

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
FIDUCIARIA DEL VALLE S.A.**

Vs.

UNITEL S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintidós (22) de octubre de 2004.

Como se encuentran cumplidas las etapas previstas en las normas que regulan el proceso arbitral (Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998), procede el Tribunal a decidir el conflicto planteado en el escrito de convocatoria y en la respuesta o contestación que al mismo le dio la entidad convocada, profiriendo para ello la correspondiente decisión de mérito con la cual culminará este proceso promovido por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. domiciliada en la ciudad de Cali, contra la entidad UNITEL S.A. E.S.P., con domicilio así mismo en la ciudad de Cali.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1.1. EL PACTO ARBITRAL

Mediante documentos privados suscritos en la ciudad de Cali el 9 de marzo de 1999, perfeccionaron la sociedad FIDUVALLE S.A. o FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. los contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración distinguidos como Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19), en cada uno de los cuales se estipuló Cláusula Compromisoria entre las partes antes mencionadas.

El texto de la Cláusula Compromisoria es el inserto en la Cláusula Décima Tercera, la cual es del siguiente tenor: *“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que se presenten entre las partes, con ocasión de este contrato o de su celebración, ejecución o liquidación, se someterán a la decisión de un tribunal de arbitramento, el cual fallará en derecho, funcionará en la ciudad de Cali, y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, designados por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cali o por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la misma si en el momento de su integración ya estuviere funcionando aquél. Tal solicitud de conformación del Tribunal la podrá efectuar el FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE o LA FIDUCIARIA”*.

El objeto de los contratos de Fiducia Mercantil irrevocable de administración (Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19)) lo concretaron las sociedades FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P. en la cláusula tercera de los respectivos documentos privados suscritos el 9 de marzo de 1999, así: *“El presente contrato tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo administrado por LA FIDUCIARIA, que se destinará hasta su total agotamiento, a la compra de pagarés de propiedad de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., en las condiciones y plazos determinados previa y expresamente por el FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE”*.

De acuerdo con la cláusula primera de cada uno de los documentos privados a los cuales se ha hecho referencia, para la correcta interpretación del contenido de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración distinguidos con los números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19), se determinó tenerse en cuenta las siguientes denominaciones:

LA FIDUCIARIA: en el caso que nos ocupa fue la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. FIDUVALLE S.A.

FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE. Actuarían la señora María Eugenia Gutiérrez Villegas, en el contrato identificado con el No. 10; Lía Villegas de Gutiérrez en el contrato distinguido con el No. 11; Lucia Gutiérrez Villegas y Jaime Press Eisenstein en los fideicomisos Nos. 15 y 19, quienes de conformidad con la cláusula primera de los aludidos documentos aportarían los recursos necesarios para la constitución de cada patrimonio autónomo. Y como FIDEICOMITENTE APORTANTE se obligó la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. la cual aportará en cada uno de estos fideicomisos los recursos necesarios para el pago de la comisión pactada en favor de LA FIDUCIARIA, ya que los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19) se estructuran y celebran para favorecer la venta de pagarés de su propiedad.

Las diversas cláusulas compromisorias que expresamente se estipularon en la cláusula décima tercera de los documentos privados que contienen los negocios jurídicos de fiducia mercantil irrevocable de administración (Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19)) no se pactaron o reprodujeron en los contratos de compraventa de pagarés suscritos el 9 de marzo de 1999 y perfeccionados entre UNITEL S.A. E.S.P. como vendedora y FIDUVALLE S.A., a título de compradora, en su calidad de administradora de estos Fideicomisos. Tampoco se reprodujo la cláusula compromisoria en las instrucciones dadas por los diferentes Fideicomitentes Constituyentes a la sociedad FIDUVALLE S.A., administradora de los fideicomisos mencionados.

En consecuencia, la base contractual del presente arbitramento la constituye la cláusula décima tercera estipulada en los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19)), cuyo texto se ha transcrito con anterioridad.

En la aludida cláusula compromisoria, a la cual se ha hecho referencia expresamente, acordaron las sociedades FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P. someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, el cual fallará en derecho y funcionará en la ciudad de Cali, integrado además por tres ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, designados por la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cali o por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la misma, si en el momento de su integración ya estuviera funcionando aquél. Esta solicitud de conformación del Tribunal podrá efectuarla el FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE o LA FIDUCIARIA. El Tribunal de Arbitramento fijó como lugar de funcionamiento del mismo el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, de acuerdo con el numeral Primero del Auto No. 01 de fecha 4 de noviembre de 2003 (Acta No. 1).

CAPITULO SEGUNDO

2.1 CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL.- INICIACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.

El 16 de septiembre del año 2003, la sociedad FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. con domicilio en la ciudad de Cali, por intermedio de apoderado judicial solicitó la convocatoria e integración de un tribunal de arbitramento al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, con el fin de que por intermedio del mismo un tribunal de arbitramento decidiera las diferencias suscitadas entre su representada FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y la convocada UNITEL S.A. E.S.P., entidad domiciliada así mismo en la ciudad de Cali.

El día 2 de octubre de 2003 el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio realizó el sorteo para la integración del Tribunal de Arbitramento siendo elegidos JOSÉ RICARDO CAICEDO PEÑA, quien posteriormente fue designado Presidente, HUGO JARAMILLO GUTIÉRREZ Y ROBERTO CRUZ CAICEDO, todos ellos aceptaron la designación razón por la cual el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio convocó para el día 4 de noviembre de 2003 a las 8.30 a.m. para la correspondiente instalación. En la audiencia de instalación se entregó a los árbitros el expediente contentivo de los documentos referentes a la solicitud de convocatoria e integración y se designó el Presidente, tal como ya se había manifestado y como Secretario al Doctor Simón Payan Moreno.

El Tribunal admitió la solicitud- demanda mediante auto No. 2 de fecha 12 de noviembre de 2003 (folio 8 cuaderno de Actas), el cual notificó la Secretaría de este mismo Tribunal al Representante Legal de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. el día 21 de noviembre del mismo año 2003 (folio 176 del cuaderno principal). En tiempo oportuno la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. se opuso a la solicitud- demanda de convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento mediante escrito presentado por su apoderado principal el día 5 de diciembre del año 2003. Es de advertir que la sociedad convocada anteriormente mencionada no formuló demanda de reconvenición en el presente caso.

CAPITULO TERCERO

3.1. CONCILIACIÓN

Surgido el vínculo jurídico- procesal o lazo de instancia, el Tribunal de Arbitramento actuando con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 (artículo 141 del Decreto 1818 del mismo año), convocó a las partes a audiencia de conciliación para que esta se realizara el 26 de enero del año 2004 a la hora de las dos de la tarde (2.00 p.m.) (Acta No. 4). El 26 de enero del año 2004, a las dos de la tarde (2:00 p.m.) el Tribunal suspendió dicha audiencia y prefijó para su reanudación el martes 24 de febrero del mismo año, a las diez de la mañana (10:00 a.m.) en la sede del Tribunal (Acta No. 5).

El 24 de febrero de 2004, a las diez de la mañana (10:00 a.m.), fecha y hora fijadas por el tribunal, mediante auto No. 6 de 26 de enero del precitado año, se reanudó la audiencia de conciliación durante la cual escuchados los argumentos y finalizadas las intervenciones de las partes, llegó a la conclusión el Tribunal que no existía acuerdo conciliatorio entre las mismas, por lo cual declaró fracasado totalmente el acto conciliatorio entre FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P. (Acta No. 6).

CAPITULO CUARTO

4.1. PROCESO ARBITRAL

La fecha de audiencia para la instalación del Tribunal la fijó la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, la cual se realizó inicialmente el 4 de noviembre del año 2003 a las ocho y treinta de la mañana (8:30 a.m.) y continuó el 12 de noviembre del mismo año a las 12:00 m. Como consecuencia de la sentencia C-1038 proferida por la Corte Constitucional, el Tribunal de Arbitramento mediante auto No. 2 de fecha 12 de noviembre de 2003 admitió la demanda arbitral promovida por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., en su condición de vocera y administradora de los Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19) contra UNITEL S.A. E.S.P., por considerar el Tribunal que la demanda reunía los requisitos legales previstos en el Código de Procedimiento Civil. El Tribunal ordenó así mismo correr traslado a UNITEL S.A. E.S.P. por el término legal de diez (10) días hábiles, para lo cual la Secretaría del Tribunal mediante notificación personal realizada el 21 de noviembre del año 2003 le hizo entrega al representante legal de la sociedad convocada de una copia de la demanda y sus respectivos anexos.

4.2. La entidad convocada al contestar la demanda formulada por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. planteó excepciones de fondo contra la misma. La Secretaría del Tribunal dio a tales excepciones el trámite previsto en el inciso final del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, en cumplimiento de lo ordenado por el mismo Tribunal en auto No. 4 de fecha 12 de diciembre de 2003, numerales 1 y 2 de la aludida providencia (Acta No. 3).

4.3. Surtido el traslado de la demanda propuesta por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. contra UNITEL S.A. E.S.P. y agotado el rito procesal de las excepciones de mérito invocadas por la entidad convocada, el Tribunal realizó la primera audiencia de trámite los días 24 de marzo de 2004 y 3 de mayo del mismo año (Actas Nos. 7 y 8). Durante la celebración de esta primera audiencia de trámite, el Tribunal mediante autos Nos. 12 y 15 de 24 de marzo y 3 de mayo de 2004 (Actas Nos. 7 y 8) decretó la admisión y práctica de las pruebas solicitadas en oportunidad por la convocante FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P.

4.4. El Tribunal admitió la prueba documental a la cual se refiere el numeral 1.1. del auto No. 12 de 24 de marzo de 2004, acápite PRUEBA DOCUMENTAL, y decretó además la prueba testimonial pedida por la convocante a la cual se refiere el numeral 2 de la misma providencia y el interrogatorio de parte, con reconocimiento de firmas en documentos, pruebas que menciona el numeral 3 de la parte resolutive del mismo auto. Y también decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la entidad convocada UNITEL S.A. E.S.P., reseñadas en los numerales 1, 1.1., 2 y 3 de la parte resolutive del referido auto 12 del 24 de marzo de 2004. El mismo Tribunal mediante auto No. 15 del 3 de mayo de 2004, decretó la práctica de los medios probatorios oportunamente solicitados tanto por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como por UNITEL S.A. E.S.P. (Acta No. 8 de 3 de mayo de 2004).

4.5. Es de anotar que el Tribunal decretó la suspensión del proceso desde el jueves 25 de marzo de 2004 hasta el viernes 30 de abril del mismo año, a las seis de la tarde (6:00 p.m.), ambas fechas inclusive (Acta No. 7).

4.6. En su debida oportunidad el Tribunal admitió el desistimiento de la prueba testimonial de Carlos Jorge Calero Blum, Alfonso Contreras y Héctor Carlos Rodríguez (Acta No. 8) mediante autos Nos. 14 y 16 de 3 de mayo y 4 de junio de 2004. Salvo el desistimiento de

estas pruebas, el Tribunal practicó en su totalidad los medios probatorios solicitados oportunamente por los apoderados de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P.

4.7. Concluido en este proceso el ciclo probatorio correspondiente, el Tribunal convocó a los apoderados de las partes a audiencia de alegaciones, la cual se realizó el miércoles 4 de agosto del año 2004 a las nueve de la mañana (9:00 a.m. Acta No. 14), por haber fijado dicha fecha en auto No. 21 del 15 de julio del mismo año, tal como consta en el numeral 2 de la parte resolutive de este último auto (Acta No. 13). Durante la audiencia de alegatos de conclusión, los apoderados de ambas partes alegaron oralmente y expusieron las conclusiones finales respecto de las pruebas incorporadas durante el desarrollo del proceso, allegando además resúmenes escritos de sus intervenciones que, juntamente con las versiones de las grabaciones magnetofónicas efectuadas, se tienen como parte integrante de este proceso.

CAPITULO QUINTO

5.1. TERMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

El Tribunal de Arbitramento en su audiencia de instalación celebrada el día 4 de noviembre de 2003 (Acta No. 1) dispuso que de conformidad con el artículo 103 de la Ley 123 de 1991 y no habiendo las partes señalado término del proceso en la cláusula compromisoria, señaló un término máximo de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite finalizó el 3 de mayo de 2004 (Acta No. 8), en la cual el Tribunal informó además que la sociedad FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. había efectuado la consignación del 100% de las sumas de dinero indicadas en auto No. 10 proferido el 24 de febrero de 2004 (Acta No. 6), correspondientes a los honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento del Tribunal y costos de administración, y en la misma, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

En la audiencia realizada el 24 de marzo de 2004, por solicitud expresa de las partes, se suspendió el proceso desde el jueves 25 de marzo de 2004 hasta el viernes 30 de abril del mismo año, ambas fechas inclusive. Sin embargo, esta etapa de suspensión es irrelevante en el presente caso, por haber acaecido con anterioridad a la primera audiencia de trámite, fecha desde la cual ha de iniciarse legalmente el cómputo de duración del proceso arbitral. Por tanto, el término de duración de este proceso arbitral es de seis meses, a partir del lunes 03 de mayo de 2004, y su vencimiento será el miércoles 03 de noviembre del mismo año.

En razón de lo anterior el Tribunal se encuentra dentro del término para dictar el laudo correspondiente.

CAPITULO SEXTO

6.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Como observa el Tribunal del anterior recuento, tanto en lo tocante al objeto litigioso como acerca del trámite surtido en orden a sustanciarlo, que la relación procesal existente en este caso se configuró en forma regular y que durante la etapa de su desarrollo no se incurrió en defecto o vicio alguno del cual pueda desprenderse la invalidez o anulación de lo actuado en todo o en parte y no aparezca saneado. La doctrina procesal y la jurisprudencia nacional

de la Corte Suprema de Justicia han considerado de vieja data que los presupuestos procesales son aquellos requisitos necesarios para la válida formación de la relación jurídico procesal, vale decir, indispensables para que el Juzgador pueda emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión o pretensiones postuladas en la demanda y acerca de los hechos constitutivos de las excepciones de mérito que estén debidamente probados en el proceso y que hayan sido alegados, además cuando la ley así lo requiera; o, aquellos que oficiosamente deba considerar el juez (artículo 306 C.P.C.).

CAPITULO SÉPTIMO

7. LA DEMANDA

Con relación a los hechos constitutivos de la causa petendi de la demanda, la sociedad demandante FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. postuló, así, en la solicitud- demanda de convocatoria del presente proceso arbitral, en síntesis, el material fáctico de la controversia que a continuación se resume:

7.1) Que se declare que entre la señora MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ VILLEGAS como FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P. como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., existió un CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificado como el FIDEICOMISO Número DIEZ (10), cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por la FIDEICOMITENTE APORTANTE de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

7.2) Que se declare que entre la señora LÍA VILLEGAS DE GUTIÉRREZ como FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P. como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., existió un CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificado como el FIDEICOMISO Número ONCE (11), cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por la FIDEICOMITENTE APORTANTE de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

7.3) Que se declare que entre la señora LUCIA GUTIÉRREZ VILLEGAS y JAIME PRESS EISENSTEIN como parte FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., existieron dos (2) CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS Números QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por la FIDEICOMITENTE APORTANTE de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

7.4) Que se declare que entre la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P fueron celebrados varios contratos de COMPRAVENTA DE PAGARÉS en ejecución de la finalidad perseguida en los CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS NÚMEROS SIETE (7), OCHO (8), NUEVE (9) Y CATORCE (14) (SIC) en los que UNITEL S.A. E.S.P, se obligó a efectuar la labor de recaudo de los pagos provenientes de

los terceros deudores y transferirlas a cada uno de los fondos de conformidad con el plan de pagos. Contratos que posteriormente fueron adicionados por UNITEL S.A. E.S.P. con los documentos denominados COMPROMISO UNILATERAL MODIFICATORIO DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE PAGARÉS con el que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó en el caso de deficiencias en las sumas de dinero recaudadas y que debían ser transferidas a los fondos, a pagar las sumas de dinero faltantes con sus propios recursos.

7.5) Que de conformidad a los COMPROMISOS UNILATERALES modificatorios de los CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE PAGARÉS celebrados para cumplir con la finalidad perseguida con la celebración de los CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19), se declare que UNITEL S.A. E.S.P. estaba en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) la totalidad de las siguientes sumas de dinero:

(7.5.1) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10): \$403.585.653.

(7.5.2) FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11): \$588.255.920.

(7.5.3) FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15): \$128.370.591

(7.5.4) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19): \$128.436.403.

7.6) Con base en los documentos y las demás pruebas que se recauden durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. estaba en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y deficiencias en los recaudos tal como fue contemplado en los compromisos UNILATERALES suscritos por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P. en los plazos y cantidades establecidos en el flujo proyectado de pagos.

7.7) Que como consecuencia de lo anterior, se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 9 de Octubre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$85.847.932 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral.

La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folio 036 de la demanda y por tanto el Tribunal a ella se remite.

7.8) Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 9 de Octubre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital

para un total de saldo adeudado a la fecha de \$32.977.366 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral.

La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 037 y 038 de la demanda y por tanto el Tribunal a ella se remite.

7.9) Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 23 de Julio de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$30.587.289 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral.

La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 039 y 040 de la demanda y por tanto el Tribunal a ella se remite.

7.10) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 26 de Noviembre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ Y NUEVE (19) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$43.803.297 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral.

La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 040 y 041 de la demanda y por tanto el Tribunal a ella se remite.

7.11) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) de transferir una cantidad total de \$85.847.932 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al Fideicomiso número DIEZ (10).

7.12) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) de transferir una cantidad total de \$184.849.120 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al Fideicomiso número ONCE (11).

7.13) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) de transferir una cantidad total de \$30.857.289 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al Fideicomiso número QUINCE (15).

7.14) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) de transferir una cantidad total de \$43.803.297 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al Fideicomiso número DIEZ y NUEVE (19).

7.15) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene a UNITEL S.A. E.S.P. cumplir con la obligación a su cargo de transferir las sumas de dinero provenientes de los recaudos y los faltantes correspondientes a las deficiencias en los recaudos a los fondos constituidos por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los FIDEICOMISOS NÚMEROS DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19).

7.16) Como consecuencia de la declaración anterior se condene a UNITEL S.A. E.S.P. a pagar las siguientes sumas de dinero:

7.16.1) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) la suma de \$85.847.932 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

7.16.2) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) la suma de \$184.849.120 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

7.16.3) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) la suma de \$30.857.289 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

7.16.4) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) la suma de \$ 43.803.297 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

7.17) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$689.000.000 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

7.18) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$1.555.112.795 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a

la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

7.19) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$297.916.013 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

7.20) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$349.370.065 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

7.21) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) a partir del día NUEVE (9) de OCTUBRE de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

7.22) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) a partir del día ONCE (11) de JUNIO de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

7.23) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) a partir del día VEINTE y TRES (23) de JULIO de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

7.24) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) a partir del día VEINTE y SEIS (26) de NOVIEMBRE de 1999, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

7.25) Que se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a mi representada FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., el costo causado por este Tribunal de Arbitramento y las Agencias en Derecho correspondientes.

Los hechos postulados en la demanda se compendian así:

1. Entre la sociedad FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P. se perfeccionaron cuatro contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, conforme a las previsiones de los artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, las normas contenidas en el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), las disposiciones expedidas por la Superintendencia Bancaria y las estipulaciones contenidas en los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración de los cuales surgieron los fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19, los cuales fueron constituidos por MARIA EUGENIA GUTIÉRREZ DE VILLEGAS (No. 10), LÍA VILLEGAS DE GUTIÉRREZ (No. 11) y LUCIA GUTIÉRREZ, VILLEGAS Y/O JAIME PRESS E.(Nos. 15 y 19) de los cuales dan cuenta los documentos de 9 de marzo de 1999, 11 de marzo de 1999, 23 de abril de 1999 y 26 de julio de 1999, respectivamente.
2. Los fideicomitentes constituyentes de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19), en cumplimiento de lo pactado en las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta, octava, novena, décima tercera y décima cuarta de los documentos de 9 de marzo de 1999, 11 de marzo de 1999, 23 de abril de 1999 y 26 de julio de 1999, respectivamente, que contienen los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos No. 10, 11, 15 y 19) instruyeron expresa e irrevocablemente a FIDUVALLE S.A., como administradora de los fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19, para que procediera esta última a celebrar un contrato de compraventa de cartera con la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., todo lo cual se hizo constar en documentos fechados el 9 de marzo de 1999, 11 de marzo de 1999, 23 de abril de 1999 y 26 de julio de 1999, respectivamente.
3. El objeto de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración perfeccionados entre los fideicomitentes constituyentes ya mencionados, UNITEL S.A. E.S.P., fideicomitente aporte y la Fiduciaria denominada FIDUVALLE S.A. no era otra que constituir unos patrimonios autónomos administrados por la sociedad fiduciaria, los cuales se destinarían hasta su total agotamiento a la compra de pagarés de propiedad de la fideicomitente aportante UNITEL S.A. E.S.P. en las condiciones y plazos determinados previa y expresamente por los fideicomitentes constituyentes (cláusula tercera de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, fideicomiso Nos. 10, 11, 15 y 19).
4. Obligado complemento de los precitados contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomiso Nos. 10, 11, 15 y 19) fueron los contratos de compraventa de pagarés celebrados entre la fideicomitente aportante UNITEL S.A.

E.S.P. (vendedora de los títulos valores) y FIDUVALLE S.A., con el carácter de administradora de los fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19, contratos que se documentaron el 9 de marzo de 1999, 11 de marzo de 1999, 23 de abril de 1999 y 26 de julio de 1999, respectivamente.

5. Los fideicomitentes aportantes y vendedora de la cartera constante de la compraventa de pagarés (títulos valores) suscribieron a favor de la sociedad FIDUCIARIA DE VALLE S.A. (fiduciaria de los fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19) los compromisos unilaterales en los cual se previó lo concerniente a las deficiencias en el recaudo de las sumas adeudadas por terceros suscriptores de pagarés, derivadas del incumplimiento en el pago de mensualidades, a los intereses moratorios para el caso de retardo o mora en la entrega de los valores comprometidos en los contratos de compraventa de pagarés a que aluden los fideicomisos No. 10, 11, 15 y 19, la devolución de los títulos valores para el ejercicio de la acción ejecutiva, el pacto de recompra y la cláusula penal estipulada, a título de indemnización de perjuicios por la mora o el simple retardo en la entrega de las deficiencias que se mencionan en el numeral 1º del aludido compromiso, cláusula penal “a título de indemnización anticipada de perjuicios” pactada en el 20% del valor de las deficiencias ya anotadas.

CAPITULO OCTAVO

8.1. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La parte convocada UNITEL S.A. E.S.P. aceptó como ciertos varios de los hechos de la demanda, admitió otros en forma parcial y negó el fundamento de algunos de estos. Fue así como admitió como ciertos los hechos 3.2, 3.2.1., 3.2.2., 3.2.3., 3.2.4., 3.4. Y en relación con los hechos 3.3., 3.6., 3.7., 3.8., 3.9., 3.10., 3.11., 3.12. y 3.13. los aceptó parcialmente de ciertos y negó parcialmente el fundamento del hecho 3.1. y como no ciertos los hechos distinguidos con los números 3.5 y 3.1.14.

En los términos así planteados en la demanda y escrito de contestación se trabó la relación jurídica procesal o lazo jurídico de instancia.

CAPITULO NOVENO

9.1. EXCEPCIONES PLANTEADAS POR UNITEL S.A. E.S.P.

La convocada UNITEL S.A. E.S.P. propuso en el escrito de contestación de la demanda tres excepciones no calificadas por el apoderado de la mencionada entidad, las cuales fueron en síntesis las siguientes:

I. PRIMERA EXCEPCIÓN

Se solicita del Tribunal rechazar la pretensión de la parte convocante respecto del cobro de los intereses de mora y de la cláusula penal, simultáneamente. La ley y la jurisprudencia nacionales identifican el pago de los intereses de mora como la estimación anticipada de perjuicios ocasionados al acreedor de obligaciones dinerarias con motivo del incumplimiento del deudor. De manera que, acorde con los títulos XII y XIII Libro IV del Código Civil, en este tipo de obligaciones el acreedor está liberado de probar perjuicios cuando cobra intereses, pues basta de la mora.

Cualquier otra indemnización pretendida deberá estar precedida de la prueba de los perjuicios que el pago de los intereses moratorios no logre cubrir.

Por consiguiente, pretender que se aplique por el simple retardo, los intereses de mora y cláusula penal, sería otorgarle a ésta los privilegios legales que en obligaciones dinerarias sólo poseen los intereses de mora (sin requerir prueba del daño, por ejemplo). En otras palabras, el Honorable Tribunal no podría acceder a darle viabilidad al cobro de sumas adicionales por encima de los intereses de mora dándoles a éstas el ropaje de cláusulas penales.

Promover de esta manera el acrecimiento de las sumas por concepto de intereses de mora, sin necesidad de la prueba de daños adicionales a los que la ley presume que el interés de mora resarce, sería transgredir las disposiciones legales imperativas que establecen límites para el cobro de intereses de mora. Por ende, toda estipulación contractual en ese sentido es absolutamente nula.

Valga transcribir lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley 45 de 1990:

*“Artículo 65.- **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, cualquier sea su denominación” (negrilla nuestra).

A partir de la precitada norma, debe entonces quedar claro cómo la finalidad de los intereses de mora no es otra que la de determinar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación del tipo de las dinerarias. Mal podría permitírsele al acreedor el cobro simultáneo de la cláusula penal, la cual las partes *“establecen como indemnización anticipada de los perjuicios (...)”*.

“Así las cosas, la idéntica finalidad de las figuras en comento, prohíbe su aplicación coetánea. No sin razón, la propia Superintendencia Bancaria se ha pronunciado al respecto y ha dicho que “resulta incompatible la existencia simultánea de una cláusula penal e intereses moratorios, por cuanto ello constituiría la aplicación para el mismo caso de dos figuras que tiene idéntica finalidad y se estaría cobrando al deudor dos veces una misma obligación, como es la de pagar por su retardo o incumplimiento””.

“Resulta entonces claro cómo es improcedente el cobro automático de otro recargo como la cláusula penal, pues de su esencia resultan incompatibles. Cosa distinta fuera que el acreedor intentase un cobro adicional por considerar que los perjuicios derivados del incumplimiento son superiores a los resarcidos por los intereses moratorios. En efecto, la disposición en comento en modo alguno vulnera la posición del acreedor que resulte incumplido, toda vez que éste sí puede cobrar sumas adicionales por perjuicios, pero tales peticiones deben demostrarse superiores al resultado del cálculo de los interés moratorios; si los perjuicios fueren superiores al interés moratorio, bien puede el acreedor solicitar su reparación integral, mas no lo legitima ello para aunar dos cobros de idéntica naturaleza, cual es, una estimación anticipada. De lo contrario, estaría disfrazando bajo el rótulo de cláusula penal, una posible usura, que sería el resultado del cobro simultáneo de las dos estimaciones previas de perjuicios”.

Como corolario de esta primera excepción, la parte convocada solicita al Tribunal la declaración de la nulidad absoluta de los siguientes apartes del parágrafo de la cláusula

segunda de los contratos de compraventa de pagarés aportados con la demanda, así: “(...), sin perjuicio del pago de la cláusula penal (...)”. Y culmina solicitando la misma nulidad absoluta de las siguientes ocho palabras insertadas en el párrafo primero de la cláusula primera de los llamados compromisos unilaterales presentados con la demanda, “sin perjuicio del pago de la cláusula penal (...), las cuales se encuentran en el párrafo primero de la Cláusula Primera de los llamados compromisos unilaterales presentados con la demanda; así como la nulidad absoluta de la cláusula sexta y tercera de los contratos de compraventa de pagares y compromisos unilaterales presentados así mismo con la demanda.

II. SEGUNDA EXCEPCIÓN

“Se solicita al Tribunal rechazar las pretensiones de la parte convocante respecto de las sumas adeudadas por concepto de capital, intereses corrientes e intereses de mora, sumas que de conformidad con las inspecciones judiciales y los peritazgos que se van a solicitar en la presente contestación, se determinarán en la aplicación correcta por pago de capital, intereses corrientes e intereses moratorios”.

“Lo anterior se fundamenta en el hecho de que con base en la contabilidad de mi representada figuran registros contables que no concuerdan con la información suministrada en el texto de la demanda. La distorsión en las cifras, genera que el cálculo y pago del capital, de los intereses corrientes y los intereses de mora causados, pagados y/o adeudados, de parte de mi representada, sea diferente a aquel que se contabiliza en los libros de la convocante. Más aun, tal y como ya lo ha informado por escrito FIDUVALLE, las cifras y la aplicación de los pagos es totalmente diferente a aquella que se alega en la demanda, generando serias confusiones sobre la consistencia en la información contable”.

“En este orden de ideas, solicito, que una vez se practiquen las pruebas y los peritajes correspondientes, se declaren las sumas que realmente se adeudan por concepto de capital, intereses corrientes e intereses moratorios”.

III. TERCERA EXCEPCIÓN

“Aunque el aspecto descrito en el comentario inicial, referente a la falta de competencia del presente Tribunal de Arbitramento para conocer de la litis pretendida por FIDUVALLE en su escrito demanda, no es materia de excepciones, presentamos igualmente bajo el acápite de excepciones la falta de competencia del Tribunal en conocer del presente proceso, habida cuenta que los incumplimientos contractuales alegados por FIDUVALLE se derivan de unos contratos de compraventa de pagarés y unos compromisos unilaterales en los cuales no se estipuló ninguna cláusula compromisoria. El argumento de la convocante en el sentido que por se dichos contratos ejecutados en desarrollo del objeto del contrato de fiducia, no es un argumento válido por varias razones, entre otras, las que se expusieron sucintamente en el Comentario inicial. Con base en lo anterior, solicitamos de nuevo, que el Tribunal revoque el auto admisorio de la demanda y declare su incompetencia para conocer de la litis pretendida por la parte convocante”.

Hecho el anterior resumen de lo acontecido en este proceso arbitral y satisfechos plenamente los presupuestos procesales, como tuvo oportunidad de expresarlo el Tribunal en el capítulo sexto del presente laudo, es del caso proferir laudo de mérito acerca de la controversia planteada, y, para tal efecto, son pertinentes las consideraciones que se insertan en los capítulos siguientes

CAPITULO DÉCIMO

10.1. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal de Arbitramento mediante auto No. 8 de 24 de febrero del presente año, después de analizar los factores objetivo y subjetivo para determinar lo referente a su propia competencia, encontró que las partes convocante y convocada eran plenamente capaces, que estaban debidamente representadas en el proceso, que existía cláusula compromisoria en cada uno de los contratos aplicable a los asuntos sometidos a su consideración y que estos eran susceptibles de transacción (artículo 2469 del C. C.), ya que no versaban sobre temas expresamente excluidos por la ley. Fue así como resolvió, entre otros aspectos, el Tribunal que tenía plena competencia para conocer y decidir en derecho la totalidad de las controversias y diferencias planteadas en la demanda y en la contestación.

El apoderado de la parte convocada interpuso el recurso de reposición argumentando la inexistencia del pacto arbitral y que las obligaciones presuntamente incumplidas eran las contenidas en los contratos de compraventa de pagarés y en los compromisos unilaterales correspondientes y no en los contratos de fiducia mercantil, recurso del cual recorrió oportunamente el correspondiente traslado el apoderado de la parte convocante.

El Tribunal, al resolver el recurso de reposición, encontró que efectivamente la cláusula compromisoria pactada en los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, cuyo objeto es: *“la constitución de un patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria que se destinará hasta su total agotamiento a la compra de pagares de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., en las condiciones y plazos determinado previa y expresamente por el FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE”*. Observó igualmente el Tribunal que las partes al definir el alcance de la cláusula compromisoria indicaron que esta comprendería la resolución de las diferencias que se presentaren entre las mismas, con ocasión de cada contrato, o de su celebración, ejecución o liquidación.

Por otra parte es necesario observar cómo la estructura y la ejecución de los fideicomisos y las razones de incumplimiento de estos aducido por la parte convocante, son los mismos y no existe diferencia alguna entre ellos, salvo en lo que hace relación a la cuantía de las obligaciones económicas derivadas de cada negocio jurídico; por lo tanto, el análisis que a continuación hace el Tribunal es válido para los cuatro contratos.

En efecto: en el alegato de conclusión el apoderado de la parte convocada reitera la incompetencia del Tribunal para conocer y decidir las diversas controversias planteadas en el presente caso, ya que en los contratos de compraventa de pagarés, de los cuales se desprende el presunto incumplimiento, no contienen la cláusula compromisoria, y al ser este pacto inexistente, el Tribunal no podría realizar pronunciamiento alguno.

Sin embargo, es necesario realizar el análisis del objeto de los diversos negocios jurídicos, el interés buscado por las partes intervinientes y naturalmente el esquema jurídico utilizado por las partes para dar viabilidad a las operaciones financieras planteadas. Y es así como en el interrogatorio de parte rendido ante este Tribunal por el representante legal de Fiduciaria del Valle S.A. manifestó lo siguiente: *“El objeto del negocio planteado era la administración de unos recursos bajo el esquema de un patrimonio autónomo, hay unos Fideicomitentes o diferentes Fideicomitentes constituyentes que entregan unos recursos a un patrimonio autónomo para que dicho patrimonio autónomo efectúe una compraventa*

de pagares todo obrando obviamente bajo un contrato de Fiducia Mercantil y con unas instrucciones claras y precisas del Fideicomitente constituyente, la controversia se origina por el incumplimiento del Fideicomitente aportante de las obligaciones contraídas tanto en el pago mensual o el traslado mensual de los recaudos de dichos pagares y el incumplimiento también de la parte del Fideicomitente aportante de un compromiso de recompras establecido también en el contrato de Fiducia, estos dos hechos pues originan una situación de pérdida para el Fideicomitente constituyente, pérdida monetaria y por lo tanto se llega a este Tribunal dado que el contrato de Fiducia tiene como cláusula para dirimir controversias el convocar un tribunal de arbitramento”.

De acuerdo con lo anterior los diversos negocios jurídicos tienen su origen en el interés que tenía la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. en realizar una venta de cartera, con el propósito de obtener una financiación para su operación comercial, producto dicha cartera de la financiación de los derechos de conexión y de los aparatos telefónicos. A este respecto el testigo Alexandro Crisspino al explicar el negocio manifestó: *“El negocio tenía ciertas particularidades: primero, los montos eran pequeños como para que fueran interesantes para cualquier inversionista o sea que nadie iba a comprar un papel por \$300.000 y segundo, que el recaudo de cartera era complejo porque lo pagaba con el servicio o sea con la factura telefónica, entonces la plata que era de UNITEL y entraba una plata que ya era de la persona que había comprado.”.* Según este esquema, UNITEL S.A. E.S.P transfería la cartera antes mencionada a los patrimonios autónomos constituidos para tal fin, y aquella se obligaba a la administración y recaudo de la cartera y trasladar los fondos recaudados a la persona adquirente de la cartera, con una obligación adicional de responder frente a las insuficiencias del recaudo.

Para alcanzar los objetivos de las operaciones comerciales tendientes a la obtención de los recursos necesarios para el financiamiento de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., se diseñó un esquema en el cual debían operar simultáneamente los documentos siguientes: el contrato de Fiducia Mercantil, el contrato de Compraventa de pagarés, el compromiso unilateral y la carta de instrucciones para la compra de cartera. Ninguno de ellos por si solo satisfacía el efecto deseado por las partes y así lo entendió el Tribunal desde el inicio del proceso, es decir, desde el momento en que determinó su propia competencia.

Observa el Tribunal además cómo los contratos de Fiducia Mercantil en los cuales aparece inserta la cláusula compromisoria (cláusula décima tercera), están suscritos por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., en su calidad de entidad fiduciaria y vocera y administradora de los patrimonios autónomos de los Fideicomisos números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19); por UNITEL S.A. E.S.P. en su calidad de Fideicomitente Aportante y por los Fideicomitentes Constituyentes en cada caso (María Eugenia Gutiérrez Villegas, Lía Villegas de Gutiérrez; Lucia Gutiérrez Villegas y Jaime Press Eisenstein). Los contratos de compraventa de pagarés aparecen igualmente firmados por UNITEL S.A. E.S.P. como vendedora y por FIDUVALLE S.A. como compradora y las cartas de instrucciones de compraventa de cartera las suscriben los Fideicomitentes Constituyentes. Según lo anterior ninguna de las partes que intervinieron en los contratos eran ajenas a la Cláusula Compromisoria y todas ellas de manera expresa habían aceptado la utilización de este mecanismo para la resolución de las controversias que surgieran en el desarrollo del objeto de los contratos o del negocio. El objeto de ellos no era otro distinto al de la constitución de un patrimonio autónomo administrado por la Fiduciaria (contrato de Fiducia Mercantil), que se destinará hasta su total agotamiento, a la compraventa de pagarés de propiedad de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. (contrato de compraventa de cartera), en las condiciones y plazos determinadas previa y expresamente por el Fideicomitente Constituyente (instrucción contrato de compraventa de cartera).

Considera el Tribunal suficientes los razonamientos anteriores para reiterar su competencia y la existencia y aplicabilidad en el caso materia de estudio de la cláusula compromisoria contenida en los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (Fideicomisos números 10, 11, 15 y 19) para dirimir las diferencias que se presentaren entre las partes, por cuanto los contratos de compraventa que dieron origen a la petición de incumplimiento de los mismos, son la consecuencia obligada de los contratos de fiducia mercantil irrevocable en cuanto estos surgirían a la vida jurídica en desarrollo del objeto de cada uno de los aludidos contratos. En otras palabras, la razón de ser de los contratos de fiducia mercantil irrevocable es la compraventa de cartera perfeccionada entre FIDUVALLE S.A. como administradora de los Fideicomisos números 10, 11, 15 y 19 y UNITEL S.A. E.S.P.

Ya el Tribunal había dicho en su providencia de 24 de febrero de 2004 que si bien es cierto que en los contratos de compraventa de los pagarés no esta expresamente pactada la Cláusula Compromisoria también es cierto que la compraventa de estos pagares es uno de los objetos principales del contrato de fiducia, luego mal podría el Tribunal aceptar que es competente para conocer la causa del contrato y no los efectos del mismo. Por lo demás, sería absolutamente inocua la existencia de la Cláusula Compromisoria si el Tribunal no pudiera asumir la consecuente competencia al objeto del contrato.

Por las razones anteriores no prosperará la tercera excepción propuesta por la parte convocada sobre falta de competencia de este Tribunal de Arbitramento para conocer de la litis pretendida por FIDUVALLE en su escrito de demanda.

CAPITULO UNDÉCIMO

11. LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL Y COMPRAVENTA DE PAGARÉS.-

11.1. Considera necesario el Tribunal enunciar previamente los contratos que han vinculado a las partes en este proceso. Ellos son:

A- Los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración distinguidos con los números, diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19) celebrados entre las siguientes personas naturales y jurídicas:

FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE: María Eugenia Gutiérrez Villegas (fideicomiso No. 10), Lía Villegas de Gutiérrez (No. 11), Lucia Gutiérrez Villegas y Jaime Press E. (Nos. 15 y 19).

FIDEICOMITENTE APORTANTE: UNITEL S.A. E.S.P.

Fiduciaria: FIDUVALLE S.A.

BENEFICIARIOS: El fideicomitente constituyente o las personas que este indique, una vez terminado y liquidado el fideicomiso y al momento en que los deudores efectúen los pagos periódicos para amortizar la cartera que se comprara con cargo al patrimonio autónomo.

B- Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 10.

C- Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 10 con sus respectivos anexos.

- D- Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 10.
- E- Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 11.
- F- Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 11 con sus respectivos anexos.
- G- Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 11.
- H- Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 15.
- I- Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 15 con sus respectivos anexos.
- J- Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 15.
- K- Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 19.
- L- Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 19 con sus respectivos anexos.
- M- Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 19.

11.2. EL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL.- SU NATURALEZA JURÍDICA Y OBLIGACIONES RESULTANTES DEL MISMO.

El legislador colombiano define así el contrato de fiducia: *“la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.” (Artículo 1226 C. de Co.). De esta definición puede concluirse que la fiducia es un contrato típico principal y especial cuyos elementos esenciales lo configuran la transferencia o tradición real y efectiva de bienes del patrimonio del fideicomitente al fiduciario y la afectación del patrimonio autónomo, que con dicha transferencia se produce, a una finalidad específica. Acerca de la anterior definición del Código de Comercio la Corte Constitucional mediante Sentencia C-086 de marzo 1º de 1995 manifestó: *“puede decirse que de la norma transcrita se colige que de este negocio jurídico se derivan dos partes necesarias, fiduciante y fiduciaria, y una eventual: el beneficiario o fideicomisario. De igual forma, puede señalarse que los elementos característicos de este tipo de contratos son los siguientes: el primero puede definirse como un elemento real, según el cual en la fiducia mercantil se presente una verdadera transferencia de bienes sobre los bienes fideicomitidos (...) tanto la transferencia de dominio como la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil. Un segundo elemento de este tipo de negocios jurídicos es el que puede calificarse como personal, en el cual los fines establecidos por el fiduciante para la administración de los bienes por parte del fiduciario se enmarcan dentro de la figura del trust o de la confianza que el primero deposita en el segundo – es decir, es sociedades fiduciaria autorizadas por la Superintendencia Bancaria-, habida cuenta de sus capacidades, su experiencia o su good will con una destinación o una finalidad determinada, de cuyos frutos se beneficiará el mismo constituyente o un tercero”*

11.2.1. Teniendo en cuenta la definición del artículo 1226 del Código de Comercio Colombiano la doctrina nacional y extranjera ha afirmado que son cuatro las características relevantes del negocio jurídico denominado fiducia mercantil, a saber: a) Instrumentalidad, b) Temporalidad, c) Esencialmente remunerado, d) Intuitus personae. No es del caso ilustrar el Tribunal el alcance de estos caracteres que distinguen el contrato de fiducia mercantil, a la luz de la legislación comercial colombiana. Basta observar simplemente que la instrumentalidad de la fiducia mercantil se deriva del artículo 1234 del Código de Comercio, al aludir este precepto legal a los deberes indelegables del fiduciario y en especial del ordinal 1º, el cual dispone que el fiduciario deberá “*realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”.

11.2.2. Y, en relación con la temporalidad, la remuneración en la fiducia mercantil y la consideración tanto del constituyente como de la parte fiduciaria puede afirmarse que la intervención del fiduciario es eminentemente transitoria y que el negocio fiduciario es siempre remunerado conforme a las tarifas que al efecto expida la Superintendencia Bancaria (artículo 1237 C. de Co.). No puede pasar por alto el Tribunal la característica fundamental que ostentan las relaciones fiduciarias en la legislación mercantil colombiana, ya que, como reiteradamente lo ha anotado la doctrina nacional y foránea, las relaciones fiduciarias presuponen cualidades peculiares de honorabilidad, experiencia, eficiencia y solidez financiera.

11.2.3. Es por esta consideración por lo que solo las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. de Co.). Por lo demás el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece en el artículo 118 en cuáles casos los establecimientos de crédito pueden prestar servicios fiduciarios y señala cuáles instituciones financieras de creación legal pueden actuar como fiduciarias, a diferencia del fideicomitente, constituyente o aportante, los cuales pueden ser personas físicas o jurídicas, que tengan desde luego capacidad de disposición, razón por la cual se siguen en este caso los principios del derecho común en materia de capacidad. Y en cuanto al fideicomisario o beneficiario, puede serlo cualquier persona física o jurídica, vale decir, todo sujeto con capacidad de goce, así carezca de capacidad de ejercicio.

11.2.4. La indelegabilidad propia del contrato de fiducia mercantil, de la cual trata el artículo 1234 del Código de Comercio, significa que el fiduciario debe realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia, lo cual explica por qué no es lícito trasladar, delegar o abandonar en el fiduciante, en un comité o en cualquier otro tercero los actos necesarios o indispensables para obtención de la finalidad perseguida o buscada al constituirse o celebrarse el negocio jurídico de fiducia mercantil. Para el Tribunal, el acto constitutivo de la fiducia no puede establecer la delegabilidad del fiduciario en la ejecución de su encargo. Pero, en todo caso, si hubiere delegación por parte del fiduciario éste continuará respondiendo frente al fideicomitente o beneficiario, según el caso, es decir, que su responsabilidad no se traslada jamás al delegado.

11.3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FIDUCIARIO Y DE LOS FIDEICOMITENTES CONSTITUYENTES Y APORTANTES.

11.3.1. Después del acto o negocio jurídico, la fuente más amplia de obligaciones y la que ofrece mayor interés dentro de la teoría general de las obligaciones es la responsabilidad civil, la cual es fuente de éstas, por cuanto somete a quien ha ocasionado un perjuicio a otro, a reparar las consecuencias de ese daño. Esta consideración ha permitido afirmar a la doctrina que la responsabilidad civil se traduce en una deuda de reparación que pesa sobre

el autor del perjuicio, en provecho de la víctima (Cfr. JACQUES FLOUR y JEAN- LUC AUBERT, *Droit civil. Les obligations, vol. II, Paris, Collection Armand Colin, 1981, núm. 566.*).

11.4. Esta observación permite concluir que la más importante de las obligaciones de carácter general a cargo de las sociedades fiduciarias, consiste el ejercicio de su habilidad, prudencia, esfuerzo y honorabilidad de las que se exigen a un buen hombre de negocios, teniendo presente, como anota la Superintendencia de Sociedades, “*que el ejercicio y extensión de los derechos derivados de la propiedad fiduciaria están limitados tanto por las leyes que les prohíben hacerse dueñas de las cosas fideicomitidas, como por los derechos de los beneficiarios sobre los bienes que integran el fideicomiso y por la destinación o finalidad que el constituyente le impuso sobre el patrimonio fiduciario*” (Superintendencia de Sociedades, auto 410-4202, julio 4 de 1997, p. 35).

11.5. Es precisamente por la indelegabilidad de la fiduciaria de todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (artículo 1234 C. de Co.), por lo que el artículo 1243 del mismo Código estableció en el artículo 1243 el principio según el cual “*el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*”, lo cual significa, que el fiduciario debe emplear en su encargo la confianza y el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Los bienes fideicomitidos debe administrarlos el fiduciario como un buen padre de familia. En este punto concreto de la responsabilidad civil del fiduciario (artículo 1243 C. de Co.) la legislación mercantil colombiana acogió el criterio civilista de graduación de culpas, de conformidad con la utilidad del negocio de que trata el artículo 1604 del Código Civil, por todo lo cual el deudor es responsable solo de la culpa leve en los contratos que se ajustan para beneficio recíproco de las partes.

11.6. No es del caso reseñar la crítica que ha merecido el artículo 1604 del Código Civil con relación a la división tripartita de la culpa prevista en el artículo 1604 del Código Civil, pues siguiendo el pensamiento de ENRICO ALTAVILLA la culpa es una misma, vale decir, es una noción única, según el autorizado criterio de este autor italiano, quien es uno de los tratadistas que mejor han analizado el fenómeno culposo desde todos los puntos de vista con los cuales se examine. Para ALTAVILLA se ha tenido en cuenta “*la unidad de criterio con que se mide la culpa, tanto extracontractual como contractual*”. De ahí que un sector de la doctrina sea partidario de la noción unitaria de la culpa, lo que explicaría la inutilidad de la división tripartita de graduación de culpas que menciona el Código Civil, por todo lo cual y salvo algunos casos excepcionales que no analizará el Tribunal, la mencionada división puede considerarse en la actualidad como algo totalmente superado no solo en el campo doctrinario sino en el de la técnica de la responsabilidad civil.

11.7. Las anteriores consideraciones las ha traído a colación el Tribunal en razón de lo estipulado en el párrafo de la cláusula séptima de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (10, 11, 15 y 19), en el cual expresamente se dispone que “*las obligaciones asumidas por la fiduciaria son de medio y no de resultado*”, a lo cual se agrega que, “*en el desarrollo de su gestión la fiduciaria responde solo hasta la culpa leve*”. Nada contemplaron los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (10, 11, 15 y 19) cuál sería la naturaleza de las obligaciones a cargo de la fideicomitente aportante UNITEL S.A. E.S.P., vacío que llena el Tribunal afirmando que la naturaleza de las prestaciones objeto de las diferentes obligaciones a cargo de la fideicomitente aportante no son de medios sino de resultado.

11.8. El análisis y lectura de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración contenidos en los documentos fechados el 9 de marzo de 1999 conduce a sostener inequívocamente que las obligaciones de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. son

obligaciones de medios o de prudencia y diligencia, como suele denominársele a este tipo de obligaciones. En cambio la atenta lectura y análisis de las prestaciones surgidas de las obligaciones provenientes de la deudora fideicomitente aportante *son típicamente de resultados*, como acontece, por ejemplo, con la obligación del transportador, o la obligación de quien se compromete a entregar un cuerpo cierto (cosa determinada), y la obligación del que se compromete a pagar una suma de dinero. En casos como éste, el deudor se obliga a procurar al acreedor *un resultado preciso y determinado*, lo cual ha permitido que la doctrina hable de obligaciones determinadas en casos como este último.

11.9. Por esto mismo, quien se obliga a entregar un cuerpo cierto, o a pagar una suma de dinero, debe producir ese resultado en la fecha y lugar pactados, lo cual significa que mientras no se produzca o aparezca el resultado convenido por los contratantes no se podrá hablar de cumplimiento de la obligación. Y es la producción o consecución de ese resultado lo que determina el tema de la inejecución jurídica de las obligaciones y de la carga de la prueba, lo cual conduce en teoría al estudio del tema del incumplimiento y de la responsabilidad del deudor, respecto de los cuales suele distinguirse entre las obligaciones de medios y de resultado, para esclarecer el contenido y la extensión de cada una de estas obligaciones. Reitera el Tribunal que no es del caso adentrarse en el estudio profundo de estos temas.

11.10. Para el Tribunal entonces no hay duda alguna de que las obligaciones de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., es decir, la sociedad fiduciaria, *son de medios* y que las prestaciones objeto de las obligaciones a cargo de la fideicomitente aportante UNITEL S.A. E.S.P. surgidas de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración *son de resultado*. Esto significa que, como bien observa RICARDO URIBE HOLGUÍN “*Teoría General de las Obligaciones, Ediciones Rosaristas- 197, “cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor ésta se llama de resultado; cuando no hay esa identidad, de modo que dicho fin queda por fuera del contenido del objeto, la obligación se denomina de medio”*. No obstante el autorizado concepto del profesor URIBE HOLGUÍN, es de anotar que el tema de este tipo de obligaciones no es pacífico y que ha sido objeto también de intensas críticas por otros doctrinantes.

11.11. A pesar de haber consagrado los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración *la obligación de medios* por parte de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. (sociedad fiduciaria), el Tribunal, prohiendo el pensamiento del profesor ERNESTO RENGIFO GARCÍA, considera que este aserto implica “*desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la de consecución de resultados (en la fiducia de administración, por ejemplo, las obligaciones que asume por lo general el fiduciario son de resultado)*. Además, a pesar de la aserción legal, existen dentro del elenco de obligaciones indelegables que enumera el legislador algunas de resultado tales como la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes; la obligación de llevar cuentas separadas de cada negocio o encargo fiduciario; la obligación de transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al contrato”.

11.12. Lo expuesto permite deducir, a juicio del Tribunal, que las obligaciones contraídas por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, son, en principio, *de medios, sin perjuicio de considerar otras de resultado, muy a pesar de la división tripartita de la culpa de que trata el artículo 1604 del Código Civil, duramente criticado por la doctrina moderna*. Y también hay que concluir que las prestaciones objeto de las obligaciones contraídas en los mismos contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración por la fideicomitente aportante UNITEL S.A. E.S.P., *no son de medios, sino de resultado*.

11.13. Esta dualidad de obligaciones contraídas en un mismo negocio jurídico no es incompatible, muy a pesar de la calificación de obligación de medios dada en el parágrafo de la cláusula séptima de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos 10, 11, 15 y 19), pues es lo cierto, y así lo ha advertido claramente el Tribunal, que tales contratos o negocios jurídicos contienen ambos tipos de obligación: la fiduciaria contraído, en principio, obligaciones de medios. Y la fideicomitente aportante adquirió típicas obligaciones de resultado. Se impone esta conclusión frente a los artículos 1618, 1619, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil colombiano.

CAPITULO DUODÉCIMO

12.1. LOS CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL EN EL PRESENTE CASO.

Los contratos de fiducia mercantil celebrados entre las partes arriba mencionadas se encuentran plenamente probados con los documentos privados anexos en fotocopia al expediente, los cuales no han sido tachados ni redarguidos de falsos por ninguna de las partes intervinientes en este proceso. Así mismo tales contratos documentados privadamente se hallan complementados con otros documentos, tales como el contrato de compraventa de pagarés, compromiso unilateral y las instrucciones al contrato de compra de cartera correspondientes a cada uno de los fideicomisos. Es más: en la contestación a la demanda la parte convocada expresamente aceptó la existencia de los aludidos contratos, por lo cual los mismo no constituyen tema de controversia alguna, tal y como puede observarse al dar respuesta a los hechos 3.1, 3.2, 3.3., 3.4.

En la cláusula séptima de los contratos de fiducia mercantil quedaron estipuladas las obligaciones a cargo de la fiduciaria, en la octava las que surgen a cargo de los fideicomitentes constituyentes y fideicomitentes aportantes, las cuales tampoco han sido objeto de discusión en este proceso. Es así como, tanto en la demanda como en su contestación, lo mismo que el acervo probatorio, aparece demostrado en concepto del Tribunal, la existencia de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración y los de compraventa de pagarés correspondientes a los anteriores, además la de las cartas de instrucción y compromisos unilaterales que desarrollaron el negocio jurídico perseguido por los contratantes en los mismos. Lo anterior lo corrobora el Tribunal con la conducta asumida por los apoderados de las partes, quienes tampoco expresaron objeción o discusión alguna sobre lo anterior, ya que ni siquiera las excepciones planteadas en oportunidad por el apoderado de la parte convocada se apoyan o fundamentan en el desconocimiento del origen y existencia de los anteriores contratos, a los cuales se hace referencia en el presente laudo, pues el objetivo de los mismos apuntan a situaciones fácticas esencialmente diferentes de la existencia de los negocios jurídicos citados.

Por lo demás, los alegatos de conclusión realizados oralmente y presentados en resumen escrito por los apoderados de la convocante y convocada, en ningún momento ponen en duda la existencia y validez de los precitados contratos que generaron la controversia planteada en la demanda y escrito de contestación.

Llegados a este punto del debate debe entonces precisarse previamente en qué consisten las diferencias que dieron origen a la solicitud de convocatoria de este Tribunal de Arbitramento. A este respecto considera el tribunal que las partes intervinientes están de acuerdo en que se generó un incumplimiento de varias de las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa de pagarés, en virtud del retardo y la no transferencia y entrega de los dineros recaudados por UNITEL S.A. E.S.P. a la sociedad fiduciaria, en los términos

y condiciones pactados. Aceptado por convocante y convocada el hecho anteriormente indicado, su distanciamiento surge en torno a la aplicabilidad de la cláusula penal y la de los intereses moratorios. La parte convocada es enfática en sostener que la cláusula penal estipulada en los contratos de compraventa de pagarés y los interés moratorios no pueden ser acumulables, en tanto que se trate de obligaciones dinerarias, por todo lo cual pide al Tribunal la declaratoria de nulidad de la cláusula primeramente mencionada.

Lo anterior obliga al Tribunal a estudiar la naturaleza de las obligaciones derivadas de los contratos de compraventa de pagarés, ya que mientras la convocante califica las obligaciones incumplidas como obligaciones de hacer no dinerarias, la convocada sostiene enfáticamente que se trata de obligaciones dinerarias. El Tribunal considera que las obligaciones a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. de trasladar los dineros recaudados y los faltantes a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. son obligaciones de carácter dinerario, por cuanto si se tiene la obligación de dar o entregar una suma de dinero a un acreedor o propietario por su recaudo para otro se estará en presencia de obligaciones dinerarias. En el capítulo siguiente donde se hace un análisis acerca de la cláusula penal y los intereses moratorios el Tribunal analizará este aspecto de una manera más precisa y completa.

Parte el Tribunal de la diferencia existente entre las obligaciones surgidas de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración y las nacidas de los contratos de compraventa de pagarés. Respecto de las primeras el Tribunal llega a la conclusión de su existencia y pleno cumplimiento por la convocante Fiduciaria del Valle S.A. y la convocada UNITEL S.A. E.S.P. En lo atinente a las prestaciones objeto de las obligaciones nacidas de los contratos de compraventa de pagarés, el tribunal hace las siguientes breves consideraciones, las cuales servirán de fundamento para adoptar las conclusiones que en derecho correspondan en la parte resolutive del laudo.

CAPITULO DÉCIMO TERCERO

13.1. ESTUDIO SOBRE LA CLÁUSULA PENAL Y LOS INTERESES DE MORA

Debe ahora examinarse si la Cláusula Penal pactada en el parágrafo de la cláusula tercera de los compromisos unilaterales y en la Cláusula Sexta del Contrato de Compraventa de Pagarés es aplicable conjuntamente con el cobro de intereses de mora previstos en la Cláusula Segunda del mismo documento.

La Cláusula Penal en mención expresa:

“CLÁUSULA SEXTA.- CLÁUSULA PENAL: En este estado las partes contratantes establecen como indemnización anticipada de los perjuicios que cause LA VENDEDORA a LA COMPRADORA con la mora en la entrega de los valores recaudados por aquella en su gestión de cobro, conforme a los términos de la cláusula Segunda de este contrato, una suma igual al veinte por ciento (20%) del valor recaudado y no entregado oportunamente. Esta sanción se causará en su integridad por cada mes o fracción de mes que persista la mora, bastándole para el efecto a LA COMPRADORA, la presentación por vía de un proceso ejecutivo, de un ejemplar de este contrato con la manifestación expresa del incumplimiento.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Para la aplicación de esta cláusula no será necesaria la constitución en mora del deudor pues las partes renuncian a este derecho en recíproco beneficio.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- *Como quiera que la cláusula penal que aquí se constituye se aplica para el caso de la simple mora del deudor, la parte cumplida o que se allanó a cumplir podrá, a su arbitrio, pedir el pago de la pena y/o el cumplimiento del contrato según le conviniere, pues es claro que con el simple pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.*

PARÁGRAFO TERCERO.- *El pago de la cláusula penal no exime al deudor del pago de la indemnización de perjuicios que eventualmente su incumplimiento causare al acreedor”.*

El Código Civil, en su art. 1600, dispone: “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”.

El tratadista Guillermo Ospina Fernández comenta con las siguientes palabras dicho artículo: “Por tanto el artículo 1600 del Código Civil debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede exigir la pena y la indemnización de perjuicios, siempre que éste se deje expresamente a salvo y, por ello, dicha pena asume el carácter de apremio al deudor, como también en el caso de que aparezca del pacto que la pena sólo se enderezca a sancionar el retardo en el cumplimiento de la obligación principal, sin que quede afectado el derecho del acreedor para que se le resarza por la inejecución total o parcial, o por la ejecución defectuosa de esa obligación, en contra” (Régimen General de las Obligaciones, Edit. Temis, Bogotá, 1980, Págs. 162 a 164).

La H. Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto y dice: “La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del Código Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con los dispuesto en los arts. 822 y 867 del Código de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefigurar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta.” (Sent. de Cas. 07 de Junio de 2002, Exp. 7320, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno)

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia que hace referencia a las Obligaciones Contractuales, de la cual es ponente el Mag. Carlos Estaban Jaramillo Schloss, de mayo 23 de 1996, Exp. No. 4607, expresa: “Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como

para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato.”

La doctrina de la Superintendencia Bancaria, respecto a este tema (concepto del 26 de Mayo de 1977) dice que *“tanto la cláusula penal como los intereses moratorios obedecen a una misma filosofía consistente en sancionar al deudor que incumple con sus obligaciones; y las diferencias entre dichas figuras obedecen más a razones de forma que de fondo; por lo tanto es incompatible la coexistencia de dichas figuras puesto que con ella se estaría dando lugar a sancionar doblemente por un mismo acto.; Tal evento solo sería posible (el de cobrar la cláusula penal y los intereses moratorios) en el caso en que se hubiere estipulado entre los contratantes que la cláusula penal tiene tan solo la función de apremio al deudor, pues como ya lo vimos tal intención debe pactarse expresamente ya que de no decir nada, la ley entiende que su función es la de indemnizar por la mora y por lo tanto el deudor tan solo estará obligado a pagar la cuantía en que ella hubiere estipulado”*.

En igual sentido se pronuncian los tratadistas Jaime Alberto Arrubla Paucar (Contratos Mercantiles, Tomo I, Edic. 1995, Biblioteca Jurídica Dike), Fernando Hinestrosa Forero (Tratado de las Obligaciones, Vol.: I, 2ª Edic.) y Guillermo Ospina Fernández, (Régimen General de las Obligaciones, 7ª Edic., Temis))

Con tales parámetros se debe entonces analizar por el Tribunal si la cláusula penal pactada en los Contratos de Compraventa de Pagarés, cumple los requisitos de ley. Esta cumple normalmente su función como estimación anticipada de los perjuicios que se causan con el incumplimiento de una obligación, y en ello se asimila a los intereses moratorios, que también son compensatorios del perjuicio que se causa al incurrir el deudor en mora; es claro que no se pueden exigir dos penas por un mismo acto (art. 1600 C.C.). Así, solo resulta admisible cuando de ella se desprende un claro carácter conminatorio, o de apremio, frente a un eventual incumplimiento de parte del deudor. En la cláusula penal pactada en los contratos que ahora analizamos, nos encontramos que en ella se expresa textualmente: *“en este estado las partes contratantes establecen como **INDEMNIZACIÓN ANTICIPADA** de los perjuicios que cause la Vendedora a la Compradora con la mora en la entrega de los valores recaudados por aquella en su gestión de cobro...,”* (mayúsculas y resaltados fuera de texto), por lo que está allí manifiesta la intención de las partes de darle el carácter indemnizatorio, de indemnizar por la mora, lo que ya está comprendido dentro de los intereses moratorios de la Cláusula Segunda. Teniendo en cuenta que el art. 1618 del C. Civil nos impone que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*, nos vemos obligados a atenernos a la interpretación que los mismos contratantes le han dado con su propia definición, que no es otra que la *“indemnización anticipada de los perjuicios”*. Ahora bien, la función de apremio que podría desprenderse del párrafo Segundo de la mencionada cláusula penal porque con ella parece ejercerse una coacción económica sobre el deudor para inducirlo a cumplir con la prestación, si bien estaría borrando lo expresado en el inciso primero de tener el carácter indemnizatorio, encontramos por lo ya expresado, y respaldados en el tratadista Suescún Melo (Derecho Privado, Estudio del Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I, Legis), *“que la mora en el pago de sumas de dinero no puede repararse mediante el régimen general de la cláusula penal y, por ende, no puede pretenderse acumularla a los intereses de mora, ni siquiera en la hipótesis de que cumpla una función de apremio”*. De ello se desprende que la verdadera intención de los contratantes no fue la de señalar con ello que su función es meramente conminatoria o de apremio sino, mas bien, que lo que ellas han querido es la de indemnizar por la mora (*indemnización anticipada*, como expresa la cláusula penal en su inciso primero), resultando así no acumulables puesto que la

indemnización moratoria está prevista en la ya citada Cláusula Segunda, que corresponde al pacto de los intereses de mora. En igual sentido la acoge el actor al solicitar en sus peticiones 7.17, 7.18, 7.19 y 7.20 de su demanda, cuando solicita que se condene a UNITEL S.A. E.S.P., por el incumplimiento de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las diferencias de los recaudos, **a título de indemnización anticipada de perjuicios**, que corresponden a la cláusula penal. (subraya el Tribunal).

Al respecto Jorge Suescún Melo, en su obra ya citada, nos dice: *“En síntesis, la función de apremio sólo se presenta cuando las partes deben pactar expresamente la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal o con el pago de la indemnización de perjuicios, lo cual no acontece cuando se trata de reparar perjuicios ocasionados por el simple retardo, pues su acumulación es automática. Por ende, no puede hablarse de cláusula penal de apremio para el caso de retardo en el pago de obligaciones de dinero, para las cuales, por lo demás, no suele pactarse cláusula penal compensatoria, pues consistiendo por regla general la pena en una suma de dinero, no podría decirse que el objeto de la pena reemplaza el de la obligación principal, ya que siendo el numerario un bien de género no es dable hablar de sustitución y por tanto se tratará siempre del pago de la prestación principal”*. *“Adicionalmente, habida cuenta que la acumulación de la pena – si cumple función de apremio- con la obligación principal e incluso con la indemnización de perjuicios, podría dar lugar a excesos y a abusos en contra de los deudores, la ley estableció ciertos límites para la protección de los obligados, admitiendo tal acumulación hasta un monto que no supere el doble del valor de la obligación principal, de acuerdo con lo preceptuado por el inciso 1º del artículo 1601 del Código Civil. Pero el legislador dejó bien en claro que dicha regla no es aplicable al mutuo, en el cual el acreedor sólo podrá exigir el interés moratorio dentro de los parámetros que ha establecido nuestro régimen jurídico. Esto reafirma nuestra posición en el sentido de que la mora en el pago de sumas de dinero no puede repararse mediante el régimen general de la cláusula penal y, por ende, no puede pretenderse acumularla a los intereses de mora, ni siquiera en la hipótesis de que cumpla una función de apremio, ya que la mora en el cumplimiento de obligaciones dinerarias se rige por reglas particulares, según las cuales los daños resultantes se reparan única y exclusivamente con los intereses moratorios, tal como se desprende igualmente del artículo 1617 del Código Civil”*.(Ob. cit., pág. 545).

Basados en los argumentos recogidos por el Tribunal en este estudio se observa que la cláusula penal no resulta acumulable con los intereses de mora también pactados en el mismo negocio jurídico, teniendo ambos el mismo carácter indemnizatorio de perjuicios y no como una penalidad accesoria, con el carácter de apremio, para impeler a la parte contratante al cumplimiento de la obligación así sancionada.

Si, eventualmente, se aceptara la acumulación de la cláusula penal a los intereses moratorios, sobrepasaría el tope máximo admitido en la ley y pondría al acreedor en la gravosa situación de recibir la sanción prevista en el art. 72 de la ley 45/90, por cuanto que *“toda suma que se cobre al deudor como sanción por simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”* (art. 65 ibídem). Y, al respecto, creemos con el maestro Fernando Hinestrosa que *“Obligaciones de dar una suma de dinero, obligaciones pecuniarias, obligaciones de dinero: de todas estas maneras se denomina a aquellas obligaciones cuya prestación consiste en dar-entregar (transferir) una cantidad de unidades monetarias, y que son, sin duda, las mas universales y frecuentes de todas. Es inusitada la obligación surgida de responsabilidad “contractual” o “extracontractual” cuya prestación no consista en pagar una suma de dinero (obligación resarcitoria), correspondiente al valor de los daños y perjuicios sufridos por la víctima demandante; Sin ir mas lejos, es inusitado el contrato que no la contiene, cualquiera que sea el nombre de la prestación:*

precio, porte, canon, prima, tasa, regalía” (Tratado de Las Obligaciones, pág. 148, No. 74, 2ª Edic. Tomo I, Univ. Externado de Col.). Así, toda obligación de dar o transferir o entregar una suma de dinero es una obligación dineraria. Pero, como lo dejamos ya sentado, en este caso no será procedente la acumulación de los intereses moratorios pactados en la tasa máxima legal admitida y la cláusula penal reparatoria de los daños supuestamente causados por el mismo incumplimiento, porque estaríamos frente a dos sanciones por un mismo hecho. Además, observamos que primero se pactaron los intereses moratorios, que se ajustan a la ley, y se quiso establecer una suma adicional con la cláusula penal, suma esta que llega a reforzar la misma indemnización de perjuicios o sea a gravar nuevamente lo ya establecido, y es por ello que la encontramos entonces no acumulables, porque, llegando de segunda o adición, conforme a la ley no puede subsistir con la primera que ya ha sido establecida por el mismo pacto contractual. En virtud de lo anterior, tampoco habrá lugar a tener como probada la Excepción de Nulidad a que se refiere la Primera de las Excepciones de Mérito propuestas por la parte Convocada.

CAPITULO DÉCIMO CUARTO

14.1. LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE PAGARÉS

De acuerdo con la cláusula tercera de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración el objeto de cada uno de estos (fideicomisos Nos. 10, 11 , 15 y 19) era la constitución de un patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria, el cual se destinaría hasta su total agotamiento a la compra de pagarés de propiedad de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., en las condiciones y plazos determinados previa y expresamente por el fideicomitente constituyente. En este orden de ideas FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. (FIDUVALLE S.A.) tendría a su cargo el cumplimiento de las funciones indicadas en los numerales 1, 2 y 3 de la cláusula tercera de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19).

Por otra parte, las cláusulas cuarta, quinta, sexta, séptima y octava estipularon las obligaciones del fideicomitente constituyente, el valor del patrimonio autónomo, los beneficiarios de cada uno de los fideicomisos, las obligaciones de la fiduciaria, las obligaciones de los fideicomitentes constituyente y aportante. Y en el párrafo de la cláusula séptima de cada uno de estos contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19), expresamente se acordó que las obligaciones asumidas por la fiduciaria *son de medio y no de resultado, por lo cual en desarrollo de su gestión la fiduciaria solo respondería hasta la culpa leve.*

Además, de acuerdo con la cláusula sexta de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración mediante los cuales se perfeccionaron los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, serían beneficiarios de cada fideicomiso el fideicomitente constituyente o las personas indicadas en la precitada cláusula sexta, una vez terminado y liquidado cada fideicomiso y en el momento en que los deudores efectúen los pagos periódicos para amortizar la cartera que se comprara con cargo a cada patrimonio autónomo.

Por tanto, como el objeto de cada contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, no fue otro que la constitución de un patrimonio autónomo administrado por la fiduciaria para destinarlo hasta su total agotamiento a la compra de pagarés de propiedad de UNITEL S.A. E.S.P., en las condiciones y plazos determinados previa y expresamente por el fideicomitente constituyente, los fideicomitentes constituyentes en cada uno de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, instruyeron a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., administradora de cada uno de los fideicomisos Nos. 10,

11, 15 y 19 para que perfeccionara contratos de compraventa de cartera con la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., de conformidad con las siguientes orientaciones o instrucciones:

- B. Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 10.
- C. Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 10 con sus respectivos anexos.
- D. Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 10.
- E. Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 11.
- F. Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 11 con sus respectivos anexos.
- G. Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 11.
- H. Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 15.
- I. Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 15 con sus respectivos anexos.
- J. Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 15.
- K. Instrucción contrato de compra de cartera para el fideicomiso distinguido con el número 19.
- L. Contrato de compra de pagarés para el fideicomiso distinguido con el número 19 con sus respectivos anexos.
- M. Compromiso unilateral con relación al contrato de compraventa de pagarés proveniente del fideicomiso No. 19.

Como puede observarse, son dos las especies de contratos sometidos al estudio del Tribunal: a) los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración (fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19) respecto de los cuales ya se ha hecho mención y el estudio jurídico sobre la naturaleza de cada uno de estos negocios jurídicos así como el alcance de las prestaciones específicas de las obligaciones surgidas para los contratantes que ajustaron aquellos. b) los contratos de compraventa de cartera, con inclusión de las instrucciones y sus respectivos compromisos, cuya enumeración se ha hecho en el párrafo anterior.

Corresponde dilucidar entonces al Tribunal el cumplimiento o incumplimiento, total o parcial, de las obligaciones contractuales de transferencia de los valores recaudados como resultado de la gestión de cobro de los pagarés comprendidos en la compra de cartera estipulada en la cláusula tercera de los diversos contratos de compraventa de pagarés. Al respecto, *cabe destacar el contenido de las cláusulas segunda, tercera y cuarta de los contratos de compraventa de pagarés perfeccionados entre UNITEL S.A. E.S.P., como vendedora y FIDUVALLE S.A., administradora de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19.* Como ya se dejó anotado por el Tribunal, los fideicomitentes constituyentes de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración, instruyeron a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., administradora de cada uno de los fideicomisos Nos. 10, 11, 15 y 19 para que perfeccionara contratos de compraventa de cartera con la sociedad UNITEL S.A. E.S.P., de conformidad con las orientaciones ya citadas.

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

Este precepto legal es desarrollo del artículo 1602 del Código Civil cuando dispone que “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*” lo cual refleja la coercibilidad de los contratos. El Profesor JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, en su obra “CONTRATOS MERCANTILES, Tomo I, Undécima Edición, 2004, Biblioteca Jurídica Diké, Págs. 108 a 111, observa cómo el cumplimiento de los contratos es la norma general, de lo cual concluye el autorizado autor que el cumplimiento se extinguen las obligaciones y se realiza su contenido.

En la obra citada hace énfasis ARRUBLA PAUCAR, en que los contratantes, por múltiples circunstancias desatienden sus obligaciones contractuales, ya en forma total, ora realizando un cumplimiento parcial de las mismas. Y, agrega el autorizado expositor, que en muchas ocasiones el incumplimiento contractual se produce por circunstancias fortuitas, pero en otras situaciones se genera por razones culposas o intencionales, lo que determina la subsiguiente responsabilidad. Tanto el Código Civil Colombiano como el de Comercio prevén lo relativo al incumplimiento contractual tal cual lo previene el artículo 1546 del Código Civil Colombiano, conforme al cual en todos los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero en tal caso, podrá pedirse por el otro contratante, o la resolución del contrato o su cumplimiento forzoso, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

En el caso sometido a la consideración del Tribunal, es innegable que FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. perfeccionó con UNITEL S.A. E.S.P. varios contratos de compraventa de cartera, en los cuales la primera de las citadas pagó como compradora un precio determinado y UNITEL S.A. E.S.P., como vendedora transfirió real y materialmente pagarés en las cuantías que indica la cláusula primera de cada uno de los precitados contratos de compraventa. La cláusula primera de estos contratos de compraventa determina el objeto de cada uno de los mismos. No obstante esta transferencia real y material de los pagarés por parte de UNITEL S.A. E.S.P. a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., la vendedora de los mismos adquirió la obligación de cobro de dichos pagarés y sin contraprestación alguna a su cargo por su gestión de cobro de tales pagarés, se obligó a incluir dentro de la facturación mensual ordinaria del servicio TPBC de los emisores de los pagarés objeto de venta, el cobro mensual de capital e intereses correspondientes a cada uno de estos.

Además UNITEL S.A. E.S.P. se obligó a recaudar, junto con el pago de la facturación mensual ordinaria del servicio TPBC, las cuotas ordinarias de capital e intereses que sobre los mismos se causaran durante cada periodo mensual; y efectuar mensualmente, además el noveno día calendario de cada mes o el día hábil inmediatamente posterior, la transferencia de los valores recaudados del mes calendario inmediatamente anterior (cláusula segunda de los contratos de compraventa de pagarés).

Los contratos son ley para las partes y por ello los contratantes están obligados al cumplimiento estricto y oportuno de las obligaciones que de ellos se derivan y, consecuentemente, en el evento de incumplimiento total o parcial incurrirán en las sanciones previstas en el mismo contrato, o en la ley. En los contratos de compraventa de pagarés y en las obligaciones accesorias que de ellos se derivan, consistentes en facturar y recaudar para el patrimonio autónomo, en el evento de presentarse algún incumplimiento se causará la indemnización correspondiente, la cual no es otra que el pago de los intereses moratorios, como se definió en el capítulo pertinente del presente laudo; y, como quiera que estos intereses son sancionatorios, y no compensatorios, deberá también el incumplido proceder, aunque tardíamente, al cumplimiento de la obligación principal, por haber sido solicitado además en la demanda.

El Código de Comercio prevé también las consecuencias del incumplimiento en el artículo 870 de esta obra. En efecto el artículo en cita dispone que: “*en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios*”.

El análisis de la demanda instaurada por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. contra UNITEL S.A. E.S.P. plantea el incumplimiento a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. de las obligaciones de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de estos. Este incumplimiento lo edifica la demanda en la obligación a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. de realizar la transferencia de los dineros provenientes de la gestión de cobro y recaudo de los títulos valores representados en los pagarés adquiridos por FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. de la convocada UNITEL S.A. E.S.P.

El fundamento del incumplimiento de las prestaciones a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. lo hace consistir la parte convocante en el retardo o mora por parte de UNITEL S.A. E.S.P. en la transferencia a los fondos de las sumas de dinero recaudadas de los terceros deudores y de los valores equivalentes a las deficiencias totales o parciales en los recaudos. A este respecto pueden consultarse los hechos de la demanda distinguidos con los números 3.1. a 3.16. (folios 005 a 033 del cuaderno principal). Es evidente que la resolución es propia de los contratos bilaterales y consiste, como lo anotan los doctrinantes de derecho civil y mercantil, en la desaparición retroactiva del contrato, como consecuencia del incumplimiento de alguna de las prestaciones pactadas en el mismo. No es del caso reseñar en esta oportunidad los antecedentes y fundamentos de la acción resolutoria de los contratos, ni tampoco la de cumplimiento de los mismos, por constituir estos, temas ampliamente difundidos por la doctrina nacional y foránea que se han ocupado *in extenso* de los mismos.

El atento análisis de la demanda por el Tribunal conduce a concluir que la parte convocante o actora pretende la declaración de las pretensiones 4.1., 4.2., 4.3., 4.4., 4.5. y 4.6. Y como consecuencia de la declaración o reconocimiento por el Tribunal de estas súplicas o peticiones declarativas de la demanda, solicita que se declare asimismo el incumplimiento de UNITEL S.A. E.S.P. a partir del 9 de octubre de 1999, o de la fecha que resultare probada en el proceso con relación al fideicomiso No. 10. Y, así sucesivamente, con relación a los fideicomisos números 11, 15 y 19 folios 036 a 040 del cuaderno principal.

La demanda postula también en las súplicas 4.11., 4.12., 4.13., y 4.14. la declaración de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de las prestaciones surgidas a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. y a favor de FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. (folios 041, 042 del cuaderno principal). Y, como consecuencia obligada de lo anterior, la demanda pide en los números 4.15. y 4.16. el cumplimiento de las obligaciones a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. a las cuales hacen referencia estas peticiones de la demanda. Finalmente observa el Tribunal, que en los números 4.17., 4.18., 4.19, 4.20, 4.21., 4.22, 4.23 y 4.24. la demanda pide la condena de la convocada al pago de la indemnización de perjuicios moratorios por la inejecución o no cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la convocada UNITEL S.A. E.S.P.

De todo cuanto se ha dicho surge el interrogante para el Tribunal consistente en saber si la sociedad convocada UNITEL S.A. E.S.P. incurrió en mora, o, si por el contrario la no ejecución en el cumplimiento de las prestaciones propias de las obligaciones a su cargo, exigían la reconvención por la acreedora y parte convocante en este proceso FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. La respuesta es positiva. La sociedad convocada UNITEL S.A. E.S.P. está en mora en el cumplimiento de las prestaciones contraídas en los contratos de pagarés surgidos de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, por no haber satisfecho o cumplido

tales prestaciones en los plazos o términos indicados en el numeral 3 de la cláusula segunda de cada uno de estos contratos. Es aplicable en el presente caso el artículo 1608 del Código Civil, en cuyo numeral 1 se establece que *el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*

La Corte Suprema de Justicia ha definido con toda claridad el concepto de mora y la diferencia o diferencias con el incumplimiento contractual. Basta recordar la sentencia de casación del 15 de marzo de 1983 proferida por la Sala de Casación Civil de dicha corporación, la cual en lo pertinente sostiene lo que a continuación se transcribe: *“De vieja data tanto la doctrina como la jurisprudencia han definido con precisión el concepto de mora. Ésta, además de constituir una dilación al deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que sea imputable a éste y que el acreedor haya efectuado la correspondiente reconvencción o requerimiento, es decir, que haya intimado al sujeto pasivo de la obligación para que cumpla el comportamiento esperado de él.*

Debe distinguirse el retardo de la mora. El primero acontece cuando el deudor no cumple una vez producida la exigibilidad de la obligación. El segundo, en cambio, tiene lugar si además el acreedor, a través de los medios idóneos, reconviene al deudor cuando no hay plazo para pagar”.

Fluye para el Tribunal de todo cuanto se ha expuesto la forzosa conclusión de estar estructurado en el caso materia de estudio el incumplimiento de las obligaciones asumidas por UNITEL S.A. E.S.P. en los contratos de compraventa de pagarés que brevemente se ha considerado en la parte expositiva de este laudo. Para el Tribunal es inequívoca en el presente caso la aplicación de los artículos 1546 y 1602 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, por lo cual declarará la responsabilidad civil de la sociedad convocada por la inejecución de las obligaciones adquiridas por UNITEL S.A. E.S.P. en los contratos de compraventa de pagarés, y como obligada consecuencia la declaración de incumplimiento de tales obligaciones y el cumplimiento solicitado de la obligación principal más el pago de los intereses moratorios pactado en el parágrafo de la cláusula segunda de los contratos de compraventa de pagarés.

CAPITULO DÉCIMO QUINTO

15.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Corresponde al Tribunal en este momento entrar a analizar las pretensiones de la demanda a fin de hacer las declaraciones que considere pertinentes.

Para un mayor avance en el análisis el Tribunal agrupará las distintas pretensiones atendiendo a la naturaleza, al objetivo y alcance de cada pretensión para definir las en conjunto en la medida en que ello sea posible.

Las tres primeras pretensiones de la demanda son del siguiente tenor literal:

1) Que se declare que entre la señora MARÍA EUGENIA GUTIÉRREZ VILLEGAS como FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P. como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. existió un CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificado como el FIDEICOMISO Número DIEZ (10) cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado

FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por la FIDEICOMITENTE APORTANTE de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

2) Que se declare que entre la señora LÍA VILLEGAS DE GUTIÉRREZ como FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P. como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. existió un CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificado como el FIDEICOMISO Número ONCE (11) cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por la FIDEICOMITENTE APORTANTE de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

3) Que se declare que entre la señora LUCIA GUTIÉRREZ VILLEGAS y JAIME PRESS EISENSTEIN como parte FIDEICOMITENTE CONSTITUYENTE, UNITEL S.A. E.S.P como FIDEICOMITENTE APORTANTE y la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. existieron dos (2) CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS Números QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora del citado FIDEICOMISO, la compra con el dinero aportado por los FIDEICOMITENTES APORTANTES de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P para su posterior recompra por parte de esta última.

El Tribunal encuentra, que de conformidad con los documentos que fueron aportados al proceso, es decir, con los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración y demás documentos que implementan el negocio jurídico, con las declaraciones de las partes (Convocante y Convocada) que en ningún momento negaron la existencia de los contratos y con el experticio pericial de julio 02 de 2004, lo mismo que con la contestación de la demanda donde de manera clara y expresa se acepta la celebración del contrato, está plenamente probada y demostrada la existencia de los contratos de Fiducia Mercantil irrevocable de Administración distinguidos con los números diez (10), once (11), quince (15) y diecinueve (19), y también encuentra que la finalidad era tal, como había quedado indicado en varios apartes de este laudo, la constitución de un patrimonio autónomo que se destinaría hasta su total agotamiento a la compraventa de pagarés de la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. y por lo tanto el Tribunal ha de declarar probadas estas tres pretensiones de la demanda.

El contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 10 fue firmado el 09 de marzo de 1999, el No. 11 el 11 de marzo de 1999, el No. 15 el 23 de abril de 1999 y el No. 19 el 26 de julio de 1999 (folios 063 a 119 del cuaderno principal). El Perito también indica como días de corte para cada uno de los fideicomisos los días 9, 11, 23 y 26 respectivamente. Por lo anterior, el Tribunal declarará en la parte resolutive de este laudo la existencia de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración respecto de los cuales las excepciones propuestas por el apoderado de la convocada Unitel S.A. E.S.P. no los desvirtúa en manera alguna.

En cuanto a la pretensión cuarta, su texto es el siguiente:

4) Que se declare que entre la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P fueron celebrados varios contratos de COMPRAVENTA DE PAGARÉS en ejecución de la finalidad perseguida en los CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS NÚMEROS SIETE (7), OCHO (8), NUEVE (9) Y CATORCE (14) (SIC) en los que UNITEL S.A. E.S.P, se obligó

a efectuar la labor de recaudo de los pagos provenientes de los terceros deudores y transferirlas a cada uno de los fondos de conformidad con el plan de pagos, contratos que posteriormente fueron adicionados por UNITEL S.A. E.S.P. con los documentos denominados COMPROMISO UNILATERAL MODIFICATORIO DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE PAGARÉS con lo que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó en el caso de deficiencias en las sumas de dinero recaudadas y que debían ser transferidas a los fondos, a pagar las sumas de dinero faltantes con sus propios recursos.

El Tribunal encuentra plenamente probada la celebración de los contratos de compra venta de pagarés en ejecución de la finalidad perseguida en los contratos de fiducia mercantil irrevocable distinguidos con los números diez, once, quince y diecinueve, y no los contratos correspondientes a la administración de la fiducia distinguidos con los **números siete, ocho, nueve y catorce** (SIC), como erróneamente aparecen citados. Entiende el Tribunal que se trata de un error de transcripción en la numeración, toda vez que los contratos de compraventa de pagarés fueron celebrados y UNITEL S.A. E.S.P. se obligó en ellos a efectuar la labor de recaudo de los pagos provenientes de los terceros deudores y transferirlas a cada uno de los fondos de conformidad con el plan de pago y los cuales posteriormente fueron adicionados por UNITEL S.A. E.S.P. con los documentos denominados compromiso unilateral modificatorio.

Estos contratos, aparecen firmados cada uno de ellos en la misma fecha en que fue celebrado el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y en la cláusula segunda se establecieron cuales eran, entre otras, las obligaciones de la vendedora, quien se encargaría de la gestión de cobro de los pagarés, mediante la inclusión de la facturación mensual ordinaria del servicio de los emisores de los pagarés objeto de la venta, recaudando para su posterior transferencia los valores a cada uno de los fondos constituidos.

El 9 de marzo de 1999 el Gerente General de UNITEL S.A. E.S.P. firma un compromiso unilateral en relación con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 10; el 11 de marzo de 1999 se firma el compromiso unilateral por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P. en relación con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 11; el 23 de abril de 1999 se firma el compromiso unilateral por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P. en relación con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 15 y el 26 de julio de 1999 se firma el compromiso unilateral por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P. en relación con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración No. 19. En estos cuatro compromisos unilaterales se estableció en la cláusula primera que si llegaren a existir deficiencias en el recaudo de las sumas adeudadas por los terceros suscriptores, derivadas del incumplimiento en el pago de las mensualidades, la sociedad UNITEL S.A. E.S.P. se comprometía para con FIDUVALLE S.A. a entregar el valor de las cuotas en mora en dinero efectivo, este pago se haría conjuntamente con los demás valores recaudados oportunamente.

Por lo tanto, el Tribunal declarará y reconocerá la existencia de los contratos de compraventa de pagarés números 10, 11, 15 y 19, en los que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó a efectuar la labor de recaudo de los pagos provenientes de los terceros deudores y transferirlas a cada uno de los fondos de conformidad con el plan de pagos, igualmente declarará que estos contratos de compraventa de pagarés, fueron adicionados con los documentos antes mencionados denominados compromisos unilaterales, en los que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó a responder por las deficiencias que pudieren existir en el recaudo de las sumas a cargo de los terceros para transferirlas a los fondos, responsabilidad esta que debía asumir con sus propios recursos.

El Tribunal resolverá la pretensión en la forma que ha quedado indicada toda vez que en desarrollo de la facultad de interpretación de la demanda que tiene como Juzgador no puede dejar de ejercerla y que, pecaría por exceso, si encontrando probados los hechos de los cuales nace la condena se abstuviera de ordenarla cuando es claro que lo que ha ocurrido en esta pretensión es un simple error mecanográfico.

En relación con la petición quinta cuyo texto es el siguiente:

5) Que de conformidad a los COMPROMISOS UNILATERALES modificatorios de los CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE PAGARÉS celebrados para cumplir con la finalidad perseguida con la celebración de los CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN identificados como los FIDEICOMISOS DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19), se declare que UNITEL S.A. E.S.P. estaba en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) la totalidad de las siguientes sumas de dinero:

(5.1) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10): \$403.585.653.

(5.2) FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11): \$588.255.920.

(5.3) FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15): \$128.370.591

(5.1) (SIC) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19): \$128.436.403.

El tribunal encuentra procedente el resolver favorablemente esta petición y así lo hará en la parte resolutive, ya que no existe duda alguna acerca de la obligación que tenía UNITEL S.A. E.S.P., de transferir a los fondos constituidos en la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. las sumas de dinero a que hace referencia la pretensión aludida, sumas estas que aparecen probadas en los anexos a los contratos de compraventa de pagarés (folio 73, 87, 100 y 116), y las cuales fueron verificadas por el perito Carlos Alfredo Chavarriaga Ceballos en su dictamen rendido el 2 de julio de 2004 (encontrando para el fideicomiso No. 10 un valor de \$404.585.650; para el fideicomiso No. 11 un valor de \$588'256.865; para el fideicomiso No. 15 un valor de \$128.370.602; para el fideicomiso No. 19 un valor de \$128'436.403). El dictamen de este perito lo encuentra el Tribunal claro, explícito y debidamente fundamentado, en sus consideraciones y conclusiones, a fuer de no haber sido objetado por ninguna de las partes, razón por la cual lo considera plena prueba (artículo 187 C.P.C.), de conformidad con las reglas de la sana crítica y porque satisface además este medio probatorio los requisitos a que se refiere el numeral 6 del artículo 237 y el 241 del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal encuentra probada la obligación de UNITEL S.A. E.S.P. de transferir a los fondos números 10, 11, 15 y 19 dispuestos por la Fiduciaria del Valle S.A. la totalidad de las sumas indicadas en los flujos de fondos anexos a los contratos de compraventa de pagarés en las siguientes cantidades \$403.585.653 para el contrato No. 10, la suma de \$588.255.920 para el contrato No. 11, la suma de \$128.370.591 para el contrato No. 15 y la suma de \$128.436.403 para el contrato No. 19, para lograr la finalidad perseguida con la celebración de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración.

Por la razón anterior, este Tribunal acogerá favorablemente esta súplica de la demanda.

En relación con la petición sexta cuyo texto es el siguiente:

6) Con base en los documentos y las demás pruebas que se recauden durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P estaba en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y deficiencias en los recaudos tal como fue contemplado en los compromisos UNILATERALES suscritos por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P en los plazos y cantidades establecidos en el flujo proyectado de pagos, el Tribunal, con base en las consideraciones realizadas al hacer el análisis de las pretensiones anteriores, y por lo expresado en los mismos documentos que dieron origen a la relación contractual, en especial los contratos de compraventa de pagarés y los compromisos unilaterales, encuentra debidamente probada la obligación contractual a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. de transferir los fondos que recaudaba provenientes de la cartera que había sido objeto de la compraventa y adicionalmente de complementar las deficiencias en los recaudos, todo esto dentro de los plazos y cantidades establecidas en los flujos proyectados de pago, los cuales hacían parte de cada uno de los contratos de compraventa de pagarés. Por lo tanto, el Tribunal despachará favorablemente esta pretensión.

En relación con la petición séptima cuyo texto es el siguiente:

7) Que como consecuencia de lo anterior, se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 9 de Octubre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$85.847.932 pesos, o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral. (La tabla a que hace alusión esta pretensión se encuentra al folio 036 de la demanda), el Tribunal encuentra en el informe del perito, tantas veces mencionado, que UNITEL S.A. E.S.P incumplió en relación con el fideicomiso No. 10, a partir del 9 de octubre de 1999, con la obligación de transferir oportunamente los montos de capital e intereses pactados. En el mismo dictamen se determina que a julio 9 de 2004, el monto de intereses y de capital adeudado, ascendía a la suma de \$86'847.659, dictamen éste que no fue objeto de aclaración, ni adición por ninguna de las partes.

El Tribunal, al decidir esta pretensión le asigna el mérito de plena prueba al dictamen pericial, por encontrarlo convincente y eficaz, y, en consecuencia, se sujetará al mismo para decidir favorablemente esta pretensión.

En relación con la petición octava cuyo texto es el siguiente:

8) Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 9 de octubre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$32.977.366 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral (La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 037 y 038 de la demanda), el Tribunal encuentra en el informe del perito tantas veces mencionado que UNITEL S.A. E.S.P incumplió en relación con el fideicomiso No. 11, a partir del 11 de julio de 1999 con la obligación de transferir oportunamente los

montos de capital e intereses pactados. En el mismo dictamen se determina que a julio 11 de 2004 el monto de intereses y de capital adeudado ascendía a la suma de \$184'849.328, dictamen éste que no fue objeto de aclaración ni adición por ninguna de las partes.

El Tribunal, al decidir esta pretensión le asigna el mérito de plena prueba al dictamen pericial, por encontrarlo convincente y eficaz, y, en consecuencia, se sujetará al mismo para decidir favorablemente esta pretensión.

En relación con la petición novena cuyo texto es el siguiente:

9) Como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 23 de Julio de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$30.587.289 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral (La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 039 y 040 de la demanda), el Tribunal encuentra del informe del perito tantas veces mencionado que UNITEL S.A. E.S.P incumplió en relación con el fideicomiso No. 15 a partir del 23 de julio de 1999 con la obligación de transferir oportunamente los montos de capital e intereses pactados. En el mismo dictamen se determina que a julio 23 de 2004 el monto de intereses y de capital adeudado ascendía a la suma de \$30'584.026, dictamen éste que no fue objeto de aclaración ni adición por ninguna de las partes.

El Tribunal, al decidir esta pretensión le asigna el mérito de plena prueba al dictamen pericial, por encontrarlo convincente y eficaz, y, en consecuencia, se sujetará al mismo para decidir favorablemente esta pretensión.

En relación con la pretensión décima cuyo texto es el siguiente:

10) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y con base en los documentos y demás pruebas recaudadas durante el trámite arbitral se declare que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del día 26 de Noviembre de 1999 o la fecha que resulte probada dentro del trámite arbitral con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ Y NUEVE (19) las sumas de dinero descritas en la siguiente tabla y que se encuentran identificadas con el número cero (0) en las columnas correspondientes a intereses y capital para un total de saldo adeudado a la fecha de \$43.803.297 pesos o la suma que resulte probada dentro del trámite arbitral. (La tabla a que hace alusión la pretensión se encuentra a folios 040 y 041 de la demanda), el Tribunal encuentra del informe del perito tantas veces mencionado que UNITEL S.A. E.S.P incumplió en relación con el fideicomiso No. 19 a partir del 26 de noviembre de 1999 con la obligación de transferir oportunamente los montos de capital e intereses pactados. En el mismo dictamen se determina que a julio 26 de 2004 el monto de intereses y de capital adeudado ascendía a la suma de \$43'803.298, dictamen éste que no fue objeto de aclaración ni adición por ninguna de las partes.

El Tribunal, al decidir esta pretensión le asigna el mérito de plena prueba al dictamen pericial, por encontrarlo convincente y eficaz, y, en consecuencia, se sujetará al mismo para decidir favorablemente esta pretensión.

En relación con las pretensiones once, doce, trece y catorce cuyos textos es el siguiente:

11) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) de transferir una cantidad total de \$85.847.932 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al fideicomiso número DIEZ (10).

12) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) de transferir una cantidad total de \$184.849.120 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al fideicomiso número ONCE (11).

13) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) de transferir una cantidad total de \$30.857.289 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al fideicomiso número QUINCE (15).

14) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare a UNITEL S.A. E.S.P. civil y contractualmente responsable por el incumplimiento de la obligación adquirida para con FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera del FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) de transferir una cantidad total de \$43.803.297 o la cantidad que resulte probada dentro del trámite arbitral, correspondiente a las sumas de dinero dejadas de transferir al fondo correspondiente al fideicomiso número DIEZ y NUEVE (19), el Tribunal observa tal como ya se expresó al analizar las pretensiones 7, 8, 9 y 10 quedó claro que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió con la obligación contractual de transferir los fondos correspondientes a capital e intereses de plazo de cada patrimonio autónomo, en las cantidades que fueron señaladas por el perito en su dictamen pericial cuando indicó que el valor total dejado de transferir por parte de UNITEL S.A. E.S.P. al fondo correspondiente a los fideicomisos 10, 11, 15 y 19 ascendió a la suma de \$346.084.221, discriminado así: el fideicomiso No. 10 \$86.847.569, el fideicomiso No. 11 \$184.849.328, el fideicomiso No. 15 \$30.584.026 y el fideicomiso No. 19 \$43.803.298, por lo cual así habrá de declararlo el Tribunal en la parte resolutive de este laudo.

En relación con las pretensiones quince y dieciséis, cuyo texto es el siguiente:

15) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene a UNITEL S.A. E.S.P. cumplir con la obligación a su cargo de transferir las sumas de dinero provenientes de los recaudos y los faltantes correspondientes a las deficiencias en los recaudos a los fondos constituidos por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los FIDEICOMISOS NÚMEROS DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19).

16) Como consecuencia de la declaración anterior se condene a UNITEL S.A. E.S.P. a pagar las siguientes sumas de dinero:

16.1) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) la suma de \$85.847.932 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

16.2) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) la suma de \$184.849.120 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

16.3) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) la suma de \$30.857.289 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral.

16.4) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) la suma de \$ 43.803.297 o la que resulte probada dentro del proceso arbitral, el Tribunal observa: Que en razón del incumplimiento que ha encontrado probado en el proceso, ordenará a UNITEL S.A. E.S.P. el cumplimiento de las obligaciones de transferir y pagar las sumas de dinero determinadas en el dictamen pericial correspondientes a los recaudos y los faltantes de los Fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, sumas estas que aparecen indicadas al referirse a las pretensiones 11, 12, 13 y 14.

En relación con las pretensiones diecisiete, dieciocho, diecinueve y veinte, cuyo texto es el siguiente:

17) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$689.000.000 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

18) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$1.555.112.795 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

19) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$297.916.013 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

20) Con base en lo estipulado en la cláusula tercera (3) del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL y como consecuencia del incumplimiento por parte de

UNITEL S.A. E.S.P de su obligación de transferir las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y a las deficiencias de los recaudos al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19), esta sociedad sea condenada a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los citados fideicomisos a título de indemnización de perjuicios la suma de \$349.370.065 pesos colombianos o la que resulte probada dentro del proceso arbitral y que corresponde a la cláusula penal aceptada por UNITEL S.A. E.S.P como tasación anticipada de los perjuicios causados por dicho incumplimiento.

El Tribunal, al analizar el tema referente al estudio de la cláusula penal, concluyó que, en razón a que no solamente fue pactada como indemnización anticipada de perjuicios, sino que además así fue invocada su aplicación por la convocante, no es viable su acumulación con los intereses moratorios a que hace referencia la cláusula segunda del contrato de compraventa de pagarés, los que a su vez tienen el carácter de sanción por incumplimiento en el pago oportuno, no pudiendo el Tribunal jurídicamente acceder a aplicar dos sanciones por un mismo hecho.

Por las razones anteriores, el Tribunal no accederá a declarar favorablemente las pretensiones señaladas en los numerales 17 a 20, y así lo determinará en la parte resolutive de este laudo.

En relación con las pretensiones veintiuno, veintidós, veintitrés y veinticuatro, cuyo texto es el siguiente:

21) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) a partir del día NUEVE (9) de OCTUBRE de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

22) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) a partir del día ONCE (11) de JUNIO de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

23) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) a partir del día VEINTE y TRES (23) de JULIO de 1999 o la que resulte probada dentro del proceso, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo.

24) Con base en el PARÁGRAFO PRIMERO (1) de la CLÁUSULA PRIMERA del documento denominado COMPROMISO UNILATERAL se condene a UNITEL S.A.

E.S.P a pagar a la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses por mora la suma que resulte probada calculados sobre cada una de las sumas de dinero en mora de ser transferidas al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) a partir del día VEINTE y SEIS (26) de NOVIEMBRE de 1999, fecha en la que inició la mora, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en el recaudo, el Tribunal, por las razones que ha expuesto, en especial en el capítulo denominado estudio de la cláusula penal, y habiendo encontrado probado el incumplimiento por parte de UNITEL S.A. E.S.P. en el traslado de los valores recaudados y/o las diferencias resultantantes con las cuotas convenidas en los planes de pago, y que debían nutrir los fondos constituidos en virtud de los fideicomisos, y apoyándose en el dictamen pericial, accederá en consecuencia a despachar favorablemente las peticiones contenidas en los numerales 21 a 24 de la demanda.

Para tal efecto el valor correspondiente a los intereses moratorios se liquida hasta la fecha de este laudo, de acuerdo con lo que quedó estipulado en la cláusula segunda del contrato de compraventa de pagarés, cálculo en el cual se ha tenido en cuenta la tasa máxima permitida por la Superintendencia Bancaria, obteniendo el siguiente resultado: Para el fideicomiso No. 10 un interés moratorio de \$113.137.722; para el fideicomiso No. 11 \$246.784.313 ; para el fideicomiso No. 15 \$43.546.374; ; para el fideicomiso No. 19 \$56.424.354.

Es de agregar, que a los valores anteriormente indicados debe el Tribunal descontar las cantidades de los intereses que aparecen como pagados por este concepto según la revisión contable hecha a los libros y papeles de la convocante y la convocada, por el perito y que son para el fideicomiso No. 10 la suma de \$29.976.950; para el fideicomiso No. 11 \$49.163.785; para el fideicomiso No. 15 la suma de \$13.429.635 y para el fideicomiso No. 19 la suma de \$12.854.178.

En consecuencia el Tribunal condenará a UNITEL S.A. E.S.P., a pagar a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. por concepto de intereses de mora, las siguientes sumas de dinero: Por el fideicomiso No. 10 la cantidad de \$83.760.772, por el fideicomiso No. 11 \$197.620.528, por el fideicomiso No. 15 \$30.116.139 y por el fideicomiso No. 19 la cantidad de \$43.570.176, estas sumas de dinero se ajustarán a la fecha más próxima a aquella en que se dicte este laudo.

En relación con la pretensión veinticinco, cuyo texto es el siguiente

25) Que se condene a UNITEL S.A. E.S.P a pagar a mi representada FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., el costo causado por este Tribunal de Arbitramento y las Agencias en Derecho correspondientes.

Resueltas las peticiones de las solicitudes indicadas en los escritos de las partes, corresponde resolver lo referente a la liquidación de costas y agencias en derecho.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil señala en su numeral 2, que: *“La condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”* y en su numeral 6, lo siguiente: *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial expresando los fundamentos de su decisión”*.

De conformidad con lo expresado, el Tribunal considera que por no haber prosperado en toda su integridad las peticiones formuladas por cada una de las partes, no habrá lugar a condena en costas y agencias en derecho, asumiendo cada parte sus costas, de conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria y para lo cual se deja constancia que las partes, en la oportunidad procesal correspondiente, aportaron las cantidades necesarias para atender los honorarios del Tribunal y los gastos del mismo.

Corresponde ahora al Tribunal entrar a analizar las excepciones propuestas por la parte convocada.

15.2. EXCEPCIONES

PRIMERA EXCEPCIÓN

La convocada en esta excepción solicita se declare la nulidad absoluta de algunos apartes de la cláusula penal contenidas en el párrafo primero de la cláusula primera de los llamados compromisos unilaterales presentados en la demanda e igualmente que el Tribunal declare la nulidad de la cláusula sexta de los contratos de compraventa de pagarés y la cláusula tercera de los compromisos unilaterales.

La convocada en esta excepción solicita se declare la nulidad absoluta de algunos apartes de la cláusula penal contenidas en el párrafo primero de la cláusula primera de los llamados compromisos unilaterales presentados en la demanda e igualmente que el Tribunal declare la nulidad de la cláusula sexta de los contratos de compraventa de pagarés y la cláusula tercera de los compromisos unilaterales.

Como fundamento de la solicitud de nulidad presenta los razonamientos ya transcritos en el cuerpo de este Laudo (Págs. 12 y 13).

La ley permite entonces la coexistencia de intereses moratorios y cláusula penal en la medida en que su aplicación conjunta no supere el interés moratorio máximo establecido en la ley. De tal manera que no puede generar nulidad del pacto contractual el señalar el cobro de un interés moratorio y de una cláusula penal. Tal como se manifestó al hacer el análisis en detalle de la cláusula penal y los intereses moratorios el Tribunal declarará no probada esta excepción por cuanto no son acumulables los intereses moratorios y la cláusula penal reparatoria de daños causados por el mismo incumplimiento, porque se estaría frente a dos sanciones por un mismo hecho. Efectivamente la cláusula penal fue pactada en los diferentes contratos de que trata este arbitramento como indemnización anticipada de perjuicios y no como cláusula penal de apremio.

SEGUNDA EXCEPCIÓN

El convocado fundamenta su excepción en la forma transcrita en la página 14 de este laudo.

El Tribunal encuentra que al proponer esta segunda excepción la entidad Convocante está aceptando, una vez más, que adeuda a la entidad convocada unas sumas de dinero por concepto de capital, intereses corrientes e intereses de mora en virtud de los incumplimientos generados al no efectuar en las fechas previstas los traslados de las sumas de dinero recaudadas de conformidad con lo establecido en los contratos para nutrir los fondos y así lo ha encontrado fundamentado el Tribunal a lo largo de toda la etapa probatoria del proceso.

El excepcionante tiene razón al indicar que existe distorsión en las cifras que presenta la convocada en su escrito y por lo tanto declarará y reconocerá como deudas a cargo de UNITEL S.A. E.S.P. las sumas que por concepto de capital, intereses corrientes e intereses moratorios determina el perito en su dictamen por encontrarlo convincente y eficaz, asignándole el mérito de plena prueba, actualizando la cifra a la fecha más próxima al laudo, como se hará al resolver sobre las pretensiones atinentes a estos rubros y así resultará improcedente esta excepción

TERCERA EXCEPCIÓN

El convocado fundamenta su excepción con los argumentos transcritos en la página 14 de este laudo.

El Tribunal no encuentra probada esta tercera excepción en razón a los argumentos que aparecen indicados en las consideraciones de este laudo bajo el título competencia del Tribunal y por lo tanto nos remitimos a lo allí expresado, para declararlo así en la parte resolutive.

El Tribunal, teniendo en cuenta todo lo anteriormente analizado en materia de derecho sustantivo, procesal y probatorio, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la tercera de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda principal toda vez que el Tribunal considera ser competente para conocer de la controversia surgida entre FIDUVALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P., en virtud de los contratos que dieron origen a su convocatoria.
2. Declarar no probada la primera de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.
3. No hay lugar a declarar probada la segunda de las excepciones invocadas por la parte convocada, por las consideraciones anotadas en la parte motiva de este laudo.
4. Negar la declaración a la cual se refiere el número 4.17 de la demanda por concepto de indemnización de perjuicios, y que corresponde a la clausula penal pactada por las partes.
5. Negar la declaración a la cual se refiere el número 4.18 de la demanda por concepto de indemnización de perjuicios, y que corresponde a la clausula penal pactada por las partes.
6. Negar la declaración a la cual se refiere el número 4.19 de la demanda por concepto de indemnización de perjuicios, y que corresponde a la clausula penal pactada por las partes.
7. Negar la declaración a la cual se refiere el número 4.20 de la demanda por concepto de indemnización de perjuicios, y que corresponde a la clausula penal pactada por las partes.

8. Declarar que entre la señora MARIA EUGENIA GUTIÉRREZ DE VILLEGAS como fideicomitente constituyente, UNITEL S.A. E.S.P. como fideicomitente aportante y FIDUVALLE S.A. existió un contrato de fiducia irrevocable de administración identificado como fideicomiso No. 10 cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE en su condición de administradora del citado fideicomiso, la compra con el dinero aportado por la fideicomitente aportante de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P. para su posterior recompra por parte de esta última, a la cual se refiere el número 4.1. de las pretensiones de la demanda.
9. Declarar que entre la señora LÍA VILLEGAS DE GUTIÉRREZ como fideicomitente constituyente, UNITEL S.A. E.S.P. como fideicomitente aportante y FIDUVALLE S.A. existió un contrato de fiducia irrevocable de administración identificado como fideicomiso No. 11 cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE en su condición de administradora del citado fideicomiso, la compra con el dinero aportado por la fideicomitente aportante de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P. para su posterior recompra por parte de esta última, a la cual se refiere el número 4.2. de las pretensiones de la demanda.
10. Declarar que entre la señora LUCIA GUTIÉRREZ VILLEGAS y JAIME PRESS EISENSTEIN como fideicomitentes constituyentes, UNITEL S.A. E.S.P. como fideicomitente aportante y FIDUVALLE S.A. existió un contrato de fiducia irrevocable de administración identificados como fideicomisos Nos. 15 y 19 cuya finalidad era desarrollar a través de la FIDUCIARIA DEL VALLE en su condición de administradora del citado fideicomiso, la compra con el dinero aportado por la fideicomitente aportante de pagarés a UNITEL S.A. E.S.P. para su posterior recompra por parte de esta última, a la cual se refiere el número 4.3. de las pretensiones de la demanda.
11. Declarar que entre FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. y UNITEL S.A. E.S.P. fueron celebrados varios contratos de compraventa de pagarés en ejecución de la finalidad perseguida de los contratos de fiducia mercantil irrevocable de administración distinguidos con los números 10, 11, 15 y 19, en los que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó a efectuar la labor de recaudo de los pagos provenientes de terceros deudores y transferirlos a cada uno de los fondos de conformidad con el plan de pagos. Contratos que posteriormente fueron adicionados por UNITEL S.A. E.S.P. por los documentos denominados compromiso unilateral modificatorio de los contratos de compraventa de pagarés con los que UNITEL S.A. E.S.P. se obligó en el caso de deficiencias en las sumas de dinero recaudadas y que debían ser transferidas a los fondos a pagar las sumas de dinero faltantes con sus propios recursos, a la cual se refiere el número 4.4. de las pretensiones de la demanda.
12. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. está en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) la totalidad de las siguientes sumas de dinero:
 - (5.1) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10): \$404.585.650.
 - (5.2) FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11): \$588.256.865.
 - (5.3) FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15): \$128.370.602.

(5.1) (SIC) FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19): \$128.436.403..

13. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P está en la obligación contractual de transferir a los fondos dispuestos para ello por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora de los FIDEICOMISOS identificados con los números DIEZ (10), ONCE (11), QUINCE (15) y DIEZ y NUEVE (19) las sumas de dinero correspondientes a los recaudos y deficiencias en los recaudos tal como fue contemplado en los compromisos UNILATERALES suscritos por el representante legal de UNITEL S.A. E.S.P en los plazos y cantidades establecidos en el flujo proyectado de pagos, a la cual se refiere el número 4.6. de las pretensiones de la demanda.
14. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del 9 de octubre de 1999, con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del fideicomiso No. 10, por concepto de capital e intereses de plazo la suma de \$86.847.659 , a la cual se refiere el número 4.7. de las pretensiones de la demanda.
15. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del 11 de julio de 1999, con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del fideicomiso No. 11, por concepto de capital e intereses de plazo la suma de \$184.849.328, a la cual se refiere el número 4.8. de las pretensiones de la demanda.
16. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del 23 de julio de 1999, con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del fideicomiso No. 15, por concepto de capital e intereses de plazo la suma de \$30.587.289, a la cual se refiere el número 4.9. de las pretensiones de la demanda.
17. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. incumplió a partir del 26 de noviembre de 1999, con la obligación contractual de transferir al fondo constituido por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora del fideicomiso No. 19, por concepto de capital e intereses de plazo la suma de \$43.803.297, a la cual se refiere el número 4.10. de las pretensiones de la demanda.
18. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. es responsable civil y contractualmente por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas para con la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. como administradora y vocera de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19 de transferir las cantidades de dinero que para cada uno de ellos aparecen señaladas en los numerales 4.11., 4.12., 4.13. y 4.14. de las pretensiones de la demanda.
19. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. debe cumplir con la obligación a su cargo de transferir las sumas de dinero provenientes de los recaudos y los faltantes correspondientes a las deficiencias en los recaudos a los fondos constituidos por la FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de vocera y administradora de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, a la cual se refiere el número 4.15. de las pretensiones de la demanda.
20. Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a UNITEL S.A. E.S.P. a pagar en favor de la FIDUCIARIA DE VALLE S.A. como vocera y administradora de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, las siguientes sumas de dinero, en

razón de los saldos pendientes de transferir a los fondos de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19, por concepto de capital e intereses, a la cual se refiere el número 4.16. de las pretensiones de la demanda, así:

4.16.1) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ (10) la suma de \$86.847.659.

4.16.2) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO ONCE (11) la suma de de \$184.849.328.

4.16.3) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO QUINCE (15) la suma \$30.584.026.

4.16.4) Por concepto del saldo de dinero pendiente de transferir al fondo correspondiente al FIDEICOMISO NÚMERO DIEZ y NUEVE (19) la suma de \$43.803.298.

21. Con base en lo anterior, condenar a UNITEL S.A. E.S.P. a pagar a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A., por concepto de intereses de mora liquidados hasta el día 21 de octubre de 2004, las siguientes sumas de dinero:

Por el fideicomiso No. 10 la cantidad de \$120.676.091;

Por el fideicomiso No. 11 la cantidad de \$265.601.975;

Por el fideicomiso No. 15 la cantidad de \$46.054.264;

Por el fideicomiso No. 19 la cantidad de \$60.112.192.

Los intereses de mora aquí indicados se reajustaran por UNITEL S.A. E.S.P. hasta la fecha en que haga efectivo el pago de la totalidad de las sumas de dinero correspondientes a las transferencias y/o deficiencias en los recaudos, liquidadas a la tasa más alta permitida por la ley antes de usura y certificada por la Superintendencia Bancaria, a la cual se refieren los numerales 4.21., 4.22., 4.23. y 4.24. de las pretensiones de la demanda.

22. Declarar que UNITEL S.A. E.S.P. pagará a FIDUCIARIA DEL VALLE S.A. en su condición de administradora y vocera de los fideicomisos números 10, 11, 15 y 19 las cantidades de las condenas anteriores con un plazo de treinta (30) días comunes contados a partir de la ejecutoria del presente laudo.

23. Declarar que no hay lugar a condena en costas por no haber prosperado la totalidad de las pretensiones principales de la demanda (artículo 392 numeral 5° C.P.C.)

24. Por Secretaría, expídanse copias del presente laudo con destino a las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. En la copia para la parte convocante se hará constar la ejecutoria del laudo y el mérito ejecutivo que presta dicha copia.

25. Ordénase la protocolización del expediente en una de las Notarías de la ciudad.

El presente laudo se notifica en la audiencia de hoy 22 de octubre de 2004.

JOSÉ RICARDO CAICEDO PEÑA
Arbitro Presidente

ROBERTO CRUZ CAICEDO
Arbitro

HUGO JARAMILLO GUTIÉRREZ
Arbitro

SIMÓN PAYAN MORENO
Secretario