 1, 2 y 3, y, por lo tanto, no fue materia de la transacción recogida en el contrato modificatorio N° 3, del 28 de diciembre de 2004, en el cual las partes se declararon a paz y a salvo por los servicios prestados de telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y de larga distancia hasta el 30 de julio de 2004, refiriendo específicamente a las actas de conciliación números 1, 2 y 3.

Ahora bien, COLTEL sostiene que PLESCOM descontó unilateralmente parte del monto correspondiente al acta de conciliación N° 5 y que por lo tanto, debe pagar el monto así descontado que dejó de pagar.

PLESCOM, por su parte, alega que ese descuento no fue unilateral, sino que fue autorizado por el Comité Coordinador, en su sesión del 15 de marzo de 2005, acta N° 10.

El acta N° 10 del Comité Coordinador revela que en esa reunión PLESCOM solicitó que se aplicaran los descuentos que no se habían hecho efectivos en las conciliaciones, correspondientes a las reclamaciones presentadas y remitidas al área de antifraude, y manifestó, de un lado, no encontrarse satisfecha con las respuestas de esta área y que corresponde a la primera reclamación [hasta ese momento solo se conocía la respuesta del 27 de diciembre de 2004], y, de otro lado, que por lo tanto en el saldo a favor de COLTEL de la conciliación pendiente por pago [que era la correspondiente al acta de conciliación N° 5, del 7 de marzo de 2005], PLESCOM realizaría estos descuentos y pagaría el saldo hasta tanto se revisaran las reclamaciones.

En el acta antes mencionada se lee que COLTEL “*verificará con antifraude y tomará las medidas necesarias para que se de pronta respuesta a las reclamaciones presentadas por Plescom*”, lo cual supone que los representantes de COLTEL, presentes en dicha reunión, entendían que tales reclamaciones no habían sido respondidas, y no existe evidencia, ni en dicha acta ni en otro documento arrojado al expediente, de que COLTEL hubiera manifestado desacuerdo con el anuncio de PLESCOM relativo a que del saldo a favor de COLTEL de la conciliación pendiente por pago PLESCOM realizaría descuentos y pagaría el saldo hasta tanto se revisaran las reclamaciones, por lo cual el Tribunal entiende que COLTEL tácitamente consintió dicho descuento, de manera provisional, y que el pago del saldo a favor de COLTEL de la conciliación pendiente por pago, esto es, el saldo del acta de conciliación N° 5, quedó sujeto a que se revisaran las reclamaciones de PLESCOM previamente presentadas de conformidad con el Contrato.

De esta manera el Tribunal concluye que el descuento provisional sobre parte del valor a cargo de PLESCOM de que trata el acta de conciliación N° 5, del 15 marzo de 2005, en cuantía de \$ 684.868.635, no fue unilateral por parte de PLESCOM, sino que fue autorizado por el Comité Coordinador en el acta N° 10, en relación con las reclamaciones de PLESCOM previamente presentadas de conformidad con el Contrato, modificando así estas las condiciones de pago inicialmente fijadas en dicha acta de conciliación.

En efecto, en el acta de conciliación N° 5 se estableció que el valor allí determinado a cargo de PLESCOM debía ser cancelado por esta en un plazo máximo de 10 días calendario, que vencía el 17 de marzo de 2005; sin embargo, el 15 de marzo de 2005, antes de que se venciera el precitado plazo, el Comité Coordinador modificó las condiciones de pago del saldo pendiente de pago por dicha acta de conciliación, determinando que su pago quedaba sujeto a que se revisaran las reclamaciones de PLESCOM las reclamaciones de PLESCOM (previamente presentadas de conformidad con el Contrato).

Al respecto cabe agregar que el Comité Coordinador, como máximo órgano del Contrato, conformado con representantes de ambas partes, tenía, entre otras facultades, la de reglamentar aquellos aspectos del Contrato que lo requirieran (cláusula 11.3), en virtud de la cual, considera el Tribunal, podía modificar válidamente los términos y condiciones de pago de los valores establecidos en las actas de conciliación.

Precisado lo anterior, el Tribunal reitera que le correspondía a COLTEL probar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones reclamadas en su demanda reformada, lo que encuentra no se probó, pues en el proceso no existe certeza sobre si ocurrieron o no fraudes, aspecto que resulta relevante para la determinación de la procedencia del cobro de los valores reclamados por COLTEL, ya que en esas condiciones no es posible tener las facturas expedidas por esta como prueba de las obligaciones cuyo incumplimiento se le endilga a PLESCOM.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que COLTEL no probó la existencia, contenido y alcance de las obligaciones que en su demanda reformada afirmó no le fueron pagadas por PLESCOM, correspondientes al monto descontado por PLESCOM del valor establecido a su cargo en el acta de conciliación N° 5, específicamente en lo que hace referencia a la reclamación del 13 de septiembre de 2004, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

## **2) Reclamaciones del 9 y del 22 de febrero de 2005.**

Mediante comunicación C-049/05, del 9 de febrero de 2005, con referencia “*Solicitud investigación fraudes en tráfico de larga distancia*”, PLESCOM le manifestó a COLTEL lo siguiente: “*Teniendo en cuenta el contenido de su comunicación 020500-0275 del pasado 2 de febrero, en el archivo que se remite adjunto remitimos nuestra reclamación por supuestos fraudes en tráfico de larga distancia, dado que esas líneas facturadas en cuantía de \$ 6.984.471 no registran tráfico ni recaudos*”.

PLESCOM, en sus alegatos de conclusión, manifestó: (fl. 1580 C. Principal 4): “*Se trata de un error de contabilización que se reconoce cometió PLESCOM, pues ya había sido descontada en el Acta de Conciliación N° 5 (sic) (...) En consecuencia, PLESCOM reclama que las otras dos sumas (\$ 684.868.635 y \$ 120.155.226) no sean reconocidas a COLTEL, y solo la anterior de \$ 6.984.471, si(sic) la reconoce como valor facturado y conciliado*” (resalta y subraya el Tribunal).

### **Consideraciones del Tribunal:**

La manifestación de PLESCOM transcrita en el párrafo precedente tiene valor de confesión judicial espontánea (arts. 194(14) y 197(15) del Código de Procedimiento Civil), y, por lo tanto, el Tribunal encuentra parcialmente probada la pretensión segunda de la demanda reformada, en lo referente a este monto de \$ 6.984.471, que formando parte del valor reconocido en el acta de conciliación N° 5, no fue pagado por PLESCOM a COLTEL dentro del plazo de 10 días calendario otorgado para el efecto, y en consecuencia, de conformidad con la regla establecida en el numeral 1 del art. 1608 del Código Civil(16), habrá de condenar a PLESCOM a pagar dicha suma a COLTEL, junto con los correspondientes intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 18 de marzo de 2005, fecha que corresponde al día siguiente al del vencimiento del citado plazo, y hasta que el pago se verifique.

Entra ahora el Tribunal a examinar lo relativo a la pretensión sobre el pago del monto descontado por PLECOM por la reclamación del 22 de febrero de 2005, por \$ 120.155.226.

Para principiar recuerda el Tribunal que, según el análisis hecho en otro aparte de este laudo, teniendo en cuenta la aplicación práctica que las partes hicieron de la cláusula 16.a del Contrato (art. 1622, inciso tercero, Código Civil(17)), una reclamación de PLESCOM solo sería extemporánea cuando se presentara después de haberse suscrito el acta de conciliación correspondiente a las facturas conciliadas. Antes de la suscripción del acta de conciliación, la reclamación podía hacerse en cualquier momento, como de hecho se hizo, independiente al tiempo que hubiera transcurrido desde la expedición y el recibo de la factura.

El Tribunal no encontró el soporte de esta reclamación en el expediente. En la contestación de la demanda reformada, página 17, se explica que la misma: “*Corresponde al fraude reportado mediante carta C-0175/05 de fecha 22 de febrero de 2005, enviado en archivo magnético por larga distancia entre Agosto y Noviembre de 2004*”, sin embargo no se aportó al proceso la carta C-0175/05 del 22 de febrero de 2005, ni copia de la misma.

Según la precitada manifestación, contenida en la contestación de la demanda reformada, con valor legal de confesión judicial espontánea (arts. 194 y 197 del Código de Procedimiento Civil, que a pie de página se han dejado trascritos), la reclamación del 22 de febrero de 2005 estaba referida a la facturación de larga distancia del período agosto a noviembre de 2004, que fue conciliado en el acta de conciliación N° 4. Al respecto se recuerda que en las actas de conciliación N° 1 y 3 se conciliaron las facturaciones de larga distancia de los períodos comprendidos entre agosto 22 de 2003 y abril 30 de 2004, y mayo a julio 30 de 2004, respectivamente; en el acta de conciliación N° 4 se concilió la facturación de larga distancia del período agosto – noviembre de 2004, y en el acta de conciliación N° 6 se concilió la facturación de larga distancia del período comprendido entre diciembre 1 de 2004 y el 30 de enero de 2005.

Corroborando el anterior entendimiento, en sus alegatos de conclusión, (fl. 1553, C. Principal 4), PLESCOM, indica que *“el período de LD de Agosto a Noviembre de 2004, solo fue conciliado el 11 de febrero de 2005, seis meses después del primer mes de tráfico conciliado, según el Acta de Conciliación N° 4 de la fecha citada”*.

La redacción del acta de conciliación N° 4 no permite concluir que PLESCOM pudiera presentar reclamaciones o hacer descuentos futuros en relación con la facturación del período allí conciliado, después de la firma del acta. En cambio, en el punto 3 de esta acta se dice que *“Se verificará el tráfico y recaudo de los abonados que no facturaron en larga distancia desde agosto 22 de 2003 hasta noviembre 30 de 2004, y se revisará para determinar si fuere el caso los valores a cancelar”*, es decir, la revisión allí aludida se haría, respecto de los abonados que no facturaron en larga distancia entre el 22 de agosto de 2003 y el 30 de noviembre de 2004, para determinar si había valores adicionales a cancelar por parte de PLESCOM, y no porque estuviera pendiente una reclamación de PLESCOM sobre la facturación realizada por COLTEL.

Bajo el anterior contexto, el Tribunal concluye que la reclamación del 22 de febrero de 2005, relacionada con la facturación de larga distancia del período agosto – noviembre de 2004, fue extemporánea e improcedente, toda vez que se presentó después del 11 de febrero de 2005, fecha del acta de conciliación N° 4 en la cual se concilió la facturación de larga distancia del período agosto – noviembre de 2004.

En cuanto a la autorización de descuentos dada por el Comité Coordinador, en el acta N° 10, correspondiente a la reunión del 15 de marzo de 2005, la misma ha de entenderse referida a aquellas reclamaciones de PLESCOM que hasta esa fecha se habían presentado de conformidad con el Contrato, lo cual incluye que la reclamación se hubiera presentado oportunamente, y, en esa medida, tal autorización no cobijaba la extemporánea reclamación del 22 de febrero de 2005.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el descuento por valor de \$ 120.155.226, hecho por PLESCOM del valor establecido a su cargo en el acta de conciliación N° 5, carece de sustento, y por lo mismo encuentra parcialmente probada la pretensión segunda de la demanda reformada, en lo referente a este monto de \$ 120.155.226, que formando parte del valor reconocido en dicha acta de conciliación, no fue pagado por PLESCOM a COLTEL dentro del plazo de 10 días calendario otorgado para el efecto, y en consecuencia, de conformidad con la regla establecida en el numeral 1 del art. 1608 del Código Civil(18), habrá de condenar a PLESCOM a pagar dicha suma a COLTEL, junto con los correspondientes intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 18 de marzo de 2005, fecha que corresponde al día siguiente al del vencimiento del citado plazo, y hasta que el pago se verifique.

#### **b. Tráfico de 1103 líneas, referenciado en el acta de conciliación N° 5.**

En el acta de conciliación N° 5, punto 7, se estableció:

*“Quedan pendientes por facturar el tráfico de 1103 líneas, de las cuales no se ha enviado la facturación correspondiente, pero se incluye el cargo básico”*.

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Al analizar **este** aparte del acta de conciliación N° 5, en concordancia con los numerales el 51 y 52 del acápite de los hechos de la demanda reformada, el Tribunal entiende que el cargo básico correspondiente a las 1103 líneas de marras quedó incluido en esa conciliación, y lo que quedó pendiente por facturar fue el tráfico, esto es el consumo,

de esas líneas, por el período tratado en dicha acta, que fue el comprendido entre septiembre 15 y diciembre 31 de 2004. En consecuencia, le correspondía a COLTEL proceder a determinar ese tráfico no facturado, liquidar su valor y expedir y entregar a PLESCOM la correspondiente factura.

PLESCOM no desconoció que el referido tráfico de las 1103 líneas estaba pendiente de facturar. En efecto, en comunicación C-239-05, del 25 de mayo de 2005 (fl. 171, C. Pruebas 1), dirigida por Efraín Puentes, funcionario de PLESCOM, a David Carom Zapata, Gerente de Telefonía Pública de COLTEL, se expresa, entre otras cosas, que: “(...) *El único tráfico local que está pendiente de facturación, corresponde a las 1.103 líneas, que se señalan en el Acta de Conciliación N° 5 de fecha 7 de marzo de 2005*”. En comunicación C-306, del 14 de julio de 2005 (fl. 169 a 170, C. Pruebas 1), dirigida por Efraín Puentes, funcionario de PLESCOM, a David Carom Zapata, Gerente de Telefonía Pública de COLTEL, se expresa que “(...) *en nuestras cuentas no aparece pendiente conciliación ninguna por concepto de tráfico local anterior a diciembre de 2004, salvo los 1103 registros que se mencionan en el acta de conciliación N° 5 del pasado 7 de marzo (...)*”. Y en el acta de liquidación N° 1, de fecha 19 de octubre de 2005 (fl. 375 a 37, C. Pruebas 1), suscrita por funcionarios de PLESCOM, se dejó constancia de que: “(...) *Plescom Ltda. reitera que los únicos saldos pendientes son los correspondientes a 1103 registros del período 16 de septiembre y el 31 de diciembre, los cuales serán verificados por parte de Plescom y se conciliarán tentativamente el 31 de octubre de 2005*”.

El acta de liquidación N° 1, de fecha 19 de octubre de 2005, revela que dentro de la vigencia del Contrato COLTEL no facturó a PLESCOM el valor del tráfico de las 1103 líneas de que se viene hablando. Tampoco hubo la conciliación que allí se anunció.

Así las cosas, en el marco del presente trámite arbitral, le correspondía a COLTEL probar el valor del referido tráfico, como presupuesto indispensable para la prosperidad de su pretensión de cobrarlo.

En la demanda reformada, numeral 53 del acápite de los hechos, se lee: “*Se acordó por las partes del contrato que esos registros se facturarían a un valor de \$ 48.000 por cada línea, lo que significa que el valor a facturar asciende a cincuenta y dos millones novecientos cuarenta y cuatro mil pesos (\$ 52.944.000)*”.

En sus alegatos de conclusión, pág. 66, COLTEL reitera que hubo acuerdo para cobrar ese tráfico a razón de \$ 48.000 por línea, en apoyo de lo cual invoca la declaración de parte del representante legal de PLESCOM, así:

*“Y además reconoció que esas líneas debían ser facturadas a razón de \$ 48.000 pesos por línea. En efecto, cuando se le preguntó si se había acordado tal tarifa, expresó: “No, no es cierto, eso fue algo que se acordó a posteriori y se estaba hablando en el arreglo para la liquidación del contrato, pero no fue cierto que estaba acordado...”. Así, lo que está claro es que no estaba acordado inicialmente, pero se acordó posteriormente que ese era el valor por línea en materia de telefonía local. De hecho, el valor no es caprichoso, ese fue el valor que se acordó por línea en materia de local para que rigiera a partir del 1 de enero de 2005 y que rigió hasta el final del contrato”.*

Para efectos de la necesaria claridad, a continuación se transcribe la parte pertinente de la declaración de parte del representante legal de PLESCOM:

*“DR. VÉLEZ: **Pregunta N° 7.** Diga cómo es cierto sí o no que por virtud del acuerdo entre Coltel y Plescom, el valor a que se facturaría dicho tráfico sería de \$ 48.000 por línea?*

*SR. MOLANO: No, no es cierto, eso fue algo que se acordó a posteriori y se estaba hablando en el arreglo para la liquidación del contrato, pero no fue cierto que estaba acordado \$ 48.000”.*

A juicio del Tribunal, la respuesta del representante legal de PLESCOM, transcrita en precedencia, no prueba que hubiera habido acuerdo entre las partes para que el tráfico pendiente de facturación se cobrara a \$ 48.000 por línea, ya que precisamente en dicha respuesta se niega el contenido de la pregunta asertiva hecha por el apoderado de COLTEL y se dan aclaraciones a la negativa. Y más allá de ello, COLTEL no aportó ninguna otra prueba del acuerdo que afirma existió entre las partes respecto de esta materia.

En esas condiciones, se requería que el valor del tráfico de las 1103 líneas en cuestión se hubiera probado dentro del proceso. Al respecto, en sus alegatos de conclusión, (fl. 1393, C. Principal 3), COLTEL sostiene que el valor a



pagar son \$ 52.944.000, sobre la base del cálculo hecho por el perito economista, quien en el escrito de aclaraciones y complementaciones de octubre de 2008, página 1-5, reporta ese valor bajo el rubro “*TRÁFICO LOCAL PENDIENTE POR FACTURAR (septiembre – diciembre, 1103 registros liquidados a \$ 48.000)*”. Sin embargo, el perito no da explicación alguna de la base de ese cálculo, ni aportó soporte del mismo.

Aunque ninguna de las partes objetó el cálculo del perito, para el Tribunal el mismo no es claro y no puede ser tenido como prueba del valor del tráfico, porque, sin sustento, se usó como factor para la operación aritmética la suma de \$ 48.000, que es igual al valor de la tarifa plana para telefonía local que fue pactada en el contrato modificadorio N° 3, del 28 de diciembre de 2004, que solo era aplicable a partir del 1° de enero de 2005.

Por otro lado, se ha de recordar que, como lo indica el acta de conciliación N° 5, en la conciliación recogida en esta se había incluido el cargo básico de las 1103 líneas, dado lo cual, y tomando en cuenta que durante el período en el cual se generaron los tráficos con facturación pendiente (entre septiembre 15 y diciembre 31 de 2004), el cargo básico era de \$ 30.000 por línea, según el contrato modificadorio N° 1, cláusula séptima, no encuentra el Tribunal razonable que ese tráfico no facturado se calcule por el perito con base el valor de la tarifa plana que incluía cargo fijo y tráfico, porque, sin haberse probado acuerdo en tal sentido, se estaría cobrando doblemente el cargo fijo cuando lo que COLTEL tenía derecho a cobrar era el valor del tráfico no facturado.

Debe entonces el Tribunal concluir que aunque PLESCOM reconoció que estaba pendiente la facturación del tráfico de las 1103 líneas, COLTEL no probó acuerdo entre las partes para facturarlos a la tarifa de \$ 48.000 por línea, ni probó el valor real de ese tráfico, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

**c. El valor del tráfico que no se había facturado al momento de la firma del acta N° 10 y que quedó pendiente de facturación según se observa en esa acta (\$ 110.342.120).**

COLTEL, en el hecho 77 de su demanda reformada, dijo:

*“El valor de ese tráfico fue facturado posteriormente, siguiendo lo establecido en el contrato VL-001, por valor de ciento diez millones trescientos cuarenta y dos mil ciento veinte pesos (\$ 110.342.120.00); suma que no ha sido pagada por Plescom Ltda.”.*

En su alegato de conclusión, COLTEL manifestó sobre este tema (pág. 63 y 64; resalta y subraya el Tribunal):

**“ En cuanto al valor facturado en octubre de 2005, que asciende a ciento diez millones trescientos cuarenta y dos mil ciento veinte pesos (\$ 110.342.120.00).**

*Este valor, como ya se explicó, corresponde a una facturación que había quedado pendiente y que tuvo lugar luego de que el contrato terminara, aunque relacionada con tráfico cursado durante el contrato. Siendo ello así, el valor de la facturación no fue objeto de conciliación, como es natural.*

*Lo fundamental en relación con este punto es determinar si las partes realmente acordaron que tal facturación iba a tener lugar o no. En relación con este punto existe constancia de que para las partes era claro que esa era un valor que se iba a facturar.*

*En efecto, en el punto 6 del acta N° 10, se expresó lo siguiente: “... Se aclara que quedan pendientes por conciliar el tráfico que se cursó hasta el 30 de septiembre de 2005 y que a la fecha no se ha facturado, al igual que el tráfico de móviles de este período pero que no ha sido entregado a Colombia Telecomunicaciones para su facturación...”. En esa medida, había tráfico que aun no había sido facturado y que por tanto no fue objeto de lo acordado en el acta N° 10.*

*Pues bien, ese tráfico se facturó, por valor de ciento diez millones trescientos cuarenta y dos mil ciento veinte pesos (\$ 110.342.120.00), sin que se pagara por parte de Plescom.*

*Plescom no puede oponerse al pago del valor facturado, salvo que hubiera habido alguna inconsistencia o diferencia que pudiere resultar objeto de análisis y conciliación por las partes, asunto que no probó en modo alguno, dado que no contaba con los registros del OPMS, como ya se explicó”.*

Por su parte, PLESCOM, en sus alegatos de conclusión, se pronunció sobre este asunto, en varios apartes, así:

*Pago 46:*

*“Revisadas todas las actas suscritas por las partes, no se observa en ninguna de ellas el valor de \$ 110.342.120 a que alude el demandante en esta pretensión.*

*No puede ser reconocida pues se trata de valores que tienen como único sustento la afirmación de COLTEL, y que nunca fueron sometidos al proceso de conciliación, como estaba acordado en el contrato y así, lo desarrollaron las partes, al someter todo el tráfico a reuniones de conciliación para confrontarlo con los registros del OPMS”.*

*Pago 51 y 52:*

*“El servicio de larga distancia de julio 1 de 2005 a septiembre 30 de 2005, solo se pudo conciliar el 11 de noviembre de 2005, es decir 4 meses después del primer período mensual conciliado, según acta de conciliación número 10.*

*Nuevamente resulta reprochable la actuación de COLTEL, cuando pretende cobrar en este proceso, unos valores que ni siquiera tuvo listos en que esta Acta de Conciliación número 10, con cuatro meses de retraso al primer período mensual conciliado.*

*Me refiero a la suma de \$ 110.342.10, (numeral 2 de las pretensiones segunda y cuarta) pretende (sic) de más de 2 años de mora (tráfico presunto de julio, septiembre 2005) exigir un pago soportado en sus afirmaciones, sin ninguna cifra confrontada con el OPMS y conciliada.*

*Lo que pretende servir como prueba de valores a favor de COLTEL, realmente corresponde a una prueba fehaciente de los incumplimientos de COLTEL por mora en su facturación y en la información necesaria para la facturación.*

*En esta acta, “Se aclara que quedan pendientes **por conciliar** el tráfico que se cursó hasta el 30 de septiembre de 2005, y que a la fecha no se ha facturado, al igual que tráfico de móviles de este período pero que no ha sido entregado a Colombia Telecomunicaciones para su facturación”.*

*No se entiende como el Acta concilia el tráfico de julio a septiembre de 2005 y en la misma Acta COLTEL señale que queda pendiente por conciliar el tráfico hasta el 30 de septiembre de 2005 y más grave, cuando la conciliación de este tráfico se hace en noviembre de 2005.*

*Es decir, según la decisión de COLTEL, el contrato se termina el 30 de septiembre de 2005. Y cuatro meses después del primer período conciliado (julio 2005), COLTEL todavía deja constancias que no ha podido facturar el tráfico hasta el 30 de septiembre de 2005, sin especificar a que período exacto se refiere, lo cual resulta inconcebible que se pretenda cobrar ahora con la presentación de la demanda.*

*Este valor nunca se sometió al proceso de conciliación contractual desarrollado por las partes, y que expresamente el acta señala como requisito necesario (19) y sin embargo, se pretendió facturar directamente, después de terminado el contrato, (septiembre 2005) y de surtirse la última acta de conciliación de noviembre 11 de 2005.*

*Por consiguiente, COLTEL no puede legalmente exigir esta obligación sin soporte de un tráfico presentado con mora de más de 2 años, y que por su omisión, nunca se sometió a conciliación como se acordó.*

*Y las razones de todos estos retrasos en el sistema de información y facturación, no es otra que la culpa exclusiva de COLTEL, que nunca pudo cumplir respecto de su obligación de facturar los consumos reales en forma oportuna.*

*Ello implica, que no es posible aceptar la pretensión de cobrar sumas de dinero soportadas en el sistema de facturación y de información, que nunca fue oportuno, ni exacto durante la ejecución del contrato.*

*No entendemos cómo con base en este mismo sistema de facturación, y de los errores humanos y de los sistemas de COLTEL, como lo explica el perito técnico, COLTEL pretenda establecer incumplimientos por falta de pago de PLESCOM, en valores que posteriormente procedió a calificar en forma unilateral y sin prueba alguna, como no procedentes, cuando además fueron reclamados oportunamente por PLESCOM, por acuerdo entre las dos partes, según se observa en las Actas de Conciliación”.*

Pago 57 y 58:

#### **“Tráfico local**

**• Sobre la omisión de actualizar el “maestro” de COLTEL, y la consecuencia de que estas líneas de la lista de COLTEL, no coincidan con las líneas de los teléfonos públicos registradas en el OPMS. Líneas sin registro o tráfico (Acta 10 reclamada por COLTEL).**

*El perito señala respecto de un tema que reclama a COLTEL (líneas que no presentan tráfico en el OPMS o llamadas duplicadas (hechos 74 y 80 de la demanda Acta 10 de conciliación), los incumplimientos por omisión de COLTEL que determinaron que la información de tráfico de los teléfonos públicos registrada en el OPMS, no coincidiera con la información suministrada en el “maestro” de COLTEL, entre ellas que no apareciera recaudo en el OPMS o sin el número asignado a la línea entregada a PLESCOM, y si apareciera información distinta por parte de COLTEL.*

*“En las actas aparecen conceptos tales como “Líneas que no registran” y “Líneas sin No PLESCOM, registro OPMS ni recaudo”, **que se refieren a líneas telefónicas facturadas que no pertenecían a Plescom o que se había solicitado su retiro,** y por tal razón las partes descontaron en las conciliaciones el tráfico generado por estas líneas telefónicas”. Pág. 5 (Es texto literal, el resaltado es nuestro).*

*Como prelude a esta afirmación, el perito afirma:*

*“Como se puede observar en las actas de conciliación, en varias oportunidades se efectuaron ajustes en los valores facturados **debido a que las líneas facturadas por Colombia Telecomunicaciones no coincidía en su totalidad con las líneas utilizadas por los teléfonos públicos del Convenio**” Pág. 5 (Es texto literal, el resaltado es nuestro).*

*Más adelante (hoja 9) el perito ratifica que:*

*“... en las actas de conciliación aparecen descuentos de tráfico por el concepto denominado “Líneas sin N° Plescom, registro OPMS, ni recaudo”, debido a que en la facturación de Colombia Telecomunicaciones aparecían líneas telefónicas que no eran utilizadas por los teléfonos públicos del convenio”.*

*Como lógica deducción de lo anterior, si las diferencias entre los datos de COLTEL y los registros del OPMS de PLESCOM obedecían al error de COLTEL al incluir en la facturación líneas que no eran parte de las líneas del convenio y que además no actualizaba en forma oportuna la “maestra” y no coincidían las líneas que facturaba con las líneas del convenio, es claro que debe negarse la pretensión relacionada con líneas sin tráfico, que el demandante aduce son derivadas del acta N° 10, sobre llamadas duplicadas y traslapadas (hechos 74 y 80 de la demanda) (§ 110.342.120) y que hacen parte de la pretensión de las reclamaciones que denomina COLTEL no procedentes” (fls. 20 a 22 del C. Principal N° 1).*

*“Al parecer el único soporte que tiene COLTEL de esta pretensión es el Acta de Conciliación N° 10, que luego del descuento de llamadas traslapadas o duplicadas dice:*

*‘Se aclara que quedan pendiente por conciliar el tráfico que se curso hasta el 30 de septiembre de 2005, y que a la fecha no se ha facturado...’.*

*Es totalmente contradictorio señalar que se concilia el período de julio de 2005, hasta septiembre de 2005, y se*

establecen valores a pagar por PLESCOM por este período, y en la misma acta COLTEL diga que queda pendiente por conciliar el mismo tráfico cursado hasta septiembre de 2005. Las cosas no pueden ser y no ser al mismo tiempo, y por los mismos meses conciliados y por ende, no hay claridad o soporte alguno que permita a COLTEL en la demanda de hoy, soportar esta pretensión.

Pero aún más, nuevamente se observa que todo esto surge por el retraso de COLTEL en la facturación de larga distancia, incluido el último período del contrato, la cual refleja una mora de seis meses, respecto del primer mes conciliado. No solamente se retrasa en su obligación de facturar, sino que además pretende facturar dos veces el mismo período (hasta septiembre de 2005).

Por mora de COLTEL, era tráfico que quedaba en forma indefinida pendiente por conciliar, no por facturar directamente como lo hizo COLTEL, pues así quedó pactado. Y COLTEL nunca lo sometió al proceso de conciliación (confrontar con datos del OPMS), necesarios para dar certeza de los valores reiterada inconsistente de los registros de COLTEL”.

### **Consideraciones del Tribunal:**

La lectura cuidadosa del acta de conciliación N° 10, revela que si bien en su encabezado se menciona el período julio – septiembre de 2005, como período conciliado, en dicho documento se estableció que quedaba pendiente la conciliación de parte del tráfico de larga distancia y de móviles hasta el 30 de septiembre de 2005, que no había sido facturado. Es decir, lo conciliado fue lo correspondiente al tráfico que para ese momento había sido facturado por COLTEL, pero el tráfico que no había sido facturado no quedó conciliado.

El acta de conciliación N° 10 tiene como fecha el 11 de noviembre de 2005, esto es, 42 días comunes después de la fecha de terminación del Contrato que fue el 30 de septiembre de 2005, tiempo que a juicio del Tribunal era suficiente para que un profesional del sector de las telecomunicaciones como COLTEL determinará el valor del tráfico cursado hasta la terminación del Contrato, lo que sin embargo no fue así.

Con todo, el acta de conciliación N° 10 fue conocida y firmada por PLESCOM, a través de su representante en esa reunión, en señal de aceptación de su contenido y sin salvedad alguna —ni en el acta misma ni en otro documento arrimado al expediente—, siendo también PLESCOM un profesional en el desarrollo de los negocios propios de su objeto social, lo cual evidencia que PLESCOM aceptó que quedaba pendiente la conciliación de parte del tráfico de larga distancia y de móviles hasta el 30 de septiembre de 2005, que no había sido facturado.

En cuanto a la prueba del valor de dicho tráfico, COLTEL afirma que fue facturado, por valor de \$ 110.342.120, sin identificar la factura respectiva.

Según indica el perito economista, en las aclaraciones y complementaciones a su dictamen, pág. 1-5, “*Dentro de ese valor reclamado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES queda incluido (...) el valor no cancelado por tráfico anterior a 30 de septiembre de 2005, facturado en octubre del mismo año, por \$ 110.342.120” (resalta y subraya el Tribunal).*

Al revisar las copias de las facturas de COLTEL obrantes en el expediente, no se encontró ninguna expedida en octubre de 2005, o con posterioridad al 11 de noviembre de 2005, que refiera a tráfico hasta septiembre de 2005 por dicho valor. La única factura en la que se incluye el monto de \$ 110.342.120, es la N° 52899-000111513-2, fechada el 11 de noviembre de 2005 (fl. 462, C. Principal 1), respecto de la cual se observa, de un lado, que por su fecha de emisión no concuerda con la afirmación del perito en cuanto a que el referido tráfico fue facturado en octubre de 2005, y, de otro lado, que en dicho documento se lee: “*Esta factura corresponde al mes de Octubre de 2005*”.

Además, llama la atención que la factura mencionada en el párrafo precedente tenga como fecha de emisión la misma del acta de conciliación N° 10 (11 de noviembre de 2005), de un lado, porque en dicha acta se aclara de manera explícita que lo que queda pendiente de conciliar es tráfico que a esa fecha no se ha facturado, y, de otro lado, porque teniendo ambos documentos la misma fecha resulta lógico pensar que el referido monto podría haberse incluido en la conciliación del acta N° 10. Como también podría haberse incluido en la conciliación del acta N° 10 un tráfico que, al decir del perito, se facturó en el mes de octubre de 2005. Nada dijo COLTEL sobre

estos aspectos.

Así las cosas, no es claro si el tráfico pendiente hasta el 30 de septiembre de 2005, al que se alude en el acta de conciliación N° 10, fue facturado por COLTEL en la factura N° 52899-000111513-2, del 11 de noviembre de 2005, que textualmente dice corresponder al mes de octubre de 2005.

Aun si en gracia de discusión se dijera que el mencionado tráfico se facturó por COLTEL en la precitada factura del 11 de noviembre de 2005, se tiene que el monto de \$ 110.342.120 no fue conciliado por las partes, circunstancia en la que coinciden los alegatos de conclusión de ambas partes, arriba transcritos, siendo que tal conciliación fue explícitamente mencionada en el acta de conciliación N° 10.

En esas condiciones, el Tribunal concluye que COLTEL no acreditó su dicho de haber facturado ese tráfico, y no probó la existencia, contenido y alcance de la obligación que en su demanda reclamó por ese concepto, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

**d. El valor a que se hace referencia en el acta de conciliación N° 10, por \$ 854.514.339. Consideraciones sobre la excepción de “contrato no cumplido” y otros argumentos esgrimidos por PLESCOM en relación con este valor.**

En el acta de conciliación N° 10, de fecha del 11 de noviembre de 2005, punto 6, se consignó lo siguiente (fl. 99 a 100, C. Pruebas 1):

*“El valor total de esta conciliación corresponde a Ochocientos cincuenta y cuatro millones quinientos catorce mil trescientos treinta y nueve pesos (\$ 854.514.339) a favor de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con el resumen anexo, los cuales serán cancelados dentro de los cinco días siguientes a la presente conciliación.*

*Plescom solicita que en la semana comprendida entre el 21 y el 26 de noviembre se le permita plantear una negociación para el pago basada en el desajuste económico que según Plescom presento (sic) el contrato”.*

En su contestación de la demanda, punto 25 de la respuesta a los hechos, págs. 20 y 21, PLESCOM manifestó:

*“ **Me atengo al contenido del acta,** y a los documentos y soportes probatorios que remitió PLESCOM sobre la misma, objetando los valores allí señalados, por la clara razón que no corresponden a la realidad” (resalta y subraya el Tribunal).*

(...)

*Me atengo a lo que se pruebe sobre estos hechos”.*

Y en sus alegatos de conclusión, (fl. 1556 del C. Principal 1), dijo PLESCOM:

*“Este valor debía compensarse con los valores a favor de PLESCOM por el detrimento económico causado por las omisiones de COLTEL”.*

De otra parte, en sus alegatos de conclusión (fls. 1619 a 1620 del C. Principal 1), PLESCOM invocó como argumentos para el no pago del monto señalado en el acta de conciliación N° 10, el incumplimiento contractual de COLTEL, los siguientes:

*“Está acreditado el incumplimiento de COLTEL en cuanto al contenido de la facturación, que permite asegurar la total falta de confiabilidad de su información y de sus registros. Por ende, no puede tener ningún soporte pretensiones sobre valores edificados en el incumplimiento de COLTEL en su facturación.*

(...)

*“Y en el proceso se encuentra demostrado además, por las omisiones de COLTEL, que Plescom canceló un mayor*

valor a favor de COLTEL por los servicios de telecomunicaciones, respecto de las sumas facturadas y conciliadas, según la complementación al dictamen financiero (páginas 2 y 3).

En esta complementación se señala que el valor facturado y conciliado es de \$ 19.524.730.723. Y que el valor total pagado por Plescom es de \$ 20.125.749.341.

Es pertinente aclarar que el valor de \$ 854.514.339 de esta pretensión está incorporado como valor facturado y conciliado por COLTEL.

Por lo tanto, no hay suma alguna que deba reconocerse a COLTEL”.

(...)

En forma adicional, Plescom alega la excepción de contrato no cumplido, soportado en los graves y continuos incumplimientos de COLTEL que afectaron los ingresos previstos para Plescom y que serán analizados en las pretensiones de la demanda de reconvención, y resumidos en las excepciones que a continuación se presenta (sic).

Están probados los incumplimientos de COLTEL que impiden aceptar sus exigencias de cumplimiento por parte de PLESCOM, bajo la excepción de contrato no cumplido”.

### **Consideraciones del Tribunal:**

En primer lugar, se recuerda que el acta de conciliación N° 10 aparece suscrita, en señal de aceptación de su contenido, entre otros, por Ernesto Rodríguez Oliveros, Contralor de PLESCOM, y da cuenta de un valor total a cargo de esta y a favor de COLTEL por \$ 54.514.339, para cuyo pago se otorgó, en esa misma acta, un plazo de 5 días. Conforme a la regla establecida en el art. 829, Parágrafo 1°, del Código de Comercio(20), este plazo convencional se entiende de días comunes, y en consecuencia, teniendo en cuenta la fecha del acta —11 de noviembre de 2005—, el mismo venció el día 16 de noviembre de 2005.

En esta acta no aparece ninguna manifestación, salvedad u objeción de PLESCOM en contra de la precitada suma. Lo único que consta es que PLESCOM solicitó que “en la semana comprendida entre el 21 al 26 de noviembre se le permita plantear una negociación para el pago basada en el desajuste económico que según Plescom presento (sic) el contrato”.

Esta solicitud de PLESCOM es explícita en que lo que se pretendía era la posibilidad de plantear una negociación para el pago de la deuda conciliada, basada en el desajuste económico que PLESCOM consideraba se presentó en el Contrato, lo cual en modo alguno implica objeción, desconocimiento o cuestionamiento de la existencia y monto de la deuda conciliada.

PLESCOM no ha desconocido la existencia de la obligación, ni en otros documentos posteriores al acta de conciliación N° 10, ni en sus planteamientos procesales, pero, en adición a lo expresado en el acta, afirma que su valor debe compensarse con los valores a favor de PLESCOM por el detrimento económico causado por las omisiones de COLTEL.

Al respecto se observa que si bien PLESCOM le planteó a COLTEL inquietudes y reclamaciones por desequilibrio económico del Contrato, COLTEL no las aceptó, ni hizo reconocimiento alguno a ese respecto. Estos aspectos los analiza en detalle el Tribunal en otro aparte de este laudo, al ocuparse de la demanda de reconvención, su contestación y excepciones. Por lo tanto, el Tribunal considera que no hay lugar a la compensación alegada por PLESCOM.

En adición a lo anterior, en este punto, el Tribunal encuentra de recibo la posición de COLTEL en los alegatos de conclusión, cuando señala (pág. 34):

“Por otra parte, no puede perderse de vista que el acta se suscribe el 11 de noviembre de 2005, es decir, más de un mes luego de la terminación del contrato (30 de septiembre de 2005) y mucho tiempo después de que Plescom había planteado la existencia de un desequilibrio. Si Plescom había argumentado con anterioridad a la suscripción del acta N° 10, que se había presentado o que se venía presentando una situación de desequilibrio,

*¿por qué razón no la planteó el momento de acordar el valor a pagar por parte suya?. El valor a pagar se acordó; sin embargo, Plescom solicitó que se pudiera revisar lo relativo a la forma de pago, como claramente se observa en el texto del acta bajo estudio”.*

Así las cosas, el Tribunal no acoge ese argumento de PLESCOM y encuentra que no se probó que entre las partes existiera acuerdo alguno para el pago de la referida deuda basado en el desajuste económico que según PLESCOM se presentó en el Contrato, por lo que considera que dicha deuda se hizo exigible desde el 16 de noviembre de 2005, una vez expirado el plazo de 5 días comunes concedido para su pago.

En segundo lugar, si bien se presentaron incumplimientos contractuales por parte de COLTEL, como se analiza en otros apartes de este laudo, el Tribunal considera que los mismos por su naturaleza y entidad no obstan a la exigibilidad de la obligación dineraria establecida a cargo de PLESCOM en el acta de conciliación N° 10, sobre la base de la excepción de contrato no cumplido propuesta por la Convocada, pues dicha deuda pecuniaria fue en su momento reconocida y aceptada por PLESCOM, sin salvedades relativas a incumplimientos de COLTEL, es exigible y debe ser pagada por ella. Al respecto se agrega que los incumplimientos contractuales de COLTEL probados en este proceso tampoco obstan en modo alguno a la exigibilidad de las demás obligaciones dinerarias que en otros apartes de este laudo arbitral se reconocen a favor de COLTEL y a cargo de PLESCOM, y que, a juicio del Tribunal, no se configuran los requisitos necesarios para que en el presente caso prospere la excepción de contrato no cumplido. A continuación se exponen las consideraciones del Tribunal sobre la excepción de “contrato no cumplido” y su improcedencia en el caso concreto.

Aunque el análisis y la decisión sobre los incumplimientos contractuales que PLESCOM le endilga a COLTEL, se incluyen en el capítulo de este laudo en el cual se estudian la demanda de reconvención, su contestación y excepciones, el Tribunal encuentra necesario detenerse aquí en ese asunto, por cuanto PLESCOM, en su contestación de la demanda reformada, pág. 29, invocó la excepción de contrato no cumplido, en los siguientes términos:

*“De conformidad con el artículo 1609 del C.C. se solicita la declaratoria de esta excepción.*

*Dados los incumplimientos de Telecom que tuvieron incidencia en la definición de valores económicos a que tenían derecho las partes, es pertinente, declarar la excepción de contrato no cumplido, según se demostrará en este proceso”.*

Por consiguiente, y dado que el Tribunal ha encontrado probados varios incumplimientos contractuales de PLESCOM, es menester examinar si frente a los mismos ha de prosperar o no la precitada excepción de mérito.

En sus alegatos de conclusión, PLESCOM alude en detalle a los incumplimientos que le endilga a COLTEL y sobre cuya base busca sustentar la excepción de contrato no cumplido, a saber: la mora y el contenido de la facturación de COLTEL; el incumplimiento de COLTEL en realizar sus mejores esfuerzos con el fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio (cláusula 7.5 del Contrato); el incumplimiento en operar, explotar y mantener la infraestructura de las redes de telefonía local y de larga distancia necesarias para la prestación del servicio; el incumplimiento por la omisión y falta de atención oportuna en la reparación de líneas; el incumplimiento por el corte injustificado del servicio de las líneas; el incumplimiento por la omisión de COLTEL en prevenir el fraude en sus líneas telefónicas; el incumplimiento de la obligación derivada del principio de buena fe, de evitar y prevenir la competencia desleal causada por los mismos agentes designados por COLTEL (SAIS y Resellers) para prestar servicios en los mismo sitios de ubicación de los teléfonos públicos, y con tarifas más bajas, y el incumplimiento de COLTEL en realizar las actuaciones necesarias para el cambio del esquema económico del Contrato, frente a la realidad del cambio de las condiciones del mercado que, a juicio de PLESCOM, determinaron la necesidad de su modificación (cláusula 6.6 del Contrato).

Tras la enunciación y explicación de los precitados incumplimientos, concluye el apoderado de PLESCOM:

*“Estimo que las consideraciones expuestas en forma sucinta acreditan plenamente la existencia de la excepción de contrato no cumplido, que solicito sea declarada por el honorable Tribunal, pues todas ellas se refieren a obligaciones principales de COLTEL previas a la obligación de pago de Plescom, que además tenían una*

*incidencia directa en la disminución de sus ingresos y por ende, de los recursos para cancelar sus obligaciones.*

*Los mayores valores cobrados por errores en la facturación; el cobro indebido de sumas ocasionadas por fraude; los menores ingresos por la no reparación de los daños a las líneas y el corte del servicio por una mora inexistente; son claramente obligaciones principales en conexión directa con la afectación de los ingresos de Plescom.*

*En forma adicional, me remito a las consideraciones expuestas al sustentar a continuación la procedencia de las pretensiones de la demanda de reconvención sobre los incumplimientos de COLTEL, respecto de la facturación, operación y mantenimiento de las líneas prevención de fraude, omisión en la reparación de líneas, no utilizar sus mejores esfuerzos, experiencia y capacidad para optimizar la rentabilidad del servicio, y no adecuar el contrato a los cambios de las condiciones del mercado, como lo ordenaba la cláusula 6.6” (se resalta y subraya)(sic).*

En el ordenamiento jurídico colombiano, la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), consagrada en el artículo 1609 del Código Civil(21), le permite a la parte cumplida la posibilidad de no cumplir las prestaciones a su cargo, cuando su contraparte no ha cumplido —o no se ha allanado a cumplir— las suyas.

A pesar de su aparente sencillez, en la práctica, en especial en el contexto de contratos de tracto sucesivo, con diversas obligaciones en cabeza de cada una de las partes, el alcance y la aplicabilidad de esta excepción no siempre son fáciles de precisar, y para ello deben tenerse presentes los requisitos que se han de reunir en orden a su prosperidad.

La doctrina alemana anota que para la procedencia de la excepción en comento se requiere una mutua dependencia funcional en las obligaciones incumplidas:

*“La excepción de contrato no cumplido surge del enlace sinalagmático de dos prestaciones principales, de las cuales su exigibilidad corresponde a su situación de reciprocidad” (22).*

El autor argentino JORGE MOSSET ITURRASPE, citado por el señor agente del Ministerio Público en sus alegatos de conclusión(23), explica esta correlación como una dependencia funcional (*funktionelle Abhaengigkeit o funktionelles Synallagma*):

*“(…) [La] “bilateralidad funcional” (funktionelle abhangigkeit) (sic) (...) se refiere a la mutua dependencia que media entre los efectos de las obligaciones y que influye también en el momento de su ejecución, a la hora de cumplir las obligaciones nacidas en nexo de reciprocidad.*

*En la bilateralidad o sinalagma funcional se funda pues el principio de ejecución simultánea de las prestaciones: “mano a mano”, trait pour traou. (sic) que tiende a posibilitar la excepción de incumplimiento contractual” (24).*

Doctrina nacional autorizada confirma las posiciones arriba citadas y su aplicabilidad en el contexto colombiano:

*“... esta institución, (...), se funda... en la interdependencia de las obligaciones que generan los contratos bilaterales, determinada por la intención real, aunque sea tácita, de que dichas obligaciones sean cumplidas simultáneamente (dando y dando) desde cuando se hagan exigibles” (25).*

Aunque en los contratos de tracto sucesivo el cumplimiento de las obligaciones no necesariamente es simultáneo en el tiempo, ello no implica que no proceda la excepción de contrato no cumplido. La interdependencia de las obligaciones es consecucional, es decir, a la satisfacción de una de las partes de su prestación corresponde a la otra cumplir con reciprocidad al cumplimiento de la otra parte. Así, no se habla propiamente de un ‘dando y dando’ sino un ‘el uno da después del otro’.

Visto lo anterior, se agrega que la excepción de contrato no cumplido, en los contratos de tracto sucesivo, además de la correlatividad de las prestaciones consideradas, envuelve un elemento temporal relativo al orden de los cumplimientos. En virtud de este segundo elemento, quien invoca la excepción debe demostrar que la otra parte no cumplió una prestación recíproca que debió cumplirse antes de que el excepcionante debiera cumplir la suya. Valga anotar que quien invoca la excepción solo está legitimado para hacerlo si a su vez no ha incumplido antes de



que se produzca el incumplimiento que busca hacer valer como excepción. Así y de manera muy precisa lo denota el doctrinante italiano LUDOVICO BARASSI, en los siguientes términos: “*Como es lógico, no se admite dicha excepción cuando una de las prestaciones deba cumplirse antes que la otra (...)*” (26).

En la jurisprudencia patria el elemento de temporalidad es reconocido por la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de noviembre 29 de 1978, (GJ T. CLVIII) sostuvo:

“*Varias hipótesis pueden presentarse:*

(...)

*Segunda. El demandante no cumplió, ni se allanó a cumplir, ‘porque’ el demandado, que debía cumplir antes que él, no cumplió su obligación en el momento y la forma debidos, ni se allanó a hacerlo. En tal caso tampoco cabe proponer la excepción de contrato no cumplido...”.*

Adicional a la temporalidad y la correlatividad en el cumplimiento de las prestaciones, un tercer elemento relevante para determinar la procedencia de la excepción de contrato no cumplido es la gravedad o trascendencia del incumplimiento que se invoca como fundamento de la misma. Conforme al mismo, el excepcionante no puede tener éxito cuando busca hacer valer como excepción un incumplimiento menor o sin trascendencia en el que ha incurrido su contraparte. Así lo plantea de manera concisa el doctrinante argentino ALBERTO SPOTA:

“*[U]n incumplimiento que no resulte de trascendencia —según las circunstancias— no autoriza a oponer la excepción”* (27).

La doctrina colombiana es enfática en este aspecto:

“*Finalmente, para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irroque al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta”* (28).

En resumen, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia citadas, para que opere la excepción de contrato no cumplido el excepcionante debe acreditar los siguientes requisitos:

- **Primero:** el incumplimiento ‘justificado’ del excepcionante, que tenga una relación funcionalmente dependiente o de interdependencia con el incumplimiento de la otra parte;
- **Segundo:** que el incumplimiento en el que estriba la excepción sea anterior al incumplimiento que se opone, y
- **Tercero:** que el incumplimiento de la otra parte sea grave o de trascendencia, de tal manera que el incumplimiento correlativo del excepcionante sea razonable.

Descendiendo al caso *sub examine*, tras el examen de las pretensiones de COLTEL y las pruebas del proceso a la luz de la ley aplicable, se encontró que los incumplimientos de PLESCOM se dieron solo en algunos de los casos referidos en la pretensión segunda de la demanda reformada, en todos los cuales se está en presencia del incumplimiento de obligaciones de pagar sumas de dinero que fueron reconocidas y aceptadas por PLESCOM en las actas de conciliación N° 5 y 10 y no fueron canceladas dentro de los plazos concedidos para el efecto.

Por otro lado, como se analiza a espacio en el capítulo de este laudo dedicado a la demanda de reconvención, su contestación y excepciones, en este proceso se probó que COLTEL incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales:

- Incumplimiento de la obligación de facturar con la periodicidad pactada en el Contrato, y;
- Incumplimiento por la omisión en prevenir el fraude en sus líneas telefónicas, particularmente mediante la instalación de los códigos antifraude en sus centrales Alcatel y Siemens.

Aunque PLESCOM, en sus alegatos de conclusión, enumeró y analizó los incumplimientos de COLTEL, no precisó de qué manera concreta los mismos podrían enervar la pretensión de esta de exigir el pago de las

obligaciones dinerarias que a la postre se probó fueron incumplidas por PLESCOM y la correspondiente indemnización de perjuicios.

Al contrastar los incumplimientos probados de COLTEL con los requisitos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal observa que tales incumplimientos son previos a los de COLTEL, pero no encuentra acreditada la necesaria relación de interdependencia entre estos y el incumplimiento de PLESCOM en el pago de los montos establecidos a su cargo en las actas de conciliación N° 5 y 10, ni tampoco que los incumplimientos de COLTEL tengan la gravedad y trascendencia suficientes para justificar el no pago de tales obligaciones dinerarias.

En efecto, los mencionados incumplimientos de COLTEL se presentaron prácticamente desde el inicio del Contrato, pero no impidieron que se ejecutara el objeto del Contrato, ni que PLESCOM desarrollara la actividad económica para la cual lo celebró, ni que recaudara los dineros provenientes de la utilización de los teléfonos públicos que operaba, ni que pagara a COLTEL los anticipos pactados y la parte que PLESCOM aceptó de la facturación hecha por COLTEL. Y, en particular, los referidos incumplimientos de COLTEL no obstaron para que PLESCOM le pagara los valores establecidos en las actas de conciliación que fueron suscritas por las partes —con excepción de las sumas que en este proceso se discuten, en relación con las actas de conciliación N° 5 y 10—, valores estos que fueron cancelados por PLESCOM según lo informó el perito financiero (pág. 2-4 del escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial).

Siendo ello así, resulta evidente que esos incumplimientos de COLTEL no tuvieron relación de interdependencia con el incumplimiento de PLESCOM en el pago de las sumas de dinero establecidas a su cargo en las actas de conciliación N° 5 y 10, ni la gravedad y trascendencia suficientes para justificar el no pago de tales obligaciones dinerarias.

Por las razones expuestas, el Tribunal declara no probada la excepción de contrato no cumplido.

Precisado lo anterior, y pasando ahora, en tercer lugar, al argumento según el cual PLESCOM canceló un mayor valor a favor de COLTEL por los servicios de telecomunicaciones, respecto de las sumas facturadas y conciliadas, según la complementación al dictamen financiero (páginas 1-2 y 1-3), y el valor de \$ 854.514.339 está incorporado como valor facturado y conciliado por COLTEL, por lo cual, no hay suma alguna que deba reconocerse a COLTEL, el Tribunal no lo encuentra de recibo, pues al revisar el aparte invocado de la prueba pericial financiera se advierte que el perito, a párrafo seguido, señala que a la suma de \$ 19.524.730.723 debe adicionársele los valores facturados sin conciliar, por local y cargo fijo, por \$ 2.114.208.500, para un valor total a pagar por el Contrato de \$ 21.638.939.223 (página 1-3 del escrito de aclaraciones y complementaciones).

La misma prueba pericial indica que PLESCOM no ha cancelado a COLTEL el valor correspondiente al acta de conciliación N° 10 (pág. 1-5 del escrito de las aclaraciones y complementaciones al dictamen del perito economista), conclusión que no fue desvirtuada.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal encuentra parcialmente probada la pretensión segunda de la demanda reformada, en lo referente a este monto de \$ 854.514.339, que corresponde al valor establecido a cargo de PLESCOM y a favor de COLTEL en el acta de conciliación N° 10, que no fue pagado por PLESCOM dentro del plazo de 5 días calendario otorgado para el efecto, y en consecuencia, de conformidad con la regla establecida en el numeral 1° del art. 1608 del Código Civil(29), habrá de condenar a PLESCOM a pagar dicha suma a COLTEL, junto con los correspondientes intereses de mora liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 17 de noviembre de 2005, fecha que corresponde al día siguiente al del vencimiento del citado plazo, y hasta que el pago se verifique.

Así mismo, con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, y en las que en otros apartes de este laudo se exponen al tratar los incumplimientos de COLTEL, en el marco del análisis de la demanda de reconvencción, el Tribunal declarará no probada la excepción de “contrato no cumplido”.

#### **e. Tráfico de Tarjetas Chip.**

En la pretensión segunda, inciso v), de la demanda reformada, COLTEL pide declarar que PLESCOM incumplió el Contrato al no pagar el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas

“chip” comercializadas por PLESCOM, y se indica como suma debida la de \$ 18.480.917.

### **Consideraciones del Tribunal:**

Conforme a la cláusula 5.9 del Contrato, PLESCOM estaba autorizada para la explotación de las tarjetas “chip”.

Las tarjetas “chip” operaban como tarjetas prepago, cuyo monto PLESCOM recaudaba al momento de la venta a terceros, y COLTEL le cobraba a PLESCOM por el tráfico cursado correspondiente a llamadas hechas con las tarjetas, de conformidad con el anexo financiero. La cláusula 5.13 del Contrato establece que el valor de las llamadas cursadas “*se identificará a través del registro de gestión del OPMS*”.

En relación con este tema explicó la testigo Adriana Soto, funcionaria de COLTEL (fl. 122 de la transcripción del testimonio):

*“... el tercer concepto es Plescom manejaba una tarjeta chip, que él producía y comercializaba en los establecimientos penitenciarios y que su facturación salía en una facturación normal de Coltel, al terminar el contrato el 30 de septiembre Plescom había vendido tarjetas en varios establecimientos y este tráfico se cruzó posterior al 30 de septiembre a la terminación del contrato, a los nuevos administradores de estos teléfonos públicos hubo que descontarles esos valores por concepto de tarjetas chip, porque como las tarjetas chip eran prepagadas, o sea el establecimiento ya había pagado el dinero. Plescom lo había recaudado y el tráfico se cruzó posterior al 30 de septiembre hubo que descontarlo, entonces ese es otro valor que es más o menos \$ 19 millones el concepto de tarjetas chip...”*

En sus alegatos de conclusión, COLTEL sostiene que en la medida en que el consumo hecho con las tarjetas podía generarse después de la terminación del Contrato, estos valores no se pudieron ni facturar ni conciliar. Al punto dice (pág. 67)

*“(...) la facturación de Colombia Telecomunicaciones solo podía salir luego de que el tráfico cursara y ese tráfico solo tuvo lugar luego de que el contrato se terminó, razón por la cual no se le pudo cobrar a Plescom en vigencia del contrato”*.

Más adelante, en la misma página, concluye:

*“El testimonio de la doctora Soto es prueba de la situación que se presentó en relación con esas tarjetas, lo cual, en conjunto con la facturación de esos valores y lo determinado por el señor perito Torres Lozano en su dictamen, se constituye como prueba de la existencia de la deuda y su concepto, lo que deriva necesariamente en la prosperidad de las pretensiones relativas a ese valor”*.

Aunque para el Tribunal es de recibo la explicación de porqué COLTEL no pudo facturar a la terminación del Contrato, pues aunque las tarjetas “chip” fueron comercializadas durante la vigencia del Contrato, los consumos generados por su uso podían ocurrir aún después de la terminación del negocio jurídico, no es claro el sustento probatorio del monto reclamado, siendo que, como indica la cláusula 5.13, la base para la determinación del monto a pagar era el registro de gestión del OPMS manejado por PLESCOM.

Por lo que hace al dictamen pericial económico, que COLTEL invoca como prueba del valor de este tráfico, tras la revisión de las aclaraciones y complementación al mismo, se advierte que aunque en la página 1-5 aparece el monto de \$ 18.480.917 por concepto de “*TRÁFICO TARJETAS CHIP COMERCIALIZADAS EN LAS CÁRCELES ANTES DE 30 DE SEPTIEMBRE/05, CUYO TRÁFICO SE CURSÓ CON POSTERIORIDAD A ESTA FECHA*”, el perito no precisó qué soporte tuvo en cuenta para determinar ese monto, ni lo aportó, y en el resto del expediente el Tribunal no encontró otra prueba que acredite este monto.

Los argumentos de PLESCOM en sus alegatos de conclusión se enfocan en la misma dirección de lo expuesto para el tráfico no facturado hasta el 30 de septiembre de 2005. Así lo expone:

*“Por consiguiente, no hay causa jurídica que permita considerar la procedencia de esta pretensión de COLTEL, por no haber cumplido el procedimiento establecido en el contrato, y la ejecución dada a el mismo por las partes,*

*para determinar la procedencia y existencia real del tráfico, y porque además, COLTEL en su última acta de conciliación que comprendía todo el tráfico de la vigencia del contrato, no dejó constancia alguna de tráfico pendiente. Y finalmente, porque no hay soporte o prueba técnica que permita sustentar dicho cobro”.*

El señor agente del Ministerio Público, en sus alegatos de conclusión, estima que el tráfico de que se viene hablando no fue debidamente demostrado. En tal sentido manifestó (pág. 17):

*“[C]onsidera el Ministerio Público que las pretensiones de la demanda relacionadas con el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas chip comercializadas por Plescom (\$ 18.480.917.00) (...) no están llamadas a prosperar en la medida en que no fueron demostradas dentro del proceso en debida forma”.*

A la luz de lo expuesto, el Tribunal concluye que en este proceso no se probó el valor del tráfico cursado luego del 30 de septiembre de 2005, correspondiente a tarjetas “chip” comercializadas por PLESCOM, de que trata la pretensión segunda, inciso v), de la demanda reformada, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

#### **f. Impuesto de timbre.**

En la pretensión segunda, inciso vi), de la demanda reformada, COLTEL pide declarar que PLESCOM incumplió el Contrato al no pagar el valor del impuesto de timbre que ha asumido COLTEL y que debía ser asumido por PLESCOM, y se indica como suma debida la de \$ 47.192.890.00.

En el numeral 79 del acápite de hechos de la demanda reformada, se dice:

*“Colombia Telecomunicaciones tuvo que asumir sumas a título de impuesto de timbre, por valor de quince millones trescientos cincuenta y siete mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$ 15.357.461.00), correspondiente a telefonía local, y por valor de treinta y un millón ochocientos treinta y cinco mil cuatrocientos veintinueve pesos (\$ 31.835.429.00), correspondiente a telefonía de larga distancia; para un valor total de cuarenta y siete millones ciento noventa y dos mil ochocientos noventa pesos (\$ 47.192.890.00)”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

El Contrato, en la cláusula 41.a, dispone:

*“41.a **IMPUESTO DE TIMBRE:** Este contrato requiere el pago del impuesto del timbre a cargo de PLESCOM. La cuantía del presente contrato tiene un valor fijo por lo que el impuesto de timbre por este concepto debe ser pagado inicialmente para la ejecución del contrato y un valor correspondiente a los ingresos que produzca la explotación comercial de los teléfonos y de los centros de gestión la cual es indeterminable, en consecuencia, el impuesto de timbre, respecto a este concepto del contrato será ajustado periódicamente con base en las normas tributarias (sic) vigentes”.*

Dada esta regla contractual, es indiscutible que PLESCOM tenía la obligación contractual de pagar el impuesto de timbre que ocasionara el Contrato.

En cuanto a la prueba de los valores que COLTEL afirma tuvo que asumir a título de impuesto de timbre, por telefonía local y por telefonía de larga distancia, en sus alegatos de conclusión COLTEL manifiesta (pág. 68):

*“La prueba de esa circunstancia es contable; ya se ha dicho que el Doctor Jorge Torres Lozano en su dictamen pericial hizo referencia a este punto, y da fe de la asunción de esos valores por parte de Colombia Telecomunicaciones.*

*Con ello es suficiente para que prospere la pretensión orientada a su reconocimiento, por valor de cincuenta y siete millones ochocientos noventa y un mil ochocientos ochenta y seis pesos (\$ 57.891.886.00)”.*

De manera opuesta, PLESCOM, cuestiona la legitimación en la causa de COLTEL para exigir esos montos, y la fuente de las cifras, sobre lo cual dice en su alegato de conclusión (fl. 1550 C. Principal 4):

*“(…) [Los] valores de \$ 30.618.079 y \$ 27.273.807, al parecer por impuestos de timbre local y de timbre larga distancia. De la misma manera, no se conoce de dónde surgen estas cifras, o cuál es su soporte o sustento, simplemente el perito las deja anotadas en un cuadro (página 1-5 de sus aclaraciones), y las denomina valores reclamados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES.*

*No hay legitimación en la causa de COLTEL para reclamar estos valores, ni tampoco aparece un soporte probatorio de las cifras reclamadas por COLTEL y anotadas por el perito, por impuesto de timbre local e impuesto de timbre de larga distancia, ni tampoco se sabe a qué se refiere este tipo de impuestos, pues no hay explicación alguna”.*

El perito economista, en su escrito de aclaraciones y complementaciones, página 1-5, incluyó en una tabla los conceptos “IMPUESTO DE TIMBRE LOCAL”, por \$ 30.618.079, e “IMPUESTO DE TIMBRE LARGA DISTANCIA”, por \$ 27.273.807, pero no precisó qué soporte tuvo en cuenta para determinar ese monto, ni lo aportó, y en el resto del expediente el Tribunal no encontró otra prueba que acredite el pago de estos montos.

El Tribunal considera que el solo dicho del perito no demuestra que COLTEL haya pagado el impuesto de timbre cuyo valor reclamó en este proceso, y por tanto no está debidamente probado que COLTEL hubiera pagado por ese concepto los valores indicados en la tabla incluida en la página 1-5 del escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial económico, que por lo demás no coinciden con los expresados en la pretensión segunda, inciso vi), de la demanda reformada.

El señor agente del Ministerio Público, en sus alegatos de conclusión, pág. 17, llega a similar conclusión, así:

*“No obstante lo anteriormente expuesto, considera el Ministerio Público que las pretensiones de la demanda relacionadas con (...) el valor del impuesto de timbre que presuntamente ha asumido Colombia Telecomunicaciones y que debía ser asumido por Plescom (\$ 47.192.890), **no están llamadas a prosperar en la medida en que no fueron demostradas dentro del proceso en debida forma**” (resalta y subraya el Tribunal).*

Por estos motivos, concluye el Tribunal que en este proceso no se probó el valor del impuesto de timbre de que trata la pretensión segunda, inciso vi), de la demanda reformada, por lo cual no pueden prosperar las pretensiones segunda y cuarta en lo que refieren a dicho concepto.

En consecuencia, se encuentra probada, parcialmente, respecto de esta reclamación, la excepción tercera, “inexistencia de las obligaciones reclamadas”, y así se declarará en la parte resolutive.

### **3.3. Pretensiones Tercera y Quinta.**

En la pretensión tercera, COLTEL pide se declare, como consecuencia del incumplimiento del Contrato, que PLESCOM está obligada al pago de la cláusula penal, por valor de cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00), a que se hace referencia en la cláusula 32 del contrato VL-001.

Más adelante, en la pretensión quinta, se solicita condenar a PLESCOM a pagar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, el valor de la cláusula penal pactada en el contrato VL-001, esto es, cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00), o el valor que el Tribunal estime conveniente de acuerdo con la gravedad del incumplimiento de la sociedad demandada.

En sus alegatos de conclusión, pág. 49, COLTEL escuetamente dijo:

*“Ya se ha dicho que en el contrato, está establecido, más específicamente en la cláusula trigésimo segunda, la posibilidad de imposición de cláusula penal, hasta por un valor del 20% de dos mil millones de pesos (\$ 2.000.000.00).*

*No merece mayor explicación la procedencia de este valor, puesto que está claro que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Plescom no solo es evidente sino perfectamente grave”.*

PLESCOM en su defensa sostiene que no se dieron los supuestos para darle aplicación a la cláusula penal, sobre lo cual manifiesta en sus alegatos de conclusión (fls. 1631 a 1632 del C. Principal 4):

*“Se afirma en este alegato que además de no existir inconsistencia de Plescom, tampoco se cumplió la premisa de la cláusula, esto es el grave riesgo del cumplimiento futuro de las obligaciones de Plescom y menos la magnitud de graves perjuicios a COLTEL. Basta leer los informes ejecutivos y las declaraciones, para corroborar el excelente cumplimiento sobre el funcionamiento de los teléfonos y pagos anticipados a COLTEL, así como la oportuna colaboración para conciliar y corregir las inconsistencias de COLTEL.*

*Tampoco, nunca se surtió el requisito y condición de eficacia para la aplicación de esta cláusula, pues nunca fue sometido al Comité Coordinador”.*

### **Consideraciones del Tribunal:**

La cláusula 32.a del Contrato dice así:

*“32.a CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA. En el evento en que PLESCOM retarde la ejecución o incumpla el contrato en forma tal que ponga en riesgo el cumplimiento futuro de sus obligaciones o que ocasione perjuicios graves a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, esta última podrá hacer efectiva en calidad de CLÁUSULA PENAL, una suma equivalente hasta el 20% de DOS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$ 2.000.000.000). Su efectividad será proporcional a los perjuicios que reciba COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, previo agotamiento del trámite previsto para los asuntos que se someten a consideración del Comité Coordinador”.*

Al analizar el texto de la cláusula transcrita, se observa que los supuestos para su aplicación son, de un lado, el retraso de la ejecución, o el incumplimiento del contrato, por parte de PLESCOM, y, de otro lado, que el retraso o incumplimiento ponga en riesgo el cumplimiento futuro de las obligaciones de PLESCOM, o que ocasione perjuicios graves a COLTEL.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido que la cláusula penal, o pena convencional —como también suele llamarse—, *“ puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios”* (30) .

En el caso estudiado, el Tribunal entiende que la cláusula penal pactada es de aquellas en las que se estiman anticipadamente los perjuicios por el incumplimiento del contrato. Sobre las bondades de esta modalidad, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la misma providencia antes citada:

*“Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por el solo hecho de incumplirse la obligación principal; en segundo lugar, el incumplimiento de la obligación principal hacer (sic) presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de comprobar dicha culpa (C.C., art. 1604); en tercer lugar, evita la controversia sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor”* (31) . Con todo, la formulación de la cláusula penal examinada, de manera peculiar, exige la demostración de perjuicios, como elemento necesario para tasar su valor, pues la última parte del texto de dicha estipulación vincula la tasación de la pena convencional con la gravedad del perjuicio sufrido por COLTEL, disponiendo que *“la efectividad de la cláusula penal será proporcional a los perjuicios que reciba COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”*, y añade que se requiere el *“previo agotamiento del trámite previsto para los asuntos que se someten a consideración del Comité Coordinador”*.

Como ya se ha visto en otros apartes precedentes de este laudo, COLTEL, en la pretensión segunda de su demanda reformada, pidió la declaratoria de incumplimiento del Contrato por parte de PLESCOM, por el no pago de las sumas de dinero allí aludidas, y el Tribunal ha encontrado que, en efecto, en algunos de los casos mencionados en dicha pretensión, PLESCOM incumplió en el pago de diversas obligaciones dinerarias a su cargo.

Además, COLTEL, en la pretensión sexta, pidió se condene a PLESCOM al pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas a que se hace referencia en las pretensiones cuarta (consecuencial de condena por los

incumplimientos pedidos en la pretensión segunda) y quinta (consecuencial de condena por el pago de la cláusula penal), desde el momento en que se incurrió en mora respecto del pago de cada una de las obligaciones a que esas sumas corresponden, a la máxima tasa moratoria permitida, hasta el momento en que se efectúe el pago de cada una de esas obligaciones.

Siendo todas las obligaciones incumplidas por PLESCOM de carácter dinerario, y teniendo en cuenta el contenido y alcance de la cláusula 32.a del Contrato, el Tribunal considera, de un lado, que los perjuicios irrogados deben ser indemnizados mediante la condena a pagar los correspondientes intereses de mora, tal y como se establece para cada uno de los casos, y, de otro lado, que esos incumplimientos no dan lugar a la aplicación de la cláusula penal allí pactada, por las razones que seguidamente se exponen.

El primer aspecto a considerar deriva del artículo 1600 del Código Civil, a cuyo tenor: *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*.

Según esta disposición legal, la cláusula penal y la indemnización de perjuicios por incumplimiento no pueden acumularse, salvo expresa estipulación que lo permita —en cuyo caso la cláusula penal tiene una función de apremio para el deudor—, teniendo en cuenta que tal acumulación somete al deudor incumplido a una sanción patrimonial doble, a saber, pagar la indemnización de perjuicios y además el *quantum* de la pena convencional, recibiendo así el acreedor una doble indemnización(32).

En el Contrato no se pactó que COLTEL pudiera pedir a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, por lo cual dicha entidad podía, a su arbitrio, pedir la una o la otra, pero no las dos simultáneamente como lo hizo al pedir la cláusula penal de estimación anticipada de perjuicios y los intereses de mora sobre las sumas correspondientes a las obligaciones dinerarias incumplidas por PLESCOM.

En segundo lugar, recuerda el Tribunal que tratándose de obligaciones dinerarias de carácter mercantil, existe un régimen legal especial de indemnización de perjuicios, basado en la aplicación de los intereses moratorios. Al respecto, el art. 65 de la Ley 45 de 1990 dispone:

*“Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.*

*Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora cualquiera sea su denominación”*.

Como lo señala la doctrina, cuando el deudor de la obligación dineraria incurre en mora, el legislador, teniendo en cuenta la aptitud reconocida legalmente al dinero de producir réditos (art. 1617, Código Civil), supone la causación necesaria de un daño y establece como forma de reparación el reconocimiento de intereses moratorios, relevando al acreedor demandante de la carga de probar los perjuicios sufridos y su cuantía, y de ordinario el interés de mora repara la totalidad de los perjuicios que sufre el acreedor. En caso de que los perjuicios patrimoniales sufridos como consecuencia del incumplimiento de la obligación dineraria sean superiores al monto de los intereses moratorios reconocidos, el acreedor puede procurar la indemnización adicional que corresponda, a fin de que la reparación sea integral, pero para ello deberá demostrar y cuantificar los perjuicios que en exceso de los intereses de mora le ha generado el incumplimiento de su deudor(33).

En el presente caso, COLTEL no probó que los perjuicios que sufrió como consecuencia del incumplimiento de PLESCOM en el pago de obligaciones dinerarias derivadas de las actas de conciliación N° 5 y 10, tengan una cuantía superior a la de los intereses de mora, y, por lo tanto, la medida de resarcimiento aplicable en este caso es la condena al pago de intereses moratorios sobre los valores de tales obligaciones, pues si además de ello y en esas condiciones se diera prosperidad a las pretensiones tercera y quinta de la demanda reformada se produciría un desequilibrio a favor de la parte demandante y en contra de la parte demandada, y se daría lugar a una situación en la cual se cobrarían al deudor como sanción por el incumplimiento de tales obligaciones dinerarias sumas en exceso de los límites legales a los intereses.

En tercer lugar, se tiene que si bien se demostró el incumplimiento de PLESCOM en el pago de obligaciones

dinerarias derivadas del Contrato, también se probaron diversos incumplimientos contractuales de COLTEL, acaecidos con anterioridad a los de PLESCOM, como se analiza a espacio en otros acápite de este laudo, en el marco del estudio de la demanda reformada, su contestación y excepciones, lo que a juicio del Tribunal obsta a la aplicación de la cláusula penal pedida.

En cuarto lugar, si a pesar de lo anterior y en gracia de discusión se insistiera en la aplicación de la cláusula penal estipulada, ha de hacerse referencia al requisito convencional consistente en que el incumplimiento del contrato, por parte de PLESCOM, *“ponga en riesgo el cumplimiento futuro de sus obligaciones o que ocasione perjuicios graves a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”*.

Sobre el particular, el Tribunal considera, de una parte, que el incumplimiento de PLESCOM en el pago de algunas obligaciones dinerarias, demostrado en este trámite, no puso en riesgo el cumplimiento futuro de las obligaciones esenciales de PLESCOM bajo el Contrato, pues el objeto del negocio jurídico se ejecutó hasta su terminación, sin solución de continuidad en la prestación de los servicios de telefonía, y, de otra parte, que si bien dicho incumplimiento le ocasionó perjuicios a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, la gravedad de los mismos es relativa frente a la cuantía del Contrato —según la prueba pericial, los pagos realizados por PLESCOM a COLTEL en desarrollo del Contrato, durante el período comprendido entre el 22 de agosto de 2003 y el 30 de septiembre de 2005, ascendieron a la suma de \$ 20.015.544.351 (página 1-1 del dictamen pericial), al paso que el monto de las obligaciones dinerarias incumplidas por PLESCOM no alcanza los \$ 1.000.000.000—, y, en todo caso, tales perjuicios resultan resarcidos mediante los intereses de mora.

En relación con el mismo punto, se añade que COLTEL tenía la facultad contractual de suspender el servicio cuando hubiera un incumplimiento de PLESCOM, y que si tal facultad nunca se ejerció —en el proceso no se demostró que COLTEL le hubiera suspendido el servicio a PLESCOM—, ello es indicio de que COLTEL no consideró que hubiera un incumplimiento grave de PLESCOM.

En quinto y último lugar, es menester considerar la parte final del texto de la cláusula 32.a, invocada por PLESCOM en su defensa, que establece, como condición contractual para la aplicación de la pena convencional, el *“previo agotamiento del trámite previsto para los asuntos que se someten a consideración del Comité Coordinador”*, condición cuyo cumplimiento no fue probado en este proceso.

Al respecto, el Tribunal, luego de revisar las actas del Comité Coordinador que obran en el expediente, no encontró que en el seno de dicho órgano contractual se hubiera ventilado queja de COLTEL por algún retraso o incumplimiento grave de PLESCOM —distinto al no pago de algunas obligaciones derivadas de las conciliaciones—, con solicitud de COLTEL para que se aplicase la cláusula penal.

Por las razones expuestas, el Tribunal rechazará por falta de fundamento las pretensiones tercera y quinta de la demanda reformada.

### **3.4. Pretensión Sexta.**

En la pretensión sexta de la demanda reformada, solicitó COLTEL:

*“Se condene al pago de los intereses moratorios causados sobre las sumas a que se hace referencia en las pretensiones cuarta y quinta anteriores, desde el momento en que se incurrió en mora respecto del pago de cada una de las obligaciones a que esas sumas corresponden, a la máxima tasa moratoria permitida, hasta el momento en que se efectúe el pago de cada una de esas obligaciones”*.

### **Consideraciones del Tribunal**

El Tribunal, en los precisos casos en los cuales ha establecido que según los hechos probados y la ley aplicable hay lugar a condenar a PLESCOM a pago de sumas de dinero, de conformidad con lo pedido en las pretensiones segunda y cuarta de la demanda reformada, según se analiza en los respectivos apartes de este laudo arbitral, ha decidido condenar también al pago de los correspondientes intereses moratorios, atendiendo en esa forma la pretensión sexta de la demanda reformada, que entonces prospera parcialmente.



En cuanto a la pretensión quinta, en la medida en que no ha de prosperar, por las razones que en relación con la misma y con la pretensión tercera se dejaron expuestas en acápite anterior, tampoco podrá concederse lo pedido en la pretensión sexta.

### **3.5. La excepción del abuso de la posición dominante y del abuso del derecho.**

En la contestación de la demanda reformada, el apoderado de PLESCOM esgrimió como excepción de fondo lo que sigue: “*Abuso de posición dominante y abuso del derecho que implica denegar la protección jurídica a pretensiones que conlleven el ejercicio en condiciones abusivas de las facultades ejercidas en situaciones de carácter patrimonial*”. Y respecto de este medio exceptivo agregó que “*esta excepción se probará dentro del proceso*”.

#### **Consideraciones del Tribunal:**

El Tribunal comprobó que en realidad de verdad COLTEL no ejerció ni posición dominante ni abuso del derecho en el cúmulo de facultades contractuales derivadas del reglamento contractual VL-001 de 22 de agosto de 2003.

Así mismo, el Tribunal apreció que el contrato en el momento de su celebración había sido discutido por ambas partes y que del clausulado contractual no se puede deducir un desequilibrio normativo significativo a favor de alguna de las partes. La existencia de un Comité Coordinador prueba que ambas partes tenían una injerencia directa y una participación permanente en la conducción de su acuerdo. Además, la suscripción de 10 actas de conciliación hizo evidente que ambas partes iban zanjando sus dificultades, sin que en ellas se hayan observado imposiciones unilaterales producto de abusos de fortaleza contractual o sean resultado del ejercicio abusivo de facultades contractuales.

El Tribunal, pues, desestima este medio exceptivo y como fundamento de su no admisión reenvía a las reflexiones que se hacen *infra* cuando se analizan las pretensiones octava y novena de la demanda de reconvención formulada por PLESCOM en donde precisamente se alegan el abuso de la posición dominante y el abuso del derecho de COLTEL y en donde, por supuesto, no procedió su declaración porque no se encontraron probados.

## **4. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES.**

### **4.1. Pretensión Primera.**

Dice así:

*“Que se declare que de acuerdo a las cláusulas 5.3, 14 y 16 del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003, y cláusula cuarta del modificadorio número 3, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tenía la obligación de realizar la facturación para cumplir el objeto contractual, la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios. Que tales condiciones se mantuvieron en los contratos modificadorios 1, 2 y 3”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

La pretensión es de contenido declarativo y en efecto el Tribunal declarará que en virtud del Contrato y sus tres modificadorios COLTEL tenía la obligación de realizar la facturación por la explotación del servicio de telefonía pública básica conmutada y el servicio de telefonía móvil celular hecha a través de la infraestructura afecta a dichos servicios.

Ello resulta indubitable no solo por lo dispuesto en el reglamento contractual y sus modificadorios, sino porque ello no parece controvertido en el proceso. Lo que se ha controvertido en el trámite es si dicha conducta fue incumplida (materia u objeto de otra pretensión), pero no la existencia de la obligación. Total, el Tribunal declarará la existencia del deber de conducta de facturar la explotación de los referidos servicios de telecomunicaciones en cabeza de COLTEL.

### **4.2. Pretensión Segunda.**

Es del siguiente tenor:

*“Que se declare que de acuerdo con el numeral 5.3 del contrato citado y sus modificatorios, la facturación debería realizarse, entre otros de acuerdo con los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

La cláusula 5.3 del contrato N° VL-001 de 22 de agosto de 2003 establece es una obligación para PLESCOM consistente en *“Realizar oportunamente el pago de la facturación emitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por concepto de cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM”*. Pero a la vez las mismas partes y en razón de los diversos sistemas de medición utilizados por ambas, previeron un proceso conciliatorio cuando se presentaran diferencias entre lo facturado y lo recaudado. Y esto en efecto fue así, por cuanto en el plenario aparecen 10 actas de conciliación que van desde el 22 de diciembre de 2004 hasta el 11 de noviembre de 2005 y de cuyo contenido se infiere que lo relacionado con la telefonía de larga distancia aparece conciliado hasta el 30 de septiembre de 2005 y lo relativo a la telefonía local hasta el 31 de diciembre de 2004. Quedaron unos puntos a discutir, es decir, salvedades o puntos de verificación que ya fueron estudiados en la primera parte de este laudo a analizar las pretensiones de la demanda reformada y en donde se dedujo, por ejemplo, que las sumas relacionadas con varios de los denominados “descuentos no procedentes”, no se le cobrarían a PLESCOM.

Total esta pretensión no se reconoce en la medida en que la aplicación práctica que las partes le dieron al tema de la facturación es la que prevalece al sentir del Tribunal. Y así habrá de exponerse al analizarse la pretensión quinta en punto de la facturación y de los demás incumplimientos endilgados a COLTEL.

#### **4.3. Pretensión Tercera.**

En ella se pide:

*“Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, tenía la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Es una pretensión declarativa la cual está transcribiendo una obligación que asumió COLTEL en su reglamento contractual. Por tal razón así habrá de declararse. El análisis de si hubo o no cumplimiento de ese deber de conducta es materia de otra pretensión; pero por lo pronto el Tribunal reconocerá que en efecto esa era una obligación asumida por COLTEL.

#### **4.4. Pretensión Cuarta.**

Dice así:

*“Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, debía facilitar en su calidad de operador de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, la red de telefonía local, y la red de larga distancia que permita cabalmente la conexión de los equipos afectos por la prestación del servicio establecido en el contrato”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Es una pretensión declarativa la cual está transcribiendo una obligación que asumió COLTEL en su reglamento contractual. Por tal razón así habrá de declararse. El análisis de si hubo o no cumplimiento de ese deber de conducta es materia de otra pretensión; pero por lo pronto el Tribunal reconocerá que en efecto esa era una obligación asumida por COLTEL.

#### **4.5. Pretensión Quinta.**

En esta pretensión solicita PLESCOM:

*“Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES incumplió cada una de estas obligaciones del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, y las demás que aparezcan probadas en el proceso”.*

### **Consideraciones del Tribunal:**

Como el Demandante en Reconvención está solicitando que se declare el incumplimiento de las obligaciones señaladas en las cuatro pretensiones anteriores, deberá el Tribunal afrontar cada una de ellas y además analizar si hubo alguna otra obligación de COLTEL que apareció incumplida en el reglamento contractual y sus modificatorios por cuanto el Demandante en Reconvención está solicitando que se declare el incumplimiento de *“las demás que aparezcan probadas en el proceso”*.

Para afrontar el análisis de esas obligaciones que según el Demandante en Reconvención fueron incumplidas, el Tribunal procederá a exponer lo más relevante de los incumplimientos endilgados a COLTEL para terminar con una reflexión final que recoge su apreciación o valoración sobre toda la pretensión mirada como un todo. Veamos:

#### **4.5.1. La facturación.**

De conformidad con la cláusula 5.3 PLESCOM debía cumplir la siguiente obligación: *“Realizar oportunamente el pago de la facturación emitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por concepto de cargo fijo y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM”*. Pero ello no significa que debía haber absoluta concordancia entre lo facturado por COLTEL y los consumos generados por las líneas telefónicas operadas por PLESCOM. Las partes incluso previeron que podía darse una diferencia entre lo facturado y lo recaudado o los registros del OPMS —lo que de suyo implicó que la facturación no necesariamente debía coincidir con los consumos generados en las líneas telefónicas— y establecieron procedimientos para su solución.

Así, por ejemplo, en la cláusula 16.a del texto original del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003 se dispuso lo que sigue: *“Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. Pero en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura”*.

Dicho aparte de la cláusula 16.a se respetó en la cláusula primera del modificatorio N° 2 de 29 de octubre de 2004, con el cual se modificó el valor del anticipo, y en la cláusula cuarta del modificatorio N° 3 de 28 de diciembre de 2004, con el cual se estableció una tarifa plana para la telefonía local. Además, la original cláusula 16.a previó que COLTEL debía facturar mensualmente, lo cual no hizo tal como se dijo en la primera parte de este laudo.

Obsérvese, pues, que las partes previeron la solución cuando existiese disconformidad entre lo facturado y lo recaudado o los registros del OPMS. Y esa previsión se hizo porque en efecto era previsible que ello se presentara por los diversos sistemas de medición que las partes tenían. El método de tasación utilizado por Colombia Telecomunicaciones para tasar el tráfico local era conocido como el “Karlsson modificado”; en tanto que el sistema de gestión operado por PLESCOM, era el *Open Payphone Management System* —OPMS—, el cual tenía la capacidad de programar la tasación de acuerdo con la duración de cada llamada, es decir que utilizaba un método de tasación por tiempo<sup>(34)</sup>.

Además, nótese que figuran en el plenario diez actas de conciliación<sup>(35)</sup> en donde con carácter dirimente aparecen descuentos respecto de los valores facturados por COLTEL (larga distancia y local) por un valor de \$ 10.153.201.333, de acuerdo con el dictamen financiero<sup>(36)</sup>. En el mismo dictamen el perito se refiere a *“los montos y conceptos que modifican las facturas emitidas por COLTEL en las 10 actas de conciliación suscritas por las partes”*, es decir que a través de las actas de conciliación se modificaron las facturas expedidas por COLTEL. Y el valor total de los ajustes a las facturas efectuados en las actas de conciliación ascendió a la suma de \$ 10.154.199.334. La diferencia con la primera suma mencionada la precisa el perito así: *“La diferencia con el valor*

descontado que se indica en la respuesta a la tercera pregunta de COLTEL (pág. 3) corresponde a un error en el resumen de la conciliación del Acta N° 6” (37).

Existen otras cláusulas en el contrato en donde se infiere que la conciliación de cuentas fue el instrumento que las partes diseñaron para solucionar sus problemas de cuentas y pagos. De acuerdo con la 5.7 PLESCOM debía “Recaudar y administrar los ingresos de los teléfonos públicos y conciliar las cuentas con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en los términos de los Anexos Técnico y Financiero”. Con base en la 5.9 “Realizar la explotación del servicio a través de las tarjetas prepago TELECOM tipo Chip. El tráfico generado a través de estas tarjetas debe cancelarse a valor de minuto descrito en el anexo financiero. Para esta actividad PLESCOM deberá mostrar en las conciliaciones los reportes de consumo de estas tarjetas desde el OPMS”.

En otras palabras, no es cierto, de acuerdo con el Contrato y lo probado en el proceso, que la facturación debía estar de acuerdo con los consumos generados por las líneas operadas por PLESCOM dado que, dada la diferencia de los sistemas de medición empleados por las partes, la facturación podía equivocarse y de ahí la razón de ser de las conciliaciones.

Esa diferencia prevista entre lo facturado y lo realmente consumido quedó también trasunta en la causal quinta de terminación del contrato: “5. Incumplimiento en los pagos de la factura o los valores que no son objeto de reclamación, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la recepción de la factura respectiva” (subrayas fuera de texto).

En el dictamen técnico se lee: “En el método de tasación del OPMS no había un equivalente para el impulso adicional generado al inicio de la llamada en el método de tasación aplicado por las centrales telefónicas de Colombia Telecomunicaciones, lo que implicaba que en algunos casos no habría coincidencia entre lo tasado por Colombia Telecomunicaciones y lo tasado por PLESCOM en el OPMS. [...] En la tabla siguiente presento los resultados obtenidos con los dos métodos de tasación, donde se puede observar que la tasación de Colombia Telecomunicaciones por cada llamada, siempre sería igual o mayor a la tasación de Plescom. Cuando se tiene un gran número de llamadas la tasación de Colombia Telecomunicaciones siempre resultaría mayor a la de PLESCOM” (38).

Dicha afirmación, pues, corrobora lo afirmado por el Tribunal en el sentido de que las partes habían previsto la diferencia entre lo facturado y lo recaudado, lo cual constituyó la causa de las varias conciliaciones que ambas suscribieron. De todos modos, es claro tal como quedó expuesto al decidirse la demanda principal que hubo incumplimiento en cuanto a la facturación oportuna por cuanto en ello hubo retardo de COLTEL. Más adelante se mirará si este incumplimiento concreto de envío oportuno de la facturación tuvo incidencia en la economía del contrato, o mejor, si afectó económicamente a PLESCOM.

#### **4.5.2. Facilitación de la infraestructura o de la red para permitir la conexión de equipos.**

En un tema tan complejo como es el del mantenimiento de una red local y de larga distancia que permita la conexión de los teléfonos, era previsible por ambas partes que algunas líneas de teléfonos estuvieran fuera de servicio o no funcionaran. Sobre el mantenimiento de líneas, se lee en el testimonio de Ernesto Rodríguez lo que sigue: “A lo largo de todo el contrato se presentaba el fenómeno, es obvio que debe haber un margen de tolerancia admisible porque nadie puede garantizar que este funcione con la precisión deseada y podría uno pensar que 100 o 250 teléfonos fuera de servicio fuera ‘aceptable’ ya la cosa pasó a 200 a 300, como les digo hubo un momento en que fueron casi 700 líneas fuera de servicio, amén de que si no las podía reparar entonces decíamos bueno una línea nueva, pero tampoco había la atención tan rápida como sería deseable con tal de que no tuviera” (39) (Subrayas del Tribunal).

De acuerdo con el testimonio del señor Ernesto Rodríguez (testigo pedido por el Demandante en Reconvención) el promedio de líneas fuera de servicio durante el desarrollo del Contrato fue de setecientas (700), dato que utiliza el perito financiero para afirmar en la aclaración a su dictamen que el producido de esas 700 líneas sería de \$ 3.331.123.176. Empero, para el Tribunal, la afirmación del testigo, fundamento de la cifra ofrecida por el perito financiero, no goza de la credibilidad requerida en la medida en que suma igual o aproximada no se deduce de los Informes Ejecutivos de Operatividad y Mantenimiento (40), citados por el Demandante en Reconvención, en los

cuales se hacen algunas referencias generales al tema de las líneas dañadas, ni tampoco aparece en el exhaustivo dictamen técnico del perito Sergio Sotomayor Rodríguez, o en otra prueba arrimada al proceso. Y no aparece aquí –en el dictamen- porque esa pregunta específica no le fue formulada por PLESCOM. ¿Cuál fue pues el impacto o el efecto económico para PLESCOM por el no uso de líneas telefónicas en razón de no estar funcionando cabalmente la red de telefonía local y la red de larga distancia? Una respuesta sustentada y convincente no aparece en el proceso.

El Tribunal del material probatorio con el cual se aprovisionó el litigio no puede deducir con certeza el número de equipos del Contrato no conectados a la red, por daño en las líneas, y que así se mantuvieron, durante la ejecución del Contrato. En otras palabras, no existe una cifra cierta sobre el número de equipos no conectados a la red durante la ejecución del Contrato, por daño en las líneas, ni tampoco sobre ingresos que PLESCOM hubiera dejado de percibir por tal causa. El Tribunal considera que si por dicho concepto se le causó un perjuicio a PLESCOM mayor de lo conciliado o descontado por las actas de conciliación, no hay base suficiente en el dictamen técnico y financiero para declarar el perjuicio y su cuantía. Es decir que en este punto concreto no aparece acreditado el incumplimiento endilgado y un perjuicio cierto y directo; pero además, lo que sí es evidente es que este tema, aparte de los rubros (“Líneas no registran”, “Líneas fuera del servicio por daño”, “Líneas sin N° de Plescom ni recaudo” “Zafiros sin registros OPMS y sin recaudo”), no aparece dentro de los temas pendientes entre las partes ni en las actas de conciliación ni en las de liquidación del Contrato.

#### **4.5.3. El tema del fraude.**

En punto del fraude el Tribunal hace las siguientes consideraciones: en efecto las partes en su reglamento contractual previeron la existencia del fraude tanto en las líneas telefónicas como en los aparatos telefónicos. En el Contrato se estableció en la cláusula 5.18 que era obligación de PLESCOM “*Elaborar un procedimiento preventivo de control de fraude a las líneas telefónicas, para efectos de ponerlo en operación por ambas Partes*”. No aparece prueba de que esto se haya realizado, pero sí de que PLESCOM contaba con códigos antifraude en los teléfonos. Así mismo, de conformidad con la cláusula 7.5 del Contrato, COLTEL tenía la obligación de poner a disposición la infraestructura de la red local y la de larga distancia.

En la cláusula 9.a en punto del control de fraude se señala: “*PLESCOM en conjunto con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES elaborarán un procedimiento preventivo, de acuerdo con la legislación vigente, sobre el entorno de las líneas telefónicas de operación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Las partes se comprometen a realizar los mejores esfuerzos de cada una para adoptar los correctivos y los mecanismos necesarios para controlar el fraude.En el evento que PLESCOM no comunique oportunamente el fraude, de acuerdo con el procedimiento y condiciones establecidas, este asumirá los costos que el mismo represente. PARÁGRAFO: Para la verificación de las sumas correspondientes a fraude, se tomará como base para la conciliación de cuentas, el OMPS (Centros de Gestión), el valor histórico de recaudo, los valores recaudados efectivamente por PLESCOM y la facturación realizada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES*” (Subrayas fuera de texto).

De las normas transcritas y de lo probado en el proceso se tiene que el tema del control al fraude era de ambas partes y no aparece en el plenario prueba de la existencia de un manual o de un protocolo sobre el “*procedimiento preventivo de control de fraude a las líneas telefónicas*”. Sin embargo, el tema fue tratado *in extenso* por las partes en las actas números 1, 2, 3, 4, 5, 10 y 11 del Comité Coordinador del Contrato, así como en varias comunicaciones que se intercambiaron entrambas.

Del dictamen técnico se aprecia sin mayor fatiga intelectual que la existencia del fraude era una posibilidad real tanto en la red como en los teléfonos. El perito técnico explicó con suficiencia que el fraude podía ocurrir en la central telefónica, en la red externa y en el terminal telefónico, y aseveró que COLTEL no implementó el código antifraude en las centrales Alcatel y Siemens. Esto último resultó incontrovertible y supone un incumplimiento contractual de COLTEL.

Con todo, no aparece en el plenario un estimativo de cuánto perdió PLESCOM por la ausencia de control del fraude en cabeza de COLTEL. Lo que si llama la atención del Tribunal es el equilibrio normativo expresado en el parágrafo de la cláusula 9.a transcrita en el sentido de que para la verificación de las sumas correspondientes a

fraude, y para efectos de la conciliación de cuentas se tomaba como punto de referencia no solo la facturación de COLTEL, sino también los “valores recaudados efectivamente por PLESCOM”. Es decir que en ese proceso PLESCOM no estaba sujeto a la información o facturación unilateral de COLTEL.

El perito técnico también afirmó que era posible que usos fraudulentos de las líneas telefónicas hayan causado las diferencias de valor en la facturación, pero a la vez sostuvo que no podía aseverar la existencia de fraude en las mediciones del tráfico cursado. Esto, por supuesto, deviene trascendental no solo para hallarle validez a las conciliaciones, sino además para descartar un comportamiento torticero o alejado de la buena fe de parte de COLTEL en esta materia. Se lee en la aclaración al dictamen: “*Es cierto que dentro de la información revisada no se encontraron observaciones o cuestionamientos relacionados con el funcionamiento del OPMS. En las actas de conciliación se utilizó como referencia la información presentada por Plescom, y obtenida del OPMS, para efectuar ajustes en los valores a pagar por parte de Plescom, aunque algunos de ellos quedaron sujetos a verificaciones posteriores*”<sup>(41)</sup>. Y ya previamente en el dictamen original el perito había dicho: “*En la documentación revisada no se encontró mención a posibles problemas de funcionamiento del OPMS, por el contrario, en algunas comunicaciones de Plescom se sugiere que la información de tráfico generada por el OPMS sea la utilizada para las conciliaciones que debían adelantar Colombia Telecomunicaciones y Plescom*”<sup>(42)</sup>.

De modo pues que, salvo verificaciones posteriores por no acuerdo de las partes y tal como consta en el acta de conciliación N° 10, en el tema del fraude, pese a errores de conducta de ambas partes (no implementación del código antifraude en las centrales Alcatel y Siemens de parte de COLTEL y la no elaboración de un procedimiento preventivo), el Tribunal no puede dejar de desconocer lo zanjado por ellas en ejercicio de su autonomía privada en las respectivas actas de conciliación donde se observa que esos valores discutidos por PLESCOM fueron en realidad descontados. Ello sin perjuicio de lo que en otros apartes de este laudo se ha analizado respecto de las denominadas “reclamaciones no procedentes”.

El Tribunal considera que la mejor forma de solucionar los conflictos es por supuesto con el ejercicio prístino de la autonomía privada de los intervinientes en un negocio y en ello se habrá de apoyar porque la existencia del fraude era algo fácilmente previsible y ante su presencia las partes con el andar del contrato fueron ajustando sus cuentas mediante las conciliaciones periódicas ya varias veces referidas. Por ejemplo sobre el fraude en la red externa y a raíz de su exposición exterior, el perito señala: “*Esta exposición de la red externa la hace vulnerable frente a posibles acciones fraudulentas. [...] No conozco información estadística que permita comparar la ocurrencia del fraude en la red externa del TPBC (telefonía Pública Básica Conmutada) frente a otras modalidades de fraude en el TPBC, pero sí es posible afirmar que el fraude en la red externa de TPBC se presenta en forma reiterada*”<sup>(43)</sup>. Por ello las partes, como profesionales que eran, previeron el fenómeno del fraude y con el andar de su acuerdo, fueron zanjando los problemas que esta patología ocasionaba.

Pero además, si “*los registros del OPMS muestran lo reportado por los teléfonos conectados al sistema*”<sup>(44)</sup> (y ellos constituyeron la base de las conciliaciones), y los descuentos se efectuaron, salvo lo sujeto a verificación posterior, en lo que PLESCOM alega como fraude, no observa el Tribunal un perjuicio ocasionado.

Ahora bien, PLESCOM clasificó como fraude el tráfico generado en líneas y teléfonos que no tenían recaudo ni registros en el OPMS pero sí aparecían con consumo en el sistema de COLTEL. El perito hubo de afirmar que no necesariamente había habido fraude en la medición utilizada por COLTEL. Ya antes, en el dictamen original, había precisado que los procedimientos operativos de una, o de las dos empresas, no fluían de la manera adecuada para que la lista de líneas a facturar siempre fuera el reflejo de las líneas que en la práctica estaban siendo utilizadas<sup>(45)</sup>. Y agregó: “*Una situación especial, que no se puede clasificar como una deficiencia en los datos de entrada ni como una posible falla en la medición del tráfico (o fraude), es la generada por la utilización de dos métodos de tasación distintos (explicados en las respuestas 1.2 y 1.5). Los dos métodos eran válidos técnicamente y no se puede afirmar que uno u otro estuvieran generando resultados incorrectos, pero debido a sus diferencias metodológicas de fondo, era lógico que sus resultados presentaran diferencias importantes*”<sup>(46)</sup>. Y el Tribunal agrega que en razón de ello es que precisamente se presentaban las conciliaciones periódicas entrambas partes, sin perjuicio de que pudiesen ocurrir fraudes en las líneas, caso en el cual, como se analizó en otro aparte de este laudo, al estudiar la demanda reformada, su contestación y excepciones, podían presentarse reclamaciones para que fueran descontadas mientras se identificaba por COLTEL su procedibilidad.

En punto de las diferencias mayores a \$ 10.000 que PLESCOM esgrimió como posible fraude, el perito afirma: “*Si bien es posible que haya ocurrido un fraude que generara registros de tráfico en los sistemas de Colombia Telecomunicaciones pero que no generara registros en el OPMS, ni recaudo por parte de Plescom, en la documentación revisada no se encuentran cuáles fueron los criterios o razones que llevaron a Plescom a calificar o clasificar los casos con diferencias mayores a \$ 10.000 como posible fraude. Con la información de tráfico del OPMS no necesariamente se podría llegar a una conclusión definitiva sobre este tema, pero al menos se podría ahondar un poco más en el análisis, sin embargo, este análisis no se realizó debido a que Plescom no entregó la información de tráfico del OPMS*” (47) .

Finalmente, es importante mencionar que el perito técnico mencionó varias veces que no pudo hacer la comparación entre la información de las dos partes por cuanto PLESCOM no entregó la información de tráfico del OPMS. “*En las comunicaciones de Plescom se mencionan análisis sobre los datos de tráfico de Colombia Telecomunicaciones y del OPMS, pero no puedo hacer ningún comentario al respecto porque no recibí de Plescom copia de tales análisis ni de la información de tráfico registrada en el OPMS*” (48) .

#### **4.5.4. Obligación de realizar los mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio.**

Frente a este supuesto incumplimiento, el Tribunal de entrada debe afirmar que no lo encuentra probado tal como se deducirá de las consideraciones que desarrollará en el punto siguiente a propósito de la solicitud de cambio del esquema económico del Contrato; pero aquí también devine relevante destacar dos afirmaciones que se leen en el dictamen financiero: “*Al haberse efectuado mediante contratos adicionales queda establecido que las modificaciones se establecieron por ambas partes*” (49) y aquella según la cual, “[d]el análisis de los acuerdos logrados que quedaron consignados en los tres contratos modificatorios puede deducirse que formaron parte del esfuerzo por mejorar la rentabilidad del contrato” (50) . Y el Tribunal así lo aprecia.

#### **4.5.5. No responder a la solicitud de cambio del esquema económico del Contrato.**

Las partes en su acto de reglamentación de intereses previeron lo que sigue:

De conformidad con la cláusula sexta del contrato N° VL-001 de 22 de agosto de 2003, “*PLESCOM tiene los siguientes derechos: [...] 6.6. Solicitar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive necesidad de su modificación*”.

De manera recíproca, COLTEL, tenía igual derecho. En efecto, en punto de los derechos de COLTEL, en la cláusula octava del contrato, se señala: “*COLOMBIA TELECOMUNICACIONES tiene los siguientes derechos: [...] 8.10. Solicitar a PLESCOM el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación*”.

En otras palabras, las partes dentro de su reglamento de previsión, y esa es la esencia de un contrato, previeron que si las condiciones del mercado cambiaban ambas tenían el derecho de solicitar el cambio del esquema económico de su negocio. O mejor, utilizando las palabras de LARENZ, si la base del negocio cambiaba, cualquiera de las dos podía solicitarle al otro su ajuste o modificación.

De acuerdo con el mismo clausulado contractual, el facultado para modificar el esquema económico era el “Comité Coordinador” del Contrato. En efecto, dentro de las funciones del Comité Coordinador se encuentra aquella según la cual le correspondía a este órgano: “*11.2 Modificar el esquema económico y de descuentos establecidos en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación*”.

Y para ahondar en la parte regulatoria del acuerdo y acercarnos a una solución a este problema propuesto por el Demandante en Reconvención, se debe mencionar que las partes crearon ese Comité Coordinador “*para desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, para dar soluciones efectivas en la prestación del servicio a los clientes o usuarios, de conformidad, y en cumplimiento de este contrato*”. El Comité estaba conformado por dos representantes de cada una de las partes. Las decisiones se

tomaban con el voto unánime de las partes. “*En caso de desacuerdo en el Comité Coordinador, se acudirá a una segunda instancia conformada por el Vicepresidente de Telefonía Local de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y el Gerente de PLESCOM, o a quienes estos deleguen, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado. En caso de que el desacuerdo persista, se aplicará la Cláusula sobre ‘Arbitraje y Ley Aplicable’, salvo que las Partes de común acuerdo decidan otra alternativa*”.

Sobre las solicitudes de cambio del esquema económico del Contrato, existen las siguientes constancias. En la página 2-17 del dictamen pericial rendido por el señor Jorge Torres Lozano, de 19 de septiembre de 2008, se lee: “*Se recibieron los siguientes documentos en los cuales se insiste en la disminución de los recaudos ingresos con relación a lo previsto por reducción de demanda, solicitan incremento en el porcentaje de participación y restablecimiento del equilibrio económico del contrato*”. A continuación el perito enlista 8 documentos comprendidos entre el 5 de diciembre de 2003 al 22 de agosto de 2006 en donde PLESCOM solicitó el ajuste al esquema económico del Contrato.

El perito refiriéndose a las solicitudes de medidas para contrarrestar la disminución de los recaudos y el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato (“eliminar el cargo fijo, mantener la utilidad de PLESCOM a base de control de costos y gastos”), señaló: “*Evidentemente, la aceptación de las peticiones presentadas hubiera incrementado los ingresos y paralelamente la rentabilidad para PLESCOM, pero escapa al alcance de las aclaraciones al Dictamen Financiero entrar a cuantificar las modificaciones que se hubieran podido aplicar*”<sup>(51)</sup>.

Así mismo, en la complementación adicional ordenada por este Tribunal, el perito señaló: “*Es claro que la respuesta si corresponde a la pregunta formulada en cuanto se señalan como alternativas las presentadas por PLESCOM como eran: eliminación del cargo fijo, y control de costos de los cuales el más significativo corresponde a los valores que esta firma debía cancelar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por concepto de tarifas*”<sup>(52)</sup>.

El contrato N° VL-001 de 22 de agosto de 2003 tuvo tres acuerdos modificatorios: (i) el del 22 de diciembre de 2003 mediante el cual la tarifa fija pasó de \$ 18.000 a \$ 30.000 el minuto; (ii) el del 29 de octubre de 2004 en donde se estableció la reducción del anticipo que PLESCOM debía pagarle a COLTEL: de mil millones a quinientos millones de pesos y (iii) el del 28 de diciembre de 2004 en virtud del cual se estableció un valor fijo de \$ 48.000 por línea con independencia del tráfico cursado, a partir del 1° de enero del año 2005.

Se ha alegado que el anexo financiero duró solo hasta la vigencia inicial del Contrato, es decir, hasta diciembre de 2003; empero el Tribunal no es de este parecer en la medida en que si bien fue modificado nunca fue excluido del acuerdo y que al haberse prorrogado el Contrato, se prorrogó, por supuesto, la vigencia del referido anexo. Además, ha de observarse, de la lectura de los contratos modificatorios tampoco se observó que el anexo financiero haya desaparecido en su integridad o que las partes expresamente le hayan quitado o hecho perder su total vigencia. Así, por ejemplo, en el segundo contrato modificatorio de 29 de octubre de 2004 se invoca en su cláusula primera el anexo financiero, y en el tercer contrato modificatorio de 28 de diciembre de 2004 en las cláusulas sexta y octava se habla de la modificación del anexo financiero.

El Tribunal comparte el criterio —ya lo había dicho antes— según el cual “*del análisis de los acuerdos logrados que quedaron consignados en los tres contratos modificatorios puede deducirse que formaron parte del esfuerzo por mejorar la rentabilidad del contrato*”<sup>(53)</sup>.

Lo cierto es que en virtud de la cláusula 7.5 del Contrato COLTEL asumió la obligación de hacer “*uso de sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio*”; y en efecto, los contratos modificatorios antes mencionados se pueden mirar como un esfuerzo por optimizar la rentabilidad del servicio o del negocio, así se estime —*ex post*— que ellos no constituyeron una modificación sustancial al esquema económico del Contrato.

En el acta N° 7 del Comité Coordinador de 3 de diciembre de 2004, punto 2, consta que las partes discutieron acerca del inicio de los trámites para la liquidación del contrato VL-001-03. En efecto, allí se lee: “*Se aclara por parte de PLESCOM Ltda., que no solicita la liquidación del contrato por su vencimiento pero que es posible para*



*Plescom continuar con el negocio en un futuro bajo un nuevo esquema totalmente diferente al actual, como por ejemplo un esquema de costos y gastos, y un porcentaje por administración. El Vicepresidente de Telefonía Local señaló que para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES no es viable este esquema por el tamaño de la empresa, sugiere un retiro de cargas al administrador, exponiendo que el negocio de la telefonía pública no es un negocio marginal sino complementario, y entendiendo que Plescom no quiere tomar riesgos al respecto, por lo cual sugiere que se busque una empresa que tome los riesgos para tercerizar el negocio y que se adelanten las acciones necesarias para liquidar el contrato cumplido su plazo. Plescom Ltda. solicita que se miren otras alternativas, a lo que se le contesta por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que se recibirá una oferta que venga dirigida al cobro por tarea. Luego del retiro del Vicepresidente se exponen por parte de Plescom Ltda. las acciones a seguir para poder liquidar el contrato dentro de los 30 días siguientes a su terminación, es decir del 1 al 30 de Enero de 2005”.*

Previamente, como se aprecia en el acta N° 5 del Comité Coordinador del 23 de abril de 2004, punto 12, PLESCOM había referido *“que el negocio de la telefonía va en caída y que se debe tomar medidas urgentes”*, y en el acta N° 6 de septiembre 23 de 2004 PLESCOM *“solicita que se revise el modelo económico, solicitud que ha planteado en otras oportunidades”*.

En una extensa carta de 19 de mayo de 2004 el gerente general de PLESCOM le solicita a COLTEL un ajuste al modelo económico del Contrato(54) en razón a las dificultades que ha tenido la ejecución del Contrato, le expone sus razones y le sugiere al final de la misma, lo que sigue:

*“Para lograr restablecer la armonía de la estructura financiera del negocio pactado, es necesario tomar decisiones, entre las cuales proponemos las siguientes, sin que obste cualesquiera iniciativas que ustedes pueden tener al respecto:*

- Eliminación del cargo fijo que se cobra por línea telefónica, en consideración a que este cargo no se cobra a ninguna otra Compañía de telefonía pública ni Comercializadores de minutos o resellers que tienen un contrato vigente con Telecom.*
- Mantener la utilidad de Plescom pactada al inicio de las negociaciones. Este valor se aplicará desde el momento que se produjo el desequilibrio existente y en lo sucesivo del Contrato.*
- Mantener los Costos & Gastos acordados en el modelo económico, los cuales se mantienen constantes desde hace 18 meses”(55) .*

En carta de 12 de julio de 2004 el representante legal de PLESCOM le solicita al Vicepresidente de Telefonía Local de COLTEL modificar el anexo financiero para adecuarlo a las actuales condiciones del mercado. En la parte final de la carta se lee: *“ Finalmente anoto que estos temas los venimos planteando desde febrero en el Comité Coordinador del Contrato y en varias reuniones con esa Vicepresidencia y que dada la magnitud del problema para PLESCOM se requiere de una decisión lo más pronta posible, obviamente dentro de las actividades a que Ustedes están sometidos”(56) .*

En carta del 11 de octubre de 2004 el representante legal de PLESCOM le solicita al jefe de la Unidad de Telefonía Pública de COLTEL un *“nuevo esquema contractual en relación con la red pública de teléfonos de Telecom”(57) y le anexa una estructura de costos y gastos para administrar dicha red, sin incluir la remuneración por concepto de servicios a cargo de Plescom Ltda., “esto es, la administración de la red, la cual puede consistir en un porcentaje sobre los recaudos totales”*.

No obstante ese intento de liquidación del Contrato y las cartas referidas, las partes posteriormente suscribieron los acuerdos modificatorios números 2 y 3 de fechas 29 de octubre y 28 de diciembre de 2004, respectivamente, cuyos aspectos más relevantes ya han sido expuestos.

Del acuerdo modificatorio N° 3 de 28 de diciembre de 2004 no está demás destacar sus aspectos más relevantes: *“Las partes se declaran a paz y salvo por los servicios prestados de telefonía local hasta el 15 de septiembre de 2004 y de larga distancia hasta el 30 de julio de 2004”*. *“PLESCOM pagará cada mes a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de manera anticipada, un valor fijo por cada teléfono público en funcionamiento;*

*dicho valor incluye el cargo fijo y el tráfico local. PLESCOM hará un pago único por este concepto mensualmente, dentro de los quince (15) primeros días calendario del mes”.*

En virtud de la cláusula sexta se modificó el punto 1 del anexo financiero. En efecto, allí se lee: “A partir del primero de enero de 2005 se pagará un valor fijo mensual por cada una de las líneas en operación de cuarenta y ocho mil pesos m/cte. (\$ 48.000.00), que incluye dieciocho mil pesos m/cte. (\$ 18.000.00) de cargo fijo (IVA incluido), y todo el tráfico local con independencia de su volumen”. Igualmente se modificaron los descuentos para los otros servicios.

Ello quiere decir que a partir del 1 de enero de 2005 la facturación por telefonía local ya no dependía del tráfico de llamadas y de las tarifas señaladas en el anexo financiero, sino que correspondía a un valor fijo por línea.

De acuerdo con el Demandante en Reconvención: “Para la vigencia del modificatorio número 3 Colombia Telecomunicaciones mitiga en parte la falencia en facturación y reclamaciones, definiendo para la nueva ampliación un mecanismo de pago con un valor fijo por línea en producción, minimizando el impacto de los reprocesos y ejercicios de conciliación” (58) .

Bajo estas condiciones el Contrato fue prorrogado, como consta, dos períodos más de vigencia hasta que termina, por iniciativa de COLTEL, el 30 de septiembre de 2005.

En comunicación del 12 de agosto de 2005, esto es, poco antes de la terminación del Contrato y después de haberse suscrito el modificatorio tres y de que el Contrato se había prorrogado por segunda vez después del último acuerdo modificatorio, se insiste, COLTEL le señala a PLESCOM lo que sigue(59) :

*“En atención a la comunicación de la referencia, por medio de la cual usted presenta las inquietudes que se generaron para Plescom Ltda., al recibir en Comité Coordinador celebrado los días 03 y 15 de Junio de los corrientes, la negativa de parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, respecto de proceder a modificar el valor correspondiente al cargo básico de la tarifa plana que se cobra por el tráfico de telefonía local y la modificación de las tarifas de larga distancia para los teléfonos públicos administrados por Plescom Ltda.*

*Ahora bien, respecto de la negativa expresada en el Comité, me permito poner en su conocimiento, que si bien es cierto existe para PLESCOM LTDA el derecho de “solicitar a la otra parte convocante el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero, cuando quiera que por razones de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación...” . Dicha solicitud no implica para la otra parte la aceptación irrestricta.*

*Sin embargo, es necesario precisar que no ha existido negligencia de parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP para revisar los temas propuestos por ustedes, por el contrario estos han sido en varias oportunidades objeto de amplios estudios de parte nuestra y aunque la compañía también se encuentra comprometida con el éxito del contrato, no considera viable en el estado actual de ejecución del mismo, la modificación del Cargo Único Local, ni la variación de las tarifas de Larga Distancia” (60) (Subrayas del Tribunal).*

Y el Tribunal estima que en efecto COLTEL no estaba obligada a aceptar lo que le sugería PLESCOM, toda vez que, tratándose de un contrato bilateral y sinalagmático, el derecho de esta a pedir el cambio del esquema económico no puede extenderse hasta el extremo de sostener que COLTEL, para cumplir la correlativa carga prestacional, tuviera que aceptar cualquier propuesta que se le formulara en ese sentido, máxime si no la consideraba viable desde el punto de vista de sus legítimos intereses de negocios. Vale decir, PLESCOM podía ejercer su derecho a pedir el cambio del esquema económico, pero siguiendo el principio general que rige la creación convencional de obligaciones (art. 1602, Código Civil) para que hubiera cambio COLTEL debía consentir las condiciones del mismo. A juicio del Tribunal, la carga contractual de COLTEL, correlativa al derecho otorgado a PLESCOM en la cláusula 6.6, consistía en recibir y estudiar con seriedad las propuestas de PLESCOM para el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero del Contrato, evaluando la necesidad de su modificación por razón de las condiciones del mercado, más no implicaba que COLTEL necesariamente tuviera que acceder a la modificación del esquema económico. Al punto es relevante recordar, desde la perspectiva de la duración del negocio jurídico base de este trámite arbitral, que el contrato original tenía una duración de 4 meses, que en el modificatorio N° 1 se prorrogó por un año y que a partir del modificatorio N° 3

del 28 de diciembre de 2004 las prórrogas se hacían por períodos de tres meses, dado lo cual es claro que PLESCOM, si consideraba que por sus condiciones el negocio no le era suficientemente rentable o le resultaba manifiestamente desventajoso, pudo retirarse del mismo al vencimiento del término inicial o el de cualquiera de las prórrogas, pero no lo hizo.

Por lo demás, en este proceso no se probó que COLTEL se hubiera comportado de manera contraria a la buena fe en la evaluación de las propuestas de cambio del esquema económico que le fueron presentadas por PLESCOM, ni que como consecuencia de su no aceptación se hubiera producido un mayor enriquecimiento de COLTEL en detrimento de PLESCOM de cara a la ejecución del Contrato.

El día 23 de septiembre de 2005(61), COLTEL decide terminar el Contrato invocando el vencimiento del plazo de su duración. Se lee en la carta: “Conforme con lo dispuesto en las cláusulas anteriores la prórroga tácita del Contrato de Explotación VL-001, vence el día 30 de septiembre de 2005, por lo tanto y estando dentro del término contractual previsto, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP., comunica su decisión de no continuar ejecutando el Contrato de Explotación VL-001 suscrito el 22 de agosto de 2003 y de dar por terminado el mismo a partir del 01 de octubre de 2005”.

En la última acta de conciliación celebrada entre las partes el 11 de noviembre de 2005, correspondiente a la N° 10, se lee lo que sigue: “Plescom solicita que en la semana comprendida entre el 21 al 26 de noviembre se le permita plantear una negociación para el pago basada en el desajuste económico que según Plescom presentó el contrato”(62).

Las reclamaciones por desequilibrio económico se repiten en cartas de 17 de abril de 2006 y 22 de agosto del mismo año. Sin embargo entre estas dos fechas, mediante carta del 2 de junio de 2006, COLTEL no acepta el reclamo del desequilibrio económico fundamentalmente porque en el Contrato no existió un “modelo económico” y por lo tanto “no existen, ni existieron repartos de utilidades o referentes con los cuales debían compararse los resultados económicos y rentabilidades de las Partes. [...] esta Empresa considera que no ha causado perjuicio alguno a Plescom Ltda. y que tampoco asumió el deber contractual de garantizarle un mínimo de utilidades, por lo que no puede acceder a su solicitud de reconocimiento de desequilibrio económico del contrato”(63).

Sobre la penetración de la telefonía celular, en el testimonio de Guillermo Ruales, quien para la época en que se discutió el contrato era “el representante de PLESCOM ante Telecom”, además participó del Comité Coordinador y “básicamente dirige la parte operativa de la compañía”, se lee:

“Entonces la telefonía empezó a bajarse, pero no sé si ustedes recuerden que en un comienzo la celular y tener un aparato celular era bastante costoso, entonces la penetración no se alcanza a percibir, repentinamente empezaron a bajar los planes y ya todo el mundo empezaba a llamar desde su celular, inclusive había una competencia no solamente de los chalequeros que se ponían ahí, sino de la gente que compraba su propio teléfono y empezaba a llamar desde su teléfono a destinos nacionales, por eso si mal no recuerdo en un comienzo el fuerte de la telefonía de Telecom era la larga distancia únicamente.

Dr. RENGIFO: ¿Previeron ustedes la introducción de la telefonía celular?

SR. RUALES: Sí, nosotros hacíamos la previsión porque nosotros llevábamos mes a mes el ajuste y la comparación en tráfico de cómo subían o bajaban los recaudos y la parte de tráfico, uno veía y era básicamente mirando cómo penetraba la telefonía celular, entonces bajaba y la otra subía, pero de pronto llegó y fue la penetración tan grande de la telefonía celular que ya la ecuación o las pendientes que se establecen no son iguales sino empiezan a haber cambios súbitos en esas pendientes”(64). Por su parte, Marybel González, quien fuera funcionaria de COLTEL, ante la pregunta de si las partes llegaron a prever o a discutir la manera como la telefonía celular podía afectar la economía del contrato, respondió:

“Claro que lo discutimos, ese momento era un momento bastante coyuntural digamos para las telecomunicaciones en qué sentido, estaba empezando a entrar una compañía nueva de celulares que era Colombia Móvil que se llamaba e ese momento Ola, Ola venía con un tema bien drástico que eran los grupos de pioneros que eran tarifas de \$ 30 entre los grupos de pioneros. Adicionalmente en esa época estaba también el

*auge de lo que yo les estaba contando aquí que se llamaban los piratas que eran todos estos celulares piratas o gente con celulares piratas que venían a revender, entonces digamos que uno de los actores que había en el mercado en ese momento era efectivamente el... celulares y sí lo discutimos, [...] Pero, en ese año que era 2003 ya las empresas celulares llevaban 10 años, estaban en un buen tope de venta de teléfonos personales y corporativos, estaban entrando ya a la reventa, de hecho había muchos cabineros que ya tenían celulares, estaban como digo pioneros que entraron en ese momento al mercado, entonces era un actor decisivo el celular en ese momento” (65)*

Después de este breve *excursus* el Tribunal se adelanta a afirmar que lo que se deduce del amplio material probatorio con el cual se provisionó este litigio, y sobre este tema en concreto, es que la afectación económica del Contrato en esencia se debió al aumento del nivel de penetración en el mercado de la telefonía móvil celular, lo cual implicó un deterioro de los recaudos asociados con la explotación de la red de teléfonos públicos. El Tribunal también observó que la solicitud de cambio de modelo económico nunca se aceptó y que de conformidad con el dictamen financiero PLESCOM no recibió las utilidades que esperaba. En relación con esto último, se lee en el dictamen financiero que PLESCOM aspiraba a unas utilidades antes de impuestos de 20,20%, pero que solo obtuvo unas utilidades del 3,76% en el período de ejecución del Contrato(66) .

El apoderado de PLESCOM en sus alegatos de conclusión frente al no cambio del esquema económico afirmó que: *“ Las peticiones reiteradas de Plescom, no merecieron un estudio de fondo y la citación del Comité de Coordinación para revisar los estudios y adecuar el contrato. [...] No se estipuló garantía de utilidades como es lógico. Pero si se estipuló el derecho de Plescom y la obligación correlativa de Coltel del cambio de las condiciones económicas del contrato por el cambio de las condiciones del mercado. No hubo una sola alternativa o propuesta de Coltel para ser acordada o discutida en el Comité de Coordinación, y se agravaba el deterioro económico de las condiciones de Plescom” (67)* . Sobre el alcance de este derecho y su correlativa carga prestacional, el Tribunal se remite a lo ya señalado atrás.

Por su parte el apoderado de COLTEL en contra del tema del desequilibrio económico del Contrato sostiene que el modelo económico estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2003, que este fue elaborado de consuno, que no se presentaron circunstancias imprevisibles que afectaran el negocio: *“ No queda duda que desde los momentos previos a la celebración del contrato se discutió lo relativo al aumento del tráfico de teléfonos celulares y a la piratería; esa era una circunstancia no solo previsible al momento de celebrar el contrato VL-001 sino prevista”*; que COLTEL no estaba obligada a mantener la utilidad de Plescom a costa de la suya y que la disminución del consumo afectaba a las dos partes(68) .

En los alegatos de conclusión el apoderado de la Demandada en Reconvencción reconoce la afectación económica del negocio: *“ Dentro del Proceso está probado que hubo una disminución de los recaudos, como también lo está que en buena parte, tal disminución tuvo por causa el desarrollo de la telefonía móvil, tanto formal como informal. ¿Qué ocurrió en el negocio? Se volvió menos rentable por una circunstancia ajena a las partes del contrato. ¿Qué se podía hacer para mejorar la rentabilidad del negocio? No existe prueba en el expediente de que se hubiera podido hacer algo para mejorar la rentabilidad del negocio, que no se haya hecho, lo que descarta la prosperidad de la pretensión. Sin embargo, es un hecho notorio que indefectiblemente el negocio de los teléfonos públicos entró en decadencia como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías; ¿cómo lograr que personas sigan usando teléfonos públicos cuando el desarrollo tecnológico les ha dado herramientas más cómodas y eficientes? Eso es imposible (y recuérdese que la obligación cuya declaración de incumplimiento se pretende es de medios); no había forma de optimizar la rentabilidad del negocio, a pesar de que si se hicieron esfuerzos, aunque de haberla habido el demandante ha debido probar tal circunstancia y no lo hizo, por lo que su pretensión debe desecharse” (69)* .

Igualmente sostiene: *“Las principales circunstancias que, siendo ajenas a las partes, supuestamente afectaron el negocio, fueron, en primer lugar, el aumento de la comercialización de teléfonos celulares y la disminución de sus tarifas, lo que afectó el uso de las personas de los teléfonos públicos, y por otra parte, la competencia de los celulares llamados ‘piratas’, que a bajo costo ofrecían los mismos servicios. Esas circunstancias afectaron fundamentalmente, según ha expresado la propia Plescom en diversas piezas procesales, el negocio de larga distancia. No cabe duda de que el negocio se afectó; pero lo fundamental es si tal circunstancia fue imposible de*

*prever para las partes, o si por el contrario las partes, en particular Plescom, tuvieron la posibilidad de preverlas, o incluso si las previeron y a pesar de ello decidieron celebrar el contrato” (70).*

En este orden de ideas, cabe preguntarse, ¿incumplió el contrato COLTEL al no haber aceptado ajustar el esquema económico establecido en el anexo financiero del Contrato, en la forma que le fue propuesta por PLESCOM, para mantener la rentabilidad de su cocontratante? o como señala el demandante en reconvenición “*por no tomar las medidas necesarias de revisión, análisis y adecuación del contrato a las condiciones del mercado, incluido el análisis y revisión de las tarifas y de los descuentos, según rezan varias de las cláusulas contractuales (cláusula 6.6.)” (71).*

El Tribunal entiende que el tema del equilibrio contractual es un punto trascendental en la contratación moderna y en este caso específico es un hecho incontrovertible que el negocio no le produjo los réditos esperados a PLESCOM. Pero para el Tribunal COLTEL en ningún momento contravino en esta materia la regla de la buena fe y antes por el contrario, del desarrollo que tuvo la ejecución del Contrato, observó su interés en satisfacer las expectativas de su otra parte contractual, sin sacrificar, por supuesto, las suyas. La existencia de un Comité Coordinador, la suscripción de diez actas de conciliación y la celebración de tres acuerdos modificatorios al convenio inicial, prueban su disposición de ir ajustando el Contrato a las necesidades que su ejecución iba presentando.

Para el Tribunal, pues, la causa de la frustración para PLESCOM de no recibir las utilidades esperadas, se debió no a incumplimientos o errores de conducta de COLTEL, sino a un riesgo previsible y previsto del negocio explotado, como fue el incremento del nivel de penetración en el mercado de la telefonía móvil celular, circunstancia esta sobre la cual existe abundante prueba testimonial. Dicho en otras palabras, así existiesen errores de conducta de parte de COLTEL, en lo relacionado con la no facturación oportuna y la no implementación de códigos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens, ellos no son la causa del perjuicio alegado por PLESCOM. No existe una relación de causalidad entre los errores de conducta de COLTEL y los perjuicios alegados por PLESCOM. Pero es más, no aparece en el dictamen financiero la cuantificación de perjuicios derivados de los incumplimientos de COLTEL, tan solo una suma por las utilidades que se hubiesen derivado de la explotación de 700 líneas telefónicas que el Tribunal no ha aceptado por carecer dicha cantidad —700 líneas— de una comprobación sustentada y convincente.

¿Quién debe pues asumir el riesgo de las menores utilidades derivadas de la caída en los recaudos y en la utilidad del negocio de explotación de la red de teléfonos públicos a raíz de la masificación de la telefonía móvil celular, cuando además se sabe que el negocio jurídico al que recurrieron las partes no es un contrato de riesgo compartido?

Se tiene entonces que hay daño para una de las partes del Contrato (incluso para ambas, porque del buen recaudo ambas se beneficiaban), pero no derivado de un incumplimiento de la cláusula 6.6 o de no haberse actuado de conformidad con la regla de la buena fe de parte del otro sujeto contractual en lo relativo al cambio del esquema económico del Contrato.

Excluido el incumplimiento, como se ha venido afirmando, el riesgo contractual se refiere a las situaciones sobrevinientes que alteran el contenido de las prestaciones previstas por las partes, cuyo origen es, generalmente, externo a ellas y, en todo caso, ajeno a un comportamiento culposo. ¿Quién debe asumir pues la pérdida por la concreción del riesgo de ese contrato? ¿Ambas o una de las partes?

Tanto el incumplimiento de las obligaciones como la ocurrencia de un riesgo contractual tienen efectos distintos. Mientras el incumplimiento de una obligación genera la obligación de reparar todo el daño previsible (daño emergente y lucro cesante y, eventualmente, daños inmateriales) causado a la otra parte, el riesgo contractual constituye una carga para quien lo asume. Su materialización implica para la parte que asumió el riesgo la consecuencia de tener que soportar sus efectos, pero ello no le impone indemnizaciones a la otra parte.

Para el Tribunal es claro que el Contrato en análisis y sus modificatorios no establecieron un negocio jurídico de riesgo compartido, sino un contrato en virtud del cual cada parte obtendría su ganancia de acuerdo con un precio acordado. Si el Contrato no le produjo a PLESCOM las utilidades pensadas, ello no significa que el garante de su

pérdida sea el otro sujeto contractual. Ello no está establecido en el Contrato y de su clausulado tampoco se infiere.

Los efectos adversos de los hechos sobrevinientes (bajo recaudo, ocasionado en particular por el incremento en los niveles de penetración en el mercado de la telefonía móvil celular) no se le pueden dirigir sin más a COLTEL. Este, en cuanto a la rentabilidad del negocio, asumió de conformidad con la cláusula 7.5 del contrato una obligación de medios. Así quedó estructurado el contenido de esta particular obligación. Se lee en la cláusula: “*COLOMBIA TELECOMUNICACIONES hará uso de sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio*”.

Y respecto del cambio del esquema económico del Contrato, surgió para ambas partes el derecho recíproco de solicitarlo; pero la modificación efectiva del esquema era una función o tarea del Comité Coordinador que no dependía derechamente de la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, y para lo cual se requería el consentimiento de ambas.

Total no observa el Tribunal el incumplimiento de COLTEL de alguna de las dos cláusulas citadas (6.6 y 7.5). Y, en todo caso, el incumplimiento de otros deberes de conducta de COLTEL, se insiste a riesgo de fatigar, no es la causa del perjuicio alegado por PLESCOM. Por ello para el Tribunal la discusión ha trascendido el área del incumplimiento contractual para caer en la órbita del riesgo del contrato. ¿De quién es pues el riesgo de la pérdida de ganancia por la caída de los recaudos en la explotación del servicio de la telefonía pública local, local extendida y de larga distancia?

Señala el apoderado de la Demandante: “*Colombia Telecomunicaciones jamás garantizó a Plescom que se iban a cumplir sus expectativas durante el contrato. Como en cualquier negocio ellas podían darse o no, sin que se generara en el segundo de los eventos la consecuencia para Colombia Telecomunicaciones de tener que entrar a proteger las utilidades de Plescom en detrimento de las suyas y mucho menos de entrar a protegerlas para que se cumplieran las expectativas de que trata el documento denominado ‘modelo económico’ [...]. De la misma forma, lo que se dice en la cláusula en comento, es que Colombia Telecomunicaciones se esforzaría por mantener entre otras, la rentabilidad del negocio, no la rentabilidad de Plescom, lo que supone que de una u otra forma, que las medidas que se tomaran no tenían que tener por objeto disminuir la rentabilidad de Colombia Telecomunicaciones a favor de la de Plescom. La cláusula en forma clara consagra un propósito: tratar de lograr que el negocio fuera rentable, no que Colombia Telecomunicaciones se sacrificara por la rentabilidad de Plescom, ni que garantizara las utilidades de Plescom en detrimento de las suyas, ni cosa parecida” (72).*

El apoderado de PLESCOM incluso acepta que una garantía de utilidad del negocio no existió: “*No se solicita esta indemnización por ingresos dejados de percibir por concepto de una garantía de utilidad que nunca existió, como lo reconocemos. Pero si se solicita con fundamento en los incumplimientos por acción y por omisión en que incurrió COLTEL” (73).*

Se ha de recordar que en el acta siete del Comité Coordinador, COLTEL sugirió terminar el Contrato y que en la carta del 12 de agosto de 2005, ya referida, le dice a PLESCOM que él no está obligado a acoger la solicitud de la modificación del Contrato. Así mismo en la experticia financiera se dice que los tres contratos modificatorios formaron parte del esfuerzo para mejorar la rentabilidad del negocio.

Además, el Tribunal toma en la cuenta otros hechos o circunstancias que lo llevan a no declarar el incumplimiento de la cláusula 7.5 y de la 6.6: (i) el valor total de descuentos de COLTEL a PLESCOM ascendió a la no despreciable suma de \$ 10.154.199.334: “*Las cifras incluidas en las páginas 1-2 y 2-12 del Dictamen muestran que sobre una facturación antes de conciliación de \$ 33.016.476.367 se descontaron por las causales anotadas en la página 2.12 un total de \$ 10.154.199.334, o sea, un 30.75%” (74); (ii) “En las actas de conciliación se utilizó como referencia la información presentada por Plescom, y obtenida del OPMS, para efectuar ajustes en los valores a pagar por Plescom, aunque algunos de ellos quedaron sujetos a verificaciones posteriores” (75); (iii) PLESCOM no se vio en la obligación de pagar valores no conciliados, el riesgo de la pérdida del negocio lo asumía cada parte y las modificaciones que el acuerdo sufrió y fundamentalmente el anexo financiero, nunca desdibujaron la esencia del Contrato, o mejor, nunca lo convirtieron en un contrato de riesgo compartido, y (iv) la obligación asumida por COLTEL en la cláusula 7.5 fue una obligación de medios y como se sabe la calificación de obligación de medios se impone cuando la ejecución del contrato es aleatoria, es decir que su éxito no depende*

solo de la actitud del deudor sino de otros factores de los que dicho deudor no tiene el dominio.

Vale la pena reiterar que el criterio de interpretación señalado en el inciso tercero del artículo 1622 del Código Civil deviene fundamental para interpretar el acuerdo y ver que el riesgo de pérdida no lo asumió COLTEL, o mejor incluso, que en ningún momento asumió una garantía de ganancia o de utilidades a favor del otro sujeto contractual. La solidaridad contractual no llega al extremo de sacrificar los intereses propios. Y además, COLTEL hacia los descuentos de su facturación con base en la información que PLESCOM le suministraba.

En este orden de ideas, y observando la condición de profesionales de ambos contratantes, que el Contrato fue modificado en tres oportunidades, que existen múltiples actas del Comité Coordinador y diez actas de conciliación, y expuesto y analizado en conjunto todo ese plexo de circunstancias, el Tribunal no reconocerá el incumplimiento de la obligación de realizar los mejores esfuerzos con el fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio, ni el que se le endilga a la parte demandada en reconvenición por no haber atendido la solicitud del cambio del modelo económico del Contrato.

#### **4.5.6. La supuesta competencia desleal.**

Ha alegado el Demandante en Reconvenición que COLTEL violó el régimen jurídico de la competencia desleal al designar agentes —“SAIS” y “Resellers”— para prestar servicios en los mismos sitios de ubicación de los teléfonos públicos y con tarifas más bajas y en razón de haberle establecido a PLESCOM una cláusula de exclusividad en el Contrato.

En cuanto a lo primero, el Demandante en Reconvenición cita las actas números 5 y 6 del Comité Coordinador. En el acta número cinco de 23 de abril de 2004 se lee que PLESCOM “*Ratifica que el negocio de la telefonía va en caída y se deben tomar medidas urgentes. Solicita reglamentar la asignación de los resellers, para que no se coloquen cerca de los TPS y no se realice competencia entre los productos de Telecom*”. Respecto del acta N° 6 de 23 de septiembre de 2004, el Reconviente transcribe en sus alegatos lo contenido en la misma sobre las “*repercusiones para el convenio VL-001 de las tarifas de resellers y SAIS*” para concluir que “*considero dicente de esta acta del Comité de Coordinación para que el honorable Tribunal concluya que está demostrada la existencia de este hecho, su imputabilidad a COLTEL, y su relación de causalidad con la disminución de los ingresos económicos de PLESCOM*” (76). Cita igualmente como soporte de su argumentación informes ejecutivos sobre el desarrollo del Contrato.

Frente a este tema concreto no encontró el Tribunal respuesta de COLTEL porque la pretensión concreta de la violación del régimen de competencia desleal no aparece como una pretensión en la demanda de reconvenición y solo de ello se vino a exponer en los alegatos de conclusión. Se violaría el derecho de defensa aceptar la acusación sin que COLTEL haya tenido la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción. No obstante esto, el Tribunal se adelanta para señalar que no figura en el plenario una prueba sobre la estimación del perjuicio por la supuesta competencia desleal de que, se dice, fue víctima PLESCOM. El Tribunal, además, insiste en que la afectación económica del negocio se debió a la fuerte penetración en el mercado de la telefonía celular —circunstancia externa— y no a los incumplimientos endilgados a COLTEL.

En cuanto a la exclusividad, la cláusula 5.17 del contrato VL-01 señala lo que sigue: “*Por si o por interpuesta persona, PLESCOM se compromete para con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a no ejercer la actividad de que trata este contrato o con la misma finalidad, para sí o para terceras personas, por el término de duración del mismo*”.

El Tribunal no estima que el Contrato se haya incumplido porque en su contenido aparezca una cláusula de exclusividad a favor de COLTEL. Se recuerda que la prohibición de los “pactos desleales de exclusividad” de que trata la ley 256 de 1996 va dirigida a los contratos de suministro, “*cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios*”. En el presente caso, el acto de disposición de intereses celebrado entre las partes lejos está de ser calificado, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, como un contrato de suministro y en puridad las dos partes del Contrato no pueden ser calificados de competidores. Además, el pacto per se e in se no puede ser calificado de desleal por cuanto en muchos negocios es de la usanza utilizar dichos pactos. Finalmente, no se debe

olvidar que la exclusividad fue aceptada por PLESCOM sin salvedades y que en ninguno de los dictámenes aparece establecido el perjuicio que afirma sufrió por la exclusividad acordada.

#### **4.5.7. Reflexión general y final sobre todos los elementos e incumplimientos de la pretensión estudiada.**

Desmenuzada la pretensión, por la variedad de elementos que incorporaba consistentes en una gran cantidad de incumplimientos endilgados a COLTEL, el Tribunal para concluir quiere redondear su análisis de la pretensión quinta de la siguiente manera:

El riesgo contractual se define bajo su acepción genérica como la contingencia de pérdida derivada de la ocurrencia de eventos inciertos que pueden afectar la ejecución del contrato. Eso es lo que aquí precisamente ha acontecido. Excluida la figura del riesgo compartido y con base en todo lo afirmado *supra*, para el Tribunal es claro que el riesgo de pérdida del negocio debe asumirlo cada parte y máxime que en este caso ni ha habido los incumplimientos endilgados a COLTEL de sus deberes bajo las cláusulas 6.6 y 7.5 del Contrato ni se ha mancillado la regla de la buena fe en lo relacionado con las mismas, ni ha habido otro incumplimiento que el Tribunal juzgue como grave, significativo o esencial. En otras palabras, la no ganancia esperada por PLESCOM no se deriva de los incumplimientos endilgados a COLTEL, sino de eventos externos a su comportamiento contractual.

Vale insistir, además, que el Contrato celebrado entre las partes no fue un contrato de derecho público, sino de derecho privado. Del primero se predica la conmutatividad, es decir, la equivalencia objetiva de las obligaciones emanadas por las partes. A diferencia de los contratos privados en los que la conmutatividad es relativa, por cuanto las prestaciones se miran como equivalentes, sin que objetivamente lo sean. “ *Si bien es cierto las tendencias contemporáneas del contrato, aun privado, releven su objetivo de utilidad y justicia, ello no se traduce en la definición de un equilibrio objetivo de las prestaciones. La formidable ampliación de la noción de orden público contractual permitió en el siglo XX la inclusión del orden público económico y social y reforzó los mecanismos de contrapeso de la desigualdad de las partes, como la reglamentación de los contratos, el desarrollo del derecho del consumidor, el refuerzo del consentimiento informado y las reglas de competencia, como límites al liberalismo a ultranza. Sin embargo, pese a esta evolución, el contrato continúa siendo la máxima expresión de la economía de mercado, con su consecuente libertad de precios*” (77).

La contingencia de la reducción de la satisfacción económica del negocio, por el acaecimiento de circunstancias previstas o previsibles que no comportan un incumplimiento en sentido técnico sino un cambio de la economía originaria del negocio es lo que describe el riesgo contractual en sentido estricto, en la cual la prestación ha sido ejecutada y sin embargo no produce la satisfacción económica deseada. Aquí no ha habido la ganancia esperada para una de las partes, pero a la vez no ha existido de parte de la otra un incumplimiento grave, trascendental o significativo que pueda tomarse como causa de los daños alegados por PLESCOM.

De las pruebas con que se aprovisionó el litigio el Tribunal deduce que los posibles efectos de la telefonía celular en la economía del Contrato eran previsibles y fueron previstos por las partes (78). Además, de la lectura del Contrato y en especial de las cláusulas 7.5 y 6.6 —entendidas separada o conjuntamente— y el anexo financiero no se infiere que COLTEL le haya garantizado beneficios o utilidades a PLESCOM en la ejecución del Contrato. Las dos cláusulas citadas no tienen esos alcances y para el Tribunal no fueron incumplidas. Tampoco el anexo financiero. El riesgo de la no ganancia o de la pérdida era para cada uno de los contratistas.

El Tribunal no desconoce, en absoluto, el solidarismo contractual, el “contrato sociable” como la nueva tendencia de la contratación moderna, pero ello no significa un sacrificio tal para una de las partes que se actúe en contra de sus propios intereses. COLTEL le sugirió a PLESCOM la terminación del Contrato y le anunció que el cargo fijo no sería abolido, no obstante lo cual PLESCOM prefirió mantenerse en el Contrato, aun cuando tuvo la posibilidad de retirarse al vencimiento del plazo inicial o el de sus prórrogas. Y de todas maneras del dictamen financiero se aprecia que de la facturación de COLTEL y después del proceso de conciliación entre las partes, PLESCOM recibió descuentos equivalentes al 30.75% de la facturación total.

Dentro de la misma cláusula sobre el objeto del Contrato aparece el tema del esquema económico y el de los riesgos. En efecto se lee en la cláusula 2.a del Contrato lo que sigue: “*OBJETO: El presente contrato tiene por*



objeto la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las Partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado” (resalta y subraya el Tribunal).

El mismo apoderado de PLESCOM acepta que las dos partes lo fueron adecuando a las condiciones del mercado en razón a la dinámica que se vive en el sector de las telecomunicaciones(79) . Hay pues coincidencia en que los acuerdos modificatorios surgen precisamente por la necesidad de ajuste del Contrato en razón del cambio en las condiciones del mercado.

En los mercados se pueden presentar daños que no necesariamente son antijurídicos en la medida en que en ámbitos de libre competencia puede haber competidores que en razón de la misma, sufran daños que no resulten reparables. Es decir daños que se generan por el normal y legal desarrollo de la libertad de empresa dentro de la economía del mercado y que en consecuencia no son indemnizables(80) . Esta reflexión deviene pertinente por cuanto el declive del negocio para PLESCOM no se derivó de un actuar culposos de COLTEL, sino de la presencia de otro actor del mercado: las empresas de la telefonía celular.

La afectación de la economía del Contrato no se debió a la demora en la facturación, ni al tema de los fraudes, el cual había sido previsto, ni a las líneas fuera de servicio, sino esencialmente a la mayor penetración de la telefonía celular en el mercado. O mejor, no existe una relación de causalidad entre el supuesto incumplimiento de deberes de conducta de COLTEL y la pérdida de ganancia para PLESCOM. Tan es así que no aparece en el dictamen financiero una estimación de los perjuicios de cada uno de los supuestos incumplimientos endilgados a COLTEL.

Ha dicho la Corte Suprema que “para ser procedente una demanda por indemnización de perjuicios se necesita precisamente la concurrencia de estos elementos: existencia de una obligación, incumplimiento de ella, perjuicio y relación de causalidad entre este y ese incumplimiento imperfecto o retardado”(81) . En el presente caso ha habido incumplimientos probados de COLTEL en relación con los temas de la facturación oportuna y la no instalación de códigos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens, pero no aprecia el Tribunal la relación de causalidad entre estos y un perjuicio para PLESCOM. El perjuicio para PLESCOM se derivó, como se ha dicho con insistencia, de la mayor penetración de la telefonía móvil celular en el mercado y esto, por supuesto, no es atribuible a COLTEL.

Así pues, esta pretensión prospera parcialmente, por cuanto resultaron probados ciertos errores de conducta de COLTEL, que el Tribunal no considera graves, significativos o esenciales, pero no se probó la relación de causalidad entre estos y los perjuicios al Demandante en Reconvencción ni su incidencia en la economía del contrato VL-001 de 2003.

#### **4.6. Pretensión Sexta.**

Reza así:

*“Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a pagar a PLESCOM los ingresos dejados de percibir, las sumas cobradas en exceso y los valores que tuvo que pagar PLESCOM por los incumplimientos del contrato. Estas sumas deberán ser actualizadas desde la fecha en que debieron ser pagadas hasta la fecha en que se efectúe el pago, utilizando una tasa de actualización equivalente al DTF mensual, certificado para cada uno de los meses del período durante el cual estuvo pendiente de pago”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Ya se ha afirmado que los incumplimientos endilgados a COLTEL, no tuvieron una trascendencia significativa para horadar las utilidades esperadas por PLESCOM. El contrato se vio afectado por la penetración, esa sí significativa, de la telefonía móvil celular en el mercado, lo que a la postre terminó afectando a PLESCOM, tal como incluso lo reconoce el apoderado de COLTEL.

No le resultó convincente al Tribunal la cifra que el dictamen financiero ofrece sobre lo dejado de recibir de parte de PLESCOM por el no funcionamiento de setecientas líneas durante la ejecución del Contrato, en razón a que dicha cantidad arribó al proceso no a través de la experticia técnica, sino de la versión de un testigo cuyo dicho

sobre ese particular no logró ser corroborada con la abundante prueba documental con la que se aprovisionó el litigio(82).

En punto de las supuestas “sumas cobradas en exceso”, el Tribunal toma en la cuenta la siguiente afirmación de la experticia técnica: “[E]n las actas de conciliación consta que las partes aceptaron como referencia para descontar el tráfico de algunas líneas, lo presentado por Plescom en cuanto a las líneas que realmente estaban siendo utilizadas por los teléfonos públicos del Convenio. Aunque en algunas actas se dejó una nota que indicaba que se efectuaría una verificación posterior, no encontré en la documentación revisada alguna evidencia que indique que el tráfico descontado en las conciliaciones por líneas no pertenecientes al Convenio, hubiera sido modificado o incluido nuevamente en la facturación”(83). Esta afirmación categórica, no controvertida ni desvirtuada, es suficiente para descartar una reparación por las supuestas sumas cobradas en exceso. Las conciliaciones como se sabe tienen efectos dirimentes y las partes dejaron a salvo aquellas que serían objeto de verificación posterior.

Además, la referida experticia añade: “En las actas de conciliación N° 3, 6, 7, 8 y 10, se efectuaron descuentos en los valores a pagar por parte de Plescom como consecuencia del concepto que fue clasificado como ‘posible fraude...’. Allí se contabilizaron valores facturados por Colombia Telecomunicaciones correspondientes a líneas asignadas a PLESCOM, pero que no tuvieron registros de tráfico en el OPMS ni recaudo. Estos descuentos se efectuaron de común acuerdo durante las conciliaciones efectuadas por las partes”(84).

Ahora bien, el Tribunal observa igualmente que en el proceso se evidenciaron diferencias entre los valores facturados por COLTEL y los registros de PLESCOM, pero dichos valores fueron descontados del valor de la factura; así se observa en el dictamen financiero.

Adicionalmente, el Tribunal considera que no hubo cobros en exceso a tal punto que el concepto o la categoría de “valores descontados no procedentes” o “descuentos no procedentes”, que de acuerdo con el dictamen financiero ascendieron a la suma de \$ 1.740.154.496 fue parcialmente decidida a favor de PLESCOM al estudiar la demanda principal reformada, su contestación y excepciones, es decir que esa suma, aunque reclamada, no le fue reconocida a COLTEL en su totalidad.

Finalmente, respecto de lo que el demandante en reconvención denomina “valores que tuvo que pagar PLESCOM por los incumplimientos del contrato”, se advierte que dicho concepto no fue precisado por la demandante en reconvención y no aparece en el plenario y sobre todo en las experticias técnica y financiera algún valor que haya PLESCOM pagado por los supuesto incumplimientos del Contrato.

Esta pretensión de condena, por lo tanto, no prospera, así como tampoco el pedimento de su actualización.

#### **4.7. Pretensión Séptima.**

Se pide en ella:

*“Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a pagar los intereses corrientes y moratorios que se generen por el no pago de las obligaciones, desde el momento en que debieron ser reconocidas, hasta la fecha en que se efectúe el pago, calculados a la tasa equivalente al interés bancario corriente, y al máximo interés moratorio permitido, de acuerdo con la liquidación mensual que deba realizarse”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Como no ha habido reconocimiento de algún pago a favor de PLESCOM por no ejecución de obligaciones, está pretensión pierde su razón de ser y en consecuencia su no prosperidad es manifiesta.

#### **4.8. Pretensión Octava.**

Solicita en esta pretensión PLESCOM:

*“Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la celebración, estipulaciones contractuales y ejecución del contrato, se encontraba en una posición dominante en el tráfico de los servicios y prestaciones*

*pactadas en el contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios”.*

### **Consideraciones del Tribunal:**

La pretensión la interpreta el Tribunal en el sentido de que el Demandante en Reconvención busca que el Tribunal declare que COLTEL se encontraba en una posición dominante de carácter contractual en el tráfico de los servicios y prestaciones pactadas en el contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios. Dicha aclaración se hace por cuanto el Tribunal estima que en el Derecho Colombiano la competencia para la declaración de una posición dominante en el mercado actualmente no puede ser radicada en cabeza de la justicia arbitral, en virtud de acuerdo de las partes, sino que por ley está radicada en cabeza de autoridades administrativas especializadas. Como se sabe la primera clase de posición dominante suele presentarse entre no competidores, como en el presente caso, en tanto que la de mercado entre competidores. Tratándose de la segunda y precisamente por ser entre competidores es que dicha situación está reglamentada por las normas del derecho de la competencia que son por esencia normas de orden público.

Señala el Demandante en Reconvención en sus alegatos de conclusión que el artículo 133 de la ley 142 de 1994 debe aplicarse a la relación jurídica existente entre las partes de este litigio. Señala: “ *Esta norma resulta fundamental para sustentar la afirmación que en el contrato VL-001 de 2003, en primer lugar, son aplicables las presunciones de abuso de posición dominante contempladas en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994. Y en segundo lugar, para ratificar la aplicación de las normas de la Ley 142 de 1994 a COLTEL en todos sus contratos. Lo anterior, puesto que la norma señala su aplicación, cualquiera que sea la otra parte contratante, tenga o no la calidad de usuario, de cliente u otra distinta; y también en cualquier clase de contratos*” [\(85\)](#) .

Sobre este particular el Tribunal estima que el artículo 133 de la ley 142 no es aplicable al contrato en discusión el cual ha sido calificado como un contrato atípico entre dos profesionales autónomos e independientes. La referida norma señala que “*Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas*” y a renglón seguido enlista un número de treinta cláusulas en donde se presumiría el abuso de la posición dominante para terminar la norma diciendo que “*La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa*”.

El artículo 133 hace parte del título VII de la ley de los servicios públicos domiciliarios que trata en efecto del contrato de servicios públicos, es decir de aquel contrato especial porque quien ofrece los servicios, ya sea el Estado o un concesionario, está en mejor posición contractual y económica que el cliente o el usuario. Esa es la razón por la cual el legislador ha enumerado toda una serie de cláusulas de las cuales ha presumido iuris tantum que son fruto de la posición dominante que ejerce la empresa de servicios públicos sobre el suscriptor o el usuario, y lo ha hecho con el fin primordial de protegerlo en el entendido de que es la parte débil de la relación jurídica y que el clausulado del negocio está fijado por la empresa de servicios públicos.

Debe aclararse entonces que la ley 142 de 1994 —y por supuesto su artículo 133— no aplica en esencia para este caso por cuanto el contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003 no originó un vínculo entre el prestador de un servicio público y un usuario del mismo, sino entre dos empresarios autónomos e independientes que se pusieron de acuerdo para realizar la explotación de unos bienes y servicios de telefonía y de este modo obtener un beneficio económico. Mejor dicho, la posición dominante contractual de que trata la ley 142 de 1994 se predica es respecto de la empresa de servicios públicos en relación con los suscriptores o usuarios, precisamente en razón de la existencia de un contrato previo de prestación de servicios, contrato que se caracteriza por estar regido por condiciones uniformes fijadas unilateralmente por la propia empresa prestadora de servicios públicos. Aquí esto no ha acontecido [\(86\)](#) .

Dicho lo anterior, el Tribunal, pues, entiende que lo que persigue el Demandante en Reconvención es que se declare que en la “*celebración, estipulaciones contractuales y ejecución del contrato*” VL-001 DE 2003 y sus modificatorios, COLTEL se encontraba en posición dominante contractual.

El Tribunal analizando la prueba testimonial arrimada al proceso, el carácter de profesional que para la época de

los hechos considerados detentaba PLESCOM en el mercado o en el negocio de las telecomunicaciones, y el clausulado del Contrato y sus modificatorios, puede concluir que no hubo posición dominante contractual de COLTEL en la celebración, en el contenido de las estipulaciones y en la ejecución del Contrato, así en un plano práctico no haya igualdad absoluta o paridad económica entre los celebrantes, por las razones que seguidamente se exponen.

(i) En cuanto a la celebración, el Tribunal apreció que tanto el acuerdo y sus modificatorios fueron debidamente discutidos por las partes, lo cual excluye la imposición del clausulado por una parte a la otra, y la simple adhesión integral de PLESCOM a un clausulado propuesto por COLTEL. Por ejemplo, en la versión testimonial de la señora MEGUMI KAKOI se lee:

*“¿Cómo se efectuaron las negociaciones tanto del contrato como de sus modificaciones? Quisiera que fuera lo más explícita en esta respuesta.*

*Me acuerdo muy bien de estas negociaciones porque fue de las primeras asignaciones que tuve cuando me vinculé a Coltel, lo que se generó es primero un borrador de minuta del convenio que pasó a Plescom, Plescom nos entregó de vuelta unos comentarios y se generaron conclusiones en la oficina del gerente legal donde nos reunimos por varios días entre cuatro, cinco, seis horas, donde íbamos cláusula por cláusula, hacíamos la lectura del clausulado, se hacían las modificaciones de redacción, si estaban de acuerdo o no estaban de acuerdo y así se construyó el contrato final que es el que se suscribió. [...] Las personas que asistieron por parte de Plescom fue el doctor Guillermo Ruales que era el gerente del contrato y el doctor Jairo Velázquez que es el abogado de Plescom en su época. [...] Así mismo como ellos conocían del modelo del negocio también nos solicitaron que incluyéramos dentro de los derechos que tenía Plescom el poder de solicitar a Coltel la modificación del anexo financiero dependiendo de las condiciones del mercado, fue un tema que ellos quisieron que quedara consagrado explícitamente como derecho de ellos, obviamente las demás estipulaciones lo mismo en modificatorios cuando hablamos de temas de remuneración, el tema del anticipo, fueron temas que se negociaron y que logramos que ellos también obtuvieran que se consagraran esas específicas estipulaciones” (87).*

(ii) En las estipulaciones contractuales del contrato original, el Tribunal observa un equilibrio normativo el cual lo extrae, *inter alia*, de las siguientes cláusulas:

- *“Recaudar y administrar los ingresos de los teléfonos públicos y conciliar las cuentas con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en los términos de los Anexos Técnico y Financiero” (5.7);*
- *“Establecer por su propia cuenta y con plena autonomía, la organización que se requiera para desarrollar el objeto del contrato” (6.3); “Tener acceso total, completo y oportuno a la información derivada del contrato” (6.4); “Solicitar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES el cambio del esquema económico establecido en el anexo financiero, cuando quiera que por razón de las condiciones del mercado, se derive la necesidad de su modificación” (6.6);*
- *“CONTROL DE FRAUDE: PLESCOM en conjunto con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES elaborarán un procedimiento preventivo, de acuerdo con la legislación vigente, sobre el entorno de las líneas telefónicas de operación de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Las partes se comprometen a realizar los mejores esfuerzos de cada una para adoptar los correctivos y los mecanismos necesarios para controlar el fraude. En el evento que PLESCOM no comunique oportunamente el fraude, de acuerdo con el procedimiento y condiciones establecidas, este asumirá los costos que el mismo represente. PARÁGRAFO: Para la verificación de las sumas correspondientes a fraude, se tomará como base para la conciliación de cuentas, el OPMS (centro de gestión), el valor histórico de recaudo, los valores recaudados efectivamente por PLESCOM y la facturación realizada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES” (9.a).*
- *“COMITÉ COORDINADOR: PLESCOM y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES establecerán dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la firma de este contrato en forma conjunta, un Comité para desarrollar y coordinar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, para dar soluciones efectivas en la prestación del servicio a los clientes o usuarios, de conformidad, y en cumplimiento de este contrato. [...] El comité será presidido por uno de los representantes designados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y*

solo podrá reunirse y decidir válidamente cuando cuente con la presencia de PLESCOM y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Las decisiones se tomarán con el voto unánime de las Partes. [...] En caso de desacuerdo en el Comité Coordinador, se acudirá a una segunda instancia conformada por el Vicepresidente de Telefonía Local de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y el Gerente de PLESCOM, o a quienes estos deleguen, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado” (10.a).

- “**PRECIOS O TARIFAS DE LOS SERVICIOS:** Las partes acuerdan que el precio o tarifa a cobrar por los servicios y los demás costos por concepto de la prestación de servicio serán los fijados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de acuerdo con la regulación dada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones” (14.a).
- “**TÉRMINO DE DURACIÓN:** El presente contrato tiene un término de duración de cuatro (4) meses contados desde la fecha de su perfeccionamiento, los cuales podrán ser prorrogados por mutuo acuerdo” (88) (15.a).
- “[...] Cuando se presenten diferencias entre lo facturado y lo recaudado, se procederá a realizar la conciliación dentro de los quince días siguientes al recibo de la facturación. En el evento que no se lleve a cabo la conciliación por causas imputables a PLESCOM, se pagará el valor facturado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Si la conciliación no se realiza por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, PLESCOM pagará el valor reportado por el OPMS o el registro histórico de los tres (3) últimos meses. Pero en todo caso PLESCOM se compromete a pagar las sumas que no son objeto de reclamación, en el término establecido en la factura” (16.a del contrato original).

(iii) En la ejecución del Contrato: Figuran en el plenario 10 actas de conciliación suscritas por ambas partes, 10 actas del Comité Coordinador igualmente suscritas y tres proyectos de actas no firmados, mas no cuestionados en el trámite, y tres acuerdos modificatorios tanto al Contrato como a sus anexos. No observa en ellos el Tribunal imposición contractual sino acuerdos de las partes.

A lo anterior se suma lo señalado por el perito técnico, en cuanto a que “[E]n las actas de conciliación consta que las partes aceptaron como referencia para descontar el tráfico de algunas líneas, lo presentado por PLESCOM en cuanto a las líneas que realmente estaban siendo utilizadas por los teléfonos públicos del Convenio. Aunque en algunas actas se dejó una nota que indicaba que se efectuaría una verificación posterior, no encontré en la documentación revisada alguna evidencia que indique que el tráfico descontado en las conciliaciones por líneas no pertenecientes al Convenio, hubiera sido modificado o incluido nuevamente en la facturación” (89).

La mencionada peritación agrega: “ En las actas de conciliación N° 3, 6, 7, 8 y 10, se efectuaron descuentos en los valores a pagar por parte de Plescom como consecuencia del concepto que fue clasificado como ‘posible fraude...’. Allí se contabilizaron valores facturados por Colombia Telecomunicaciones correspondientes a líneas asignadas a PLESCOM, pero que no tuvieron registros de tráfico en el OPMS ni recaudo. Estos descuentos se efectuaron de común acuerdo durante las conciliaciones efectuadas por las partes” (90).

Estas dos afirmaciones de la experticia técnica confirman el análisis del Tribunal y alejan la posibilidad de deducir una posición dominante de COLTEL en la ejecución del contrato.

Ahora bien, el contrato ha de mirarse como un todo. En efecto hay cláusulas que favorecen a COLTEL (exclusividad, cláusula penal) pero en general existe dentro de él un equilibrio normativo que lleva al Tribunal a inferir que el reglamento contractual y sus modificatorios, no son expresión de un abuso contractual de COLTEL.

En este orden de ideas, y no obstante la no igualdad o paridad económica de las partes, para el Tribunal en la celebración, en el clausulado y en la ejecución del Contrato, no se observó un desequilibrio tal que lo lleve a estimar que COLTEL actuó prevalido de una posición dominante en el tráfico de los servicios y prestaciones pactadas en el contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, dado lo cual no habrá de prosperar esta pretensión.

#### **4.9. Pretensión Novena.**

Dice así:

*“Que se declare que existió abuso de posición dominante, y por ende, abuso del derecho, por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la celebración y ejecución del contrato VL-001 de 2003 y de sus modificatorios, en especial respecto de las tarifas definidas en forma unilateral por dicha entidad, en detrimento del equilibrio económico de la contratación y de los derechos económicos de PLESCOM”.*

### **Consideraciones del Tribunal:**

Ha estimado el Tribunal a propósito de la pretensión anterior que no ha habido posición dominante contractual de parte de COLTEL ni en la formación ni en la disposición del reglamento contractual (y sus modificatorios) en la medida en que no se ha observado un desequilibrio normativo significativo en su favor. Tampoco en su ejecución. El primer modificatorio es el único acto de ejecución o complementación contractual que podría mirarse, *prima facie*, como desventajoso para PLESCOM, por cuanto el cargo básico mensual se incrementó de \$ 18.000 a \$ 30.000, pero si el acuerdo se mira como un todo, ello no es así porque a más de haberse discutido y aprobado por las partes, de un término de duración inicial de cuatro (4) meses se pasó a tener una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004, es decir, de más de un año, si se cuentan los cuatro meses de vigencia que ya habían transcurridos.

Reitera aquí el Tribunal que según lo probado en el proceso el detrimento económico o la afectación de los derechos económicos de PLESCOM, los cuales, incluso resultan aceptados por COLTEL (*“no cabe duda de que el negocio se afectó”* (91) ), no se originaron de un error de conducta de COLTEL, sino de factores externos al comportamiento contractual de esta, razón que ha llevado al Tribunal a distinguir entre riesgo e incumplimiento para llegar a la conclusión que el riesgo de la pérdida del negocio lo asumía cada contratante, y que el cocontratante no asumió la calidad de garante de las utilidades que el negocio le reportaría al otro sujeto negocial. Se recuerda que las partes expresamente señalaron en su reglamento contractual que el acuerdo se regía por disposiciones de derecho privado y el Tribunal ha excluido la existencia de un contrato de riesgo compartido.

Cuando un contratante actúa abusivamente, ello es fuente de indemnización. La Corte Suprema ha sostenido que en efecto una acción por abuso del derecho es una acción de carácter indemnizatorio. Pero para que ello sea así hay que demostrar que en realidad de verdad se ha abusado del derecho. Entonces la pregunta que hay que absolver es si del ejercicio de los derechos por parte de COLTEL se derivó o se actuó *“en detrimento del equilibrio de la contratación y de los derechos económicos de PLESCOM”*. En otras palabras, si hubo un actuar abusivo de COLTEL y si este ocasionó un perjuicio a PLESCOM consistente, de acuerdo con el tenor de la pretensión, en un detrimento al equilibrio económico del Contrato o a los derechos económicos de PLESCOM.

Habrà de mirarse entonces —y otorgándole un tratamiento independiente y autónomo al abuso como fuente de obligación—, si COLTEL actuó en contravía con el principio según el cual *“el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*.

No observa el Tribunal de parte de COLTEL y en detrimento de PLESCOM un ejercicio abusivo de las facultades contractuales. Ya se habló del sentido de las cláusulas 6.6 y 7.5. Ahora miremos la supuesta fijación unilateral abusiva de las tarifas en el negocio celebrado entre las partes.

En punto del precio, las partes acordaron lo que sigue en la cláusula 14.a del reglamento contractual de 22 de agosto de 2003: *“Las Partes acuerdan que el precio o tarifa a cobrar por los servicios y los demás costos por concepto de la prestación de servicio serán los fijados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de acuerdo con la regulación dada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. La facturación la realizará COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por minutos en el caso de llamadas de larga distancia y local extendida y por impulsos en el caso de llamadas locales. Las llamadas TMC de acuerdo con el modelo de facturación del operador. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES revisará la factibilidad técnica de realizar la facturación por segundos de las llamadas de larga distancia, siempre y cuando cuente con las herramientas y procedimientos necesarios para ello”*.

No obstante que en muchos contratos, diferentes a la compraventa, una de las partes puede fijar el precio del bien o del servicio objeto del respectivo negocio, (obsérvese que la regla de prohibición según la cual *“no podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”* se halla en el capítulo del contrato de compraventa), aquí ha de

mirarse que las partes acordaron que el precio que se iba a cobrar a los usuarios por los servicios de la telefonía lo iba a determinar COLTEL “de acuerdo con la regulación dada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones”. Es decir, que el precio y sobre el cual se derivaba la retribución económica para PLESCOM a través de la figura del descuento, estaba influido en su fijación por el órgano regulador del servicio de las telecomunicaciones en Colombia. No observa el Tribunal ningún ejercicio abusivo en la fijación del precio bajo este respecto.

Consta en el plenario, según declaraciones de testigos, que en el diseño del modelo económico inicial del Contrato participaron ambas partes. Así, por ejemplo, Ernesto Rodríguez Oliveros, contralor de PLESCOM, ante la pregunta de si había tenido participación en la celebración del contrato, dijo: “No en forma directa, tuve que participar en algunas reuniones cuando se estaba negociando el esquema financiero del nuevo contrato, pero no fue directamente, participé a nivel de consultor asesor manifestando [...] respecto a las condiciones pactadas. [...] Varias internas con Plescom y unas 2 ó 3 con Coltel” (92). Y Marybel González ante la pregunta de si el modelo económico lo habían hecho entre ella y el señor Ruales, respondió “Sí” (93).

