

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PROCESO ARBITRAL

INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA.

CONTRA

INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA

2015 A 018

AUDIENCIA EMISION DE LAUDO ARBITRAL

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016)

En la fecha, en la sede de funcionamiento, a las diez de la mañana (10:00 a.m.), se reunió el Tribunal de Arbitramento, a efecto de pronunciar el laudo arbitral con el cual culminarán las diligencias procesales que pondrán fin a las diferencias existentes entre las partes en litigio.

A la audiencia concurren los señores apoderados procesales de las partes.

El Secretario del Tribunal procedió a dar lectura a la parte resolutive del laudo, el cual quedó notificado en la audiencia.

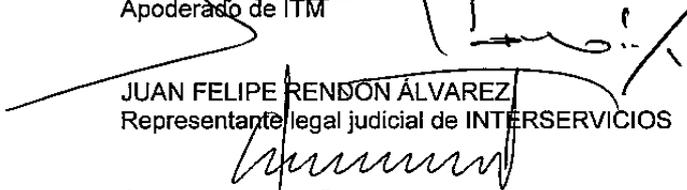
Acto seguido, se hizo entrega de copias auténticas del laudo a las partes, así:

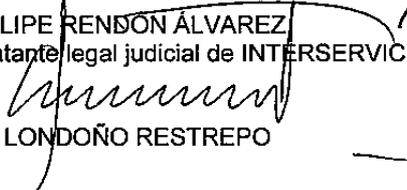
a) Al señor apoderado de INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA, primera copia, con mérito ejecutivo.

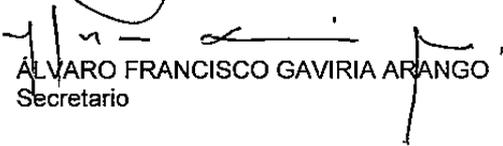
b) Al señor apoderado de INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA., segunda copia, sin mérito ejecutivo.

En constancia firman:


JOSÉ ALEJANDRO RAMÍREZ CANO
Apoderado de ITM


JUAN FELIPE RENDÓN ÁLVAREZ
Representante legal judicial de INTERSERVICIOS


ÁLVARO LONDOÑO RESTREPO
Arbitro


ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO
Secretario

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL

PROCESO ARBITRAL

INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA.

CONTRA

INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA

Radicado: 2015 A 018

LAUDO ARBITRAL

Medellín, veintinueve (29) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Agotado en su integridad el trámite procedimental arbitral, en la fecha se profiere el laudo mediante el cual se dirimen –en derecho- las diferencias sometidas al conocimiento y decisión del suscrito Árbitro Único, Álvaro Londoño Restrepo, derivadas del contrato de prestación de servicios celebrado entre Interservicios Cooperativa Multiactiva, en adelante INTERSERVICIOS, e Information Trade Management Consulting de Colombia Ltda., en lo sucesivo ITM CONSULTING o simplemente ITM, celebrado el 29 de abril de 2009.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

A través de escrito presentado el 21 de mayo de 2015 ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, ITM CONSULTING, por conducto de apoderado judicial, instauró demanda en contra de INTERSERVICIOS en la que delimitó el ámbito objetivo del conflicto jurídico patrimonial existente entre las partes, conforme a los hechos que enseguida se sintetizan y a las pretensiones que posteriormente se transcribirán.

1. LOS HECHOS

En este aparte, el Tribunal resume los supuestos fácticos alegados por la parte actora, constitutivos de la *causa petendi*.

1.1. Se afirmó que el 29 de abril de 2009 INTERSERVICIOS, en calidad de contratante, celebró con ITM, en condición de contratista, el contrato de prestación de servicios relacionados con la seguridad física, electrónica e informática de todos los sistemas utilizados en la sede Cajanal EICE CAN y en la sede Villa Alsacia, de conformidad con el objeto descrito en la cláusula primera del documento privado firmado en aquella fecha.

1.2. Se aseveró que el valor del contrato fue de \$474.801.898, habiéndose pagado, como anticipo, el 50%, equivalente a \$264.945.101; pago que se hizo el 15 de agosto de 2009, y después se giró la suma de \$10.550.838, anticipo del "sistema de detección de incendios"; restándose por pagar el otro 50% del precio total acordado.

1.3. Se dijo que el contratista cumplió con las obligaciones a su cargo y a entera satisfacción del contratante, por lo cual el 9 de Julio de 2010 ITM envió a INTERSERVICIOS, por correo electrónico, "*la cotización base del contrato (pre-factura), con fundamento en la cual se presentaría la facturación definitiva del saldo del valor del contrato pendiente de pago*"; y en la misma fecha, el señor JOHN JADER MORALES RESTREPO, dio respuesta al señor RICARDO CAMERO CAMELO poniéndole de presente "*haber encontrado una diferencia de \$5.329.244, que consideraba como un mayor valor facturado y le solicitaba la aclaración correspondiente*".

1.4. Se manifestó que el señor RICARDO CAMERO CAMELO –representante legal de suplente de ITM-, mediante correo electrónico de fecha 14 de julio de 2010, remitió al señor JOHN JADER MORALES RESTREPO –funcionario de INTERSERVICIOS- la pre-factura corregida, en la que se disminuía el valor por la diferencia que el señor Morales le había indicado (\$5.329.244) y se descontaba adicionalmente el valor de \$10.550.838 por concepto del anticipo del 50% del ítem contractual DETECCIÓN DE INCENDIOS, en atención a que esta suma ya había sido recibida por el contratista; de donde el saldo resultante quedó en la suma \$234.661.302.68, valor por el cual se emitió la factura de venta N° 0084 de julio 1 de 2010, cuyo original fue recibido por el contratante el día 15 de julio de 2010.