Ahora bien, respecto de los descuentos que iba a recibir PLESCOM con base en la tarifa que se cobraba a los usuarios, y a pesar de que el negocio no le produjo las utilidades esperadas, el Tribunal tampoco observa un ejercicio abusivo de parte de COLTEL, o mejor, el Tribunal descarta que la afectación económica del Contrato se deba a un abuso del derecho de parte de COLTEL en el tema de la fijación del precio. Aquí se ha dicho que la causa del deterioro económico del Contrato —reducción de los recaudos— se debió fundamentalmente a factores externos (penetración y abaratamiento de los servicios de la telefonía móvil celular), mas no a un comportamiento torticero o negligente de COLTEL, esto es, se debió a un riesgo previsible y que incluso las partes lo previeron antes de la celebración de su reglamento de disposición de intereses.

Está probado que tanto el anexo técnico como el anexo financiero del Contrato fueron discutidos por las partes y no son el resultado de una imposición unilateral de COLTEL.

Está probado que con el contrato modificatorio N° 3 se modificó la estructuración del precio. La cláusula sexta de dicho modificatorio del 28 de diciembre de 2003, dice: “Se modifica el Punto 1 del ANEXO FINANCIERO, el cual quedará así: a. A partir del 1 de enero de 2005 se pagará un valor fijo mensual por cada una de las líneas en operación de cuarenta y ocho mil pesos m/cte. (\$ 48.000.00), que incluye dieciocho mil pesos m/cte. (\$ 18.000) de cargo fijo (IVA incluido), y todo el tráfico local con independencia del volumen”. Es decir un cargo fijo y no el cargo fijo más uno variable que se había establecido en el Contrato original. Y todo esto tendiente a buscar soluciones para mejorar la rentabilidad del acuerdo. “Del análisis de los acuerdos logrados que quedaron consignados en los tres contratos modificatorios puede deducirse que formaron parte del esfuerzo para mejorar la rentabilidad del contrato” (94), se lee en las aclaraciones y complementaciones al dictamen financiero.

Sobre el punto del daño en las líneas telefónicas se tiene: en el numeral nueve (9) del anexo financiero del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003 se señaló que “En los casos de daños técnicos de las líneas, estos reclamos deberán presentarse a través de la línea de servicio al cliente para que estos sean registrados en el SAT. Los días que esta dure por fuera del servicio tendrán un descuento proporcional prorrateado del cargo básico”. El modificatorio N° 1 del 22 de diciembre de 2003 modificó el punto 9 del anexo financiero así: “Toda solicitud de trámite, traslado, retiro, reparación de línea, se gestiona única y exclusivamente por la Gerencia de Telefonía Pública de Colombia Telecomunicaciones. Los días que esta dure por fuera de servicio tendrán un descuento proporcional al prorrateo del cargo básico”. El modificatorio N° 3 de 28 de diciembre de 2004 señaló en aparte pertinente lo que sigue: “Por cada día que una línea reportada por PLESCOM permanezca sin servicio por causas imputables a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, será descontado el treinta y siete punto cinco por ciento (37.5%) del valor fijo, de manera proporcional al número de días sin servicio”.

El pacto de exclusividad tampoco se puede mirar como un ejercicio abusivo de facultades contractuales. Ya había dicho el Tribunal supra que la prohibición de los “pactos desleales de exclusividad” de que trata la ley 256 de 1996 va dirigida a los contratos de suministro, “cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios”. En el presente caso, el acto de disposición de intereses celebrado entre las partes lejos está de ser calificado, desde el punto de

vista de su naturaleza jurídica, como un contrato de suministro y en puridad las dos partes del contrato no pueden ser calificados de competidores. Además, el pacto *per se e in se* no puede ser calificado de desleal por cuanto en muchos negocios es de la usanza utilizar dichos pactos. Finalmente, no se debe olvidar que la exclusividad fue aceptada por PLESCOM y que en ninguno de los dictámenes aparece establecido el perjuicio que sufrió por la exclusividad acordada.

En este orden de ideas, y con base en todo lo expuesto, esta pretensión no prospera.

#### **4.10. Pretensión Décima.**

Es del siguiente tenor:

*“Que se condene a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a indemnizar los perjuicios causados por el abuso de su posición dominante y el abuso del derecho”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Descartado el abuso de la posición dominante contractual y el abuso del derecho, no cabe por lo tanto el reconocimiento de perjuicios. La ausencia de la causa del perjuicio reclamado, le quita presencia ontológica a su consecuencia. No prospera entonces esta pretensión.

#### **4.11. Excepciones del Demandado en Reconvención.**

El demandado en reconvención interpuso como excepciones de fondo a la demanda de reconvención las siguientes: (i) *“No existió incumplimiento de la obligación de facturar de acuerdo con lo establecido en el contrato; (ii) “No existió incumplimiento de la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio, ni la de facilitar la red de telefonía que permitiera la conexión de los teléfonos afectos a la prestación del servicio” y (iii) “No existió abuso de posición dominante por parte de Colombia Telecomunicaciones”.*

#### **Consideraciones del Tribunal:**

Con base en todo lo expuesto al decidir las pretensiones, se puede entonces colegir lo que sigue: la primera excepción no prospera en la medida en que se probó que COLTEL incumplió su obligación de facturar oportunamente. La segunda prospera parcialmente en la medida en que en efecto COLTEL no incumplió la obligación de realizar sus mejores esfuerzos, pero si hubo incumplimiento en la obligación de prevenir el fraude en sus líneas mediante la instalación de los códigos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens, y la tercera prospera por cuanto no existió abuso de posición dominante de parte de COLTEL.

De todos modos ya se ha dicho que los incumplimientos probados no tuvieron la incidencia de desquiciar la base económica de la relación y no fueron la causa del perjuicio alegado, más no probado, por PLESCOM.

### **5. CONDENAS.**

Al estudiar lo relativo a las pretensiones segunda y cuarta de la demanda reformada, el Tribunal determinó que PLESCOM injustificadamente incumplió obligaciones contractuales consistentes en el pago de las sumas de dinero allí establecidas. De conformidad con las consideraciones allí expuestas, a continuación se procede a liquidar las correspondientes condenas, por daño emergente y lucro cesante.

5.1. A título de daño emergente, la suma de SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$ 6.984.471), que formando parte del valor reconocido en el acta de conciliación N° 5, no fue pagada por PLESCOM a COLTEL, junto con los correspondientes intereses de mora —lucro cesante— liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 18 de marzo de 2005 y hasta que el pago se verifique.

5.2. A título de daño emergente, la suma de CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE. (\$ 120.155.226), que formando parte del valor reconocido en



el acta de conciliación N° 5, no fue pagado por PLESCOM LIMITADA a COLTEL, junto con los correspondientes intereses de mora —lucro cesante— liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 18 de marzo de 2005 y hasta que el pago se verifique.

5.3. A título de daño emergente, la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$ 854.514.339), que corresponde al valor establecido a cargo de PLESCOM LIMITADA y a favor de COLTEL en el acta de conciliación N° 10, que no fue pagado por PLESCOM, junto con los correspondientes intereses de mora —lucro cesante— liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 17 de noviembre de 2005 y hasta que el pago se verifique.

Seguidamente se incluye la liquidación correspondiente a las condenas señaladas en los numerales precedentes, donde los intereses de mora se liquidan desde la fecha de exigibilidad de cada obligación y hasta el 29 de mayo de 2009, así:

MES-AÑO	TASA EFECTIVA DE INTERÉS			5,1	5,2	5,3
	Corriente Anual	Mora Anual	Mora mensual			
				6.984.471	120.155.226	854.514.339
mar. 18-31/05	19,15%	28,73%	2,13%	67.077	1.153.933	
abr.-05	19,19%	28,79%	2,13%	148.804	2.559.902	
may-05	19,02%	28,53%	2,11%	147.626	2.539.635	
jun.-05	18,85%	28,28%	2,10%	146.446	2.519.331	
jul.-05	18,50%	27,75%	2,06%	144.009	2.477.413	
ago.-05	18,24%	27,36%	2,04%	142.193	2.446.171	
sep.-05	18,22%	27,33%	2,03%	142.053	2.443.764	
oct.-05	17,93%	26,90%	2,00%	140.021	2.408.806	
nov.-05	17,81%	26,72%	1,99%	139.178	2.394.309	7.946.276
dic.-05	17,49%	26,24%	1,96%	136.926	2.355.556	16.752.136
ene.-06	17,35%	26,03%	1,95%	135.938	2.338.560	16.631.260
feb.-06	17,51%	26,27%	1,96%	137.067	2.357.982	16.769.389
mar.-06	17,25%	25,88%	1,94%	135.231	2.326.403	16.544.807
abr.-06	16,75%	25,13%	1,89%	131.686	2.265.421	16.111.119
may-06	16,07%	24,11%	1,82%	126.834	2.181.946	15.517.464
jun.-06	15,61%	23,42%	1,77%	123.531	2.125.120	15.113.332
jul.-06	15,08%	22,62%	1,71%	119.704	2.059.285	14.645.126
ago.-06	15,02%	22,53%	1,71%	119.269	2.051.807	14.591.947
sep.-06	15,05%	22,58%	1,71%	119.486	2.055.547	14.618.541
oct.-06	15,07%	22,61%	1,71%	119.631	2.058.039	14.636.265
nov.-06	15,07%	22,61%	1,71%	119.631	2.058.039	14.636.265
dic.-06	15,07%	22,61%	1,71%	119.631	2.058.039	14.636.265
ene.-07	13,83%	20,75%	1,58%	110.587	1.902.449	13.529.751
feb.-07	13,83%	20,75%	1,58%	110.587	1.902.449	13.529.751
mar.-07	13,83%	20,75%	1,58%	110.587	1.902.449	13.529.751
abr.-07	16,75%	25,13%	1,89%	131.686	2.265.421	16.111.119

may.-07	16,75%	25,13%	1,89%	131.686	2.265.421	16.111.119
jun.-07	16,75%	25,13%	1,89%	131.686	2.265.421	16.111.119
jul.-07	19,01%	28,52%	2,11%	147.556	2.538.442	18.052.773
ago.-07	19,01%	28,52%	2,11%	147.556	2.538.442	18.052.773
sep.-07	19,01%	28,52%	2,11%	147.556	2.538.442	18.052.773
oct.-07	21,26%	31,89%	2,33%	162.980	2.803.773	19.939.745
nov.-07	21,26%	31,89%	2,33%	162.980	2.803.773	19.939.745
dic.-07	21,26%	31,89%	2,33%	162.980	2.803.773	19.939.745
ene.-08	21,83%	32,75%	2,39%	166.830	2.870.002	20.410.747
feb.-08	21,83%	32,75%	2,39%	166.830	2.870.002	20.410.747
mar.-08	21,83%	32,75%	2,39%	166.830	2.870.002	20.410.747
abr.-08	21,92%	32,88%	2,40%	167.435	2.880.424	20.484.862
may.-08	21,92%	32,88%	2,40%	167.435	2.880.424	20.484.862
jun.-08	21,92%	32,88%	2,40%	167.435	2.880.424	20.484.862
jul.-08	21,51%	32,27%	2,36%	164.671	2.832.869	20.146.669
ago.-08	21,51%	32,27%	2,36%	164.671	2.832.869	20.146.669
sep.-08	21,51%	32,27%	2,36%	164.671	2.832.869	20.146.669
oct.-08	21,02%	31,53%	2,31%	161.352	2.775.770	19.740.590
nov.-08	21,02%	31,53%	2,31%	161.352	2.775.770	19.740.590
dic.-08	21,02%	31,53%	2,31%	161.352	2.775.770	19.740.590
ene.-09	20,47%	30,71%	2,26%	157.606	2.711.329	19.282.303
feb.-09	20,47%	30,71%	2,26%	157.606	2.711.329	19.282.303
mar.-09	20,47%	30,71%	2,26%	157.606	2.711.329	19.282.303
abr.-09	20,28%	30,42%	2,24%	156.307	2.688.981	19.123.369
May 1-29/09	20,28%	30,42%	2,24%	146.223	2.515.498	17.889.604
TOTAL INTERESES DE MORA				7.276.609	125.180.929	749.258.841

TOTAL INTERÉS DE MORA + CAPITAL	<b>14.261.080</b>	<b>245.336.155</b>	<b>1.603.773.180</b>
---------------------------------	-------------------	--------------------	----------------------

Respecto de la liquidación precedente, y por lo que hace al mes de noviembre del año 2005, para la suma de \$ 854.514.339, se precisa que el cálculo de los intereses de mora se hizo por el período comprendido entre el 17 y el 30 de ese mes.

## CAPÍTULO SEXTO

### Costas

- Habiendo concluido la evaluación de las pretensiones y defensas de las partes tanto por la vía de la demanda reformada como por la vía de la reconvencción, el Tribunal advierte que no existe un triunfador absoluto, aunque, ciertamente, el balance del arbitraje favorece a la Convocante.
- Por consiguiente, de conformidad con el artículo 392 (6) del C.P.C., [\(95\)](#) y habida consideración del porcentaje que representan las condenas (excluidos intereses moratorios) impuestas a PLESCOM frente a los montos totales debatidos en el Proceso, se considera que los costos del Arbitraje, incluyendo honorarios de los Peritos, deben ser

asumidos en proporción del 75% por parte de PLESCOM y del 25% por parte de COLTEL.

3. Ahora bien, dado que COLTEL pagó la totalidad de los montos establecidos para cubrir los honorarios de los árbitros y de la secretaria y los gastos de administración del Tribunal, se condenará a PLESCOM a pagarle a COLTEL el 75% de tales montos.

4. En cuanto a los honorarios de los Peritos se tiene lo siguiente:

a. Los honorarios (\$ 10.000.000) y los gastos (\$ 5.000.000) correspondientes al peritaje contable y financiero fueron cancelados por las Partes en idéntica proporción. Por ende, PLESCOM deberá restituirle a COLTEL el 75% de las sumas pagadas por esta a fin de preservar la relación 75 – 25 arriba establecida.

b. En cuanto a los honorarios correspondientes al peritaje técnico rendido por el experto Sergio Sotomayor, no hay margen para condena alguna, toda vez que la totalidad de las sumas correspondientes a honorarios y gastos de este experticio fueron sufragados por PLESCOM.

5. Finalmente, en cuanto a las agencias en derecho a que se hace referencia en el artículo 393 (2) del C.P.C.(96) , el Tribunal observará un criterio de razonabilidad, toda vez que no considera que hubiera habido temeridad en la actuación procesal de ninguno de los Apoderados, quienes si bien, y obviamente, con posiciones opuestas, actuaron a lo largo del Proceso con apego a la ética y al profesionalismo que era esperable de ellos.

6. Por ende, la partida agencias en derecho, cuyo pago se impondrá a PLESCOM ascenderá a \$ 33.750.000, equivalentes al 75% de los honorarios asignados a un árbitro.

7. Como consecuencia de todo lo expuesto, el Demandado será condenado al pago de costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

Concepto	Valor (\$)
<b>A- 75 % Honorarios de los Árbitros y de la Secretaría</b>	
-- 75 % Honorarios de los Árbitros	101.250.000
-- 75 % I.V.A.	16.200.000
-- 75 % Honorarios de la Secretaría	16.875.000
-- 75 % I.V.A.	2.700.000
<b>B- 75 % Gastos de Administración - Centro de Arbitraje</b>	7.500.000
<b>C- 75% I.V.A.</b>	900.000
<b>D - 75 % Gastos de funcionamiento del Tribunal</b>	9.000.000
<b>E - 75% (del 50% de los Honorarios del Perito Contable) pagado por la Demandante</b>	3.750.000
<b>F - 75% (del 50% de los Gastos del Perito Contable) pagado por la Demandante</b>	1.875.000

<b>I - Total a cargo del Demandado y a favor de la Demandante (A + B + C + D + E + F)</b>	<b>160.050.000</b>
<b>II - Agencias en Derecho</b>	<b>33.750.000</b>
<b>Gran Total a cargo del Demandado y a favor de la Demandante por concepto de costas y agencias en derecho del Proceso (I + II)</b>	<b>193.800.000</b>

Advierte el Tribunal, por último, que en el evento que la suma disponible de la partida de protocolización, registro y otros no resulte suficiente para cubrir los gastos respectivos, el valor faltante deberá ser sufragado por **PLESCOM LIMITADA** en proporción del 75% y por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** en proporción del 25%.

## **CAPÍTULO SÉPTIMO**

### **Decisiones del Tribunal Arbitral**

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.** (Demandante) y **Plescom Ltda.** (Demandado), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

#### **A. Sobre la competencia del Tribunal:**

**1.** Rechazar por falta de fundamento la excepción de mérito propuesta por **PLESCOM LIMITADA**, contra la demanda reformada, bajo el nombre “improcedencia del Arbitramento por falta de competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones de la demanda reformada de la Convocante, relativas a la declaración de incumplimiento y a la condena a pagar cifras derivadas de tráfico cursado, reclamaciones no procedentes, tráfico por tarjetas chip, impuestos y demás sumas alegadas en la demanda”.

**2.** En consecuencia, **afirmar** la competencia del Tribunal tal y como fue determinado en el Auto N° 10 de Mayo 15, 2008, proferido en la primera audiencia de trámite de este proceso.

#### **B. Sobre las pretensiones y excepciones de la demanda reformada:**

**1. Declarar** que entre **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y **PLESCOM LIMITADA**, se celebró, el 22 de agosto de 2003, el contrato N° VL-001, que tuvo por objeto “la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios que se adelantará por las partes mediante la asunción de las obligaciones y riesgos aquí consignados, bajo el esquema económico aquí acordado”, el cual fue modificado por virtud de los contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, suscritos el 22 de diciembre de 2003, el 29 de octubre de 2004 y el 28 de diciembre de 2004, respectivamente.

**2. Declarar** que **PLESCOM LIMITADA** incumplió el contrato VL-001 y sus respectivos contratos modificatorios N° 1, 2 y 3, como consecuencia de que no procedió al pago de la totalidad de las sumas de dinero a cuyo pago se encontraba obligada de acuerdo con el contrato, en particular:

La suma de **SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$ 6.984.471)**, que formando parte del valor reconocido en el acta de conciliación N° 5, no fue pagado por **PLESCOM LIMITADA** a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**;

a) La suma de **CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE. (\$ 120.155.226)**, que formando parte del valor reconocido en el acta de conciliación N° 5, no fue pagado por **PLESCOM LIMITADA a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., y;**

b) La suma de **OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$ 854.514.339)**, que corresponde al valor establecido a cargo de **PLESCOM LIMITADA** y a favor de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, en el acta de conciliación N° 10, que no fue pagado por **PLESCOM LIMITADA**.

De esta manera prospera, parcialmente, la pretensión segunda de la demanda reformada.

3. Como consecuencia de la declaración anterior, **condenar a PLESCOM LIMITADA** a pagar a favor de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, como indemnización de perjuicios por los incumplimientos contractuales probados en el presente proceso, las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de **SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$ 6.984.471)**, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal, que calculados hasta el 29 de mayo de 2009, ascienden a la suma de **SIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS NUEVE PESOS M/CTE. (\$ 7.276.609)**, intereses que se continuarán causando hasta que se verifique el pago efectivo.

b) La suma de **CIENTO VEINTE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE. (\$ 120.155.226)**, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal, que calculados hasta el 29 de mayo de 2009, ascienden a la suma de **CIENTO VEINTICINCO MILLONES CIENTO OCHENTA MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE. (\$ 125.180.929)**, intereses que se continuarán causando hasta que se verifique el pago efectivo.

c) La suma de **OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$ 854.514.339)**, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal, que calculados hasta el 29 de mayo de 2009, ascienden a la suma de **SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL PESOS M/CTE. (\$ 749.258.841)**, intereses que se continuarán causando hasta que se verifique el pago efectivo.

De esta manera prospera, parcialmente, la pretensión cuarta de la demanda reformada.

Puesto que el Tribunal condena al pago de intereses de mora, en la forma antes indicada, se declara así mismo que prospera, parcialmente, la pretensión sexta de la demanda reformada.

**4. Negar** por falta de fundamento los demás pedimentos incluidos en las pretensiones segunda y sexta, y las pretensiones tercera y quinta, de la demanda reformada.

**5. Declarar** que prospera, parcialmente, la excepción de mérito formulada por **PLESCOM LIMITADA** en la contestación de la demanda reformada, denominada “Inexistencia de las obligaciones reclamadas”.

**6. Denegar** por falta de fundamento las demás excepciones de mérito propuestas por **PLESCOM LIMITADA** en la contestación de la demanda reformada.

### **C. Sobre las pretensiones y excepciones de la demanda de reconvención:**

**1. Declarar** que de acuerdo a las cláusulas 5.3, 14 y 16 del contrato VL-001 de 22 de agosto de 2003, y la cláusula cuarta del modificatorio número 3, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** tenía la obligación de realizar la facturación para cumplir el objeto contractual, la explotación del servicio de TPBC y TMC a través de la infraestructura afecta a dichos servicios, y que tales condiciones se mantuvieron en los contratos modificatorios 1, 2 y 3.

**2. Declarar** que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, tenía la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio.

**3. Declarar** que **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, de acuerdo con la cláusula 7.5 del contrato VL-001 de 2003 y sus modificatorios, debía facilitar en su calidad de operador de servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, la red de telefonía local, y la red de larga distancia que permita cabalmente la conexión de los equipos afectos por la prestación del servicio establecido en el contrato.

**4. Declarar** que la pretensión quinta de la demanda de reconvención prospera parcialmente, por cuanto en efecto resultaron probados ciertos errores de conducta de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**, relativos a la no facturación oportuna y la no prevención del fraude en sus líneas mediante la instalación de los códigos antifraude en las centrales Alcatel y Siemens, en los términos indicados en la parte motiva.

**5. Negar** por falta de fundamento las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

**6. Declarar** que prospera, parcialmente, la excepción de mérito formulada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** en la contestación de la demanda de reconvención, denominada “*No existió incumplimiento de la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para poner su capacidad y experiencia, a fin de optimizar la rentabilidad, continuidad y regularidad del servicio, ni la de facilitar la red de telefonía que permitiera la conexión de los teléfonos afectos a la prestación del servicio*”.

**7. Declarar** que prospera la excepción de mérito formulada por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** en la contestación de la demanda de reconvención, denominada “*No existió abuso de posición dominante por parte de Colombia Telecomunicaciones*”.

**8. Denegar** por falta de fundamento la excepción de mérito propuesta por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** en la contestación de la demanda de reconvención, denominada “*No existió incumplimiento de la obligación de facturar de acuerdo con lo establecido en el contrato*”.

#### **D. Sobre costas y agencias en derecho del proceso:**

**1. Condenar** a **PLESCOM LIMITADA** al pago en favor de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** de la suma de **CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$ 193.800.000)** por concepto de costas y agencias en derecho del proceso.

**2. Disponer** que el pago de la antedicha suma de dinero tenga lugar en la forma que se dispone en el literal E de esta parte del Laudo.

#### **E. Sobre pago de las condenas:**

**1. Ordenar** que el pago de todas las sumas de dinero decretadas en favor de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** sea hecho por **PLESCOM LIMITADA** dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de ejecutoria de este Laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

#### **F. Sobre aspectos administrativos:**

**1. Decretar** la causación y pago a los Árbitros y a la Secretaria del 50% restante de sus respectivos honorarios. El Presidente del Tribunal hará los pagos respectivos.

**2. Ordenar** la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y a **PLESCOM LIMITADA** de las sumas no utilizadas de la partida de protocolización, registro y otros, en proporción de 25% para **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** y 75% para **PLESCOM LIMITADA**.

Se advierte a las partes que en el evento que la suma disponible de la partida de protocolización, registro y otros no

resulte suficiente para cubrir los gastos respectivos, el valor faltante deberá ser sufragado por **PLESCOM LIMITADA** en proporción del 75% y por **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** en proporción del 25%.

**3. Ordenar** la protocolización del expediente del proceso en una de las notarías de Bogotá, una vez quede en firma este Laudo o la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

**4. Ordenar** la expedición por Secretaría de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*Ernesto Rengifo García, presidente—Nicolás Gamboa Morales, árbitro—Juan Carlos Varón Palomino, árbitro.*

*María Patricia Zuleta García, secretaria.*

---