1.5. Se expuso que ITM requirió a INTERSERVICIOS para el pago del saldo incorporado en la factura de venta N° 0084 y obtuvo como respuesta un correo electrónico del 11 de agosto de 2010, remitido por señor JOHN JADER MORALES RESTREPO, en el que le informaba que "el pago de la factura se realizaría una vez *"Intermexa cancela (sic) a INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA ESAL el valor respectivo al servicio*".

1.6. Se expresó que ITM CONSULTING se abstuvo de ejecutar –judicialmente- a INTERSERVICIOS para hacer efectiva la factura de venta, pero que ITM siguió insistiendo en el pago de su monto, sin que a la fecha de la presentación de la solicitud de convocatoria a este arbitraje se le haya efectuado pago alguno.

1.7. Se comentó que el contratante argumenta que, de acuerdo con el contrato, el pago de los servicios prestados por el contratista se "*condiciona a que la sociedad INTERNEXA, beneficiaria final del servicio y cliente de INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA ESAL, cancele a ésta, los pagos del contrato de prestación de servicios que estos a su vez sostenían*", lo que da pie al apoderado de la demandante para efectuar, en la misma demanda, un análisis jurídico de la

cláusula décima primera del contrato y del párrafo de la cláusula tercera, contenido este último de la forma de pago del precio que se convino.

En las motivaciones del laudo se considerarán, obviamente, las apreciaciones jurídicas del señor apoderado.

2. LAS PRETENSIONES

Se copian de la demanda, en su tenor literal:

PRIMERO: Se DECLARE el incumplimiento por parte del CONTRATANTE CONVOCADO, de las obligaciones a su cargo estipuladas en contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 29 de abril de 2009, en razón a que EL CONTRATANTE CONVOCADO no efectuó el pago de los servicios recibidos, en los términos pactados por las partes.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se ORDENE a que EL CONVOCADO de cumplimiento al contrato de que trata los hechos de esta demanda, efectuado a favor de EL CONVOCANTE, el pago de las prestaciones debidas por la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL TRECIENTOS DOS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$234.561.302.68), valor que deberá ser indexado al momento de proferirse el respetivo Laudo Arbitral.

TERCERO: Se CONDENE a EL CONVOCADO, a pagar mi poderdante, por concepto indemnización de perjuicios, los intereses moratorios causados desde el momento de la aceptación de la factura de venta N° 0084 de junio 1 de 2010 y hasta que ella se satisfaga.

Lo interés moratorios causados desde el momento de la aceptación de la factura de venta N° 0084 de junio 1 de 2010, con corte a la fecha de presentación de esta demanda (19-05-2015), se estiman en la suma de TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS DIEZ PESOS (\$325.510.410).

CUARTO: Que se CONDENE a EL CONVOCADO al pago de los gastos y costas del presente proceso.

3. LA POSICIÓN DEFENSIVA DE LA PARTE CONVOCADA

En la contestación de la demanda, la entidad convocada al arbitraje, a través de su representante legal judicial, admite como ciertos algunos de los hechos relatados en la demanda, niega otros y dice no constarle los demás.

Frente a las pretensiones de la convocante, la parte demandada dijo oponerse a todas y cada una de ellas, textualmente así:

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Se presenta oposición frente a esta pretensión, toda vez que no ha habido incumplimiento de INTERSERVICIOS COOPERATIVA MUTLICATIVA en el contrato celebrado el 29 de abril de 2009 con ITM, pues tal y como se expresó en la respuesta a

los hechos de la demanda, *INTERSERVICIOS* ha cumplido cabalmente las obligaciones del contrato, toda vez, que la obligación de pago, que es la que se afirma ha sido incumplida, conforme a la ley del contrato, aún no ha surgido, puesto que el pago está supeditado al acaecimiento de un condición que "no" se ha configurado, según la cláusula 3º de contrato, ello, no solo es así a la luz de lo que clara y literalmente regula el contrato, sino además, porque así se ha sustentado al enfrentar cada uno de los hechos de la demanda, remitiendo a las pruebas que sustentan, no sólo sustentando porqué aún no ha nacido la obligación condicional del pago, sino además, que en caso de surgir la misma, porqué el convocante ITM, ya no es acreedor de dicho pago, por consecuencia de haber cedido la factura 84 que soporta el pago pretendido en esta demanda. .

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Se presenta oposición frente a esta pretensión, en tanto que no es posible exigir el cumplimiento de pago de un contrato, cuando, conforme se sustentó al dar respuesta a los hechos de la demanda y la oposición a la anterior pretensión, no se ha configurado incumplimiento contractual alguno, en tanto que no ha nacido la condición pactada para el pago, además, no se puede soslayar que el monto pretendido en esta pretensión, y sustentado en la factura 84 ha sido cedido a la empresa ASINFO LTDA, por ello, resultaría un contrasentido fáctico y legal que la suma pretendida pueda ser cobrada tanto en este proceso arbitral por el convocante como por el actual tenedor y cesionario de la factura 84, pues se configuraría casi un hecho milagroso de la multiplicación del dinero, por ello, desde la respuesta al hecho 10º se ha esgrimido como la convocante ha soslayado lo realmente ocurrido, con lo que desquicia la historia de lo que es real entre las partes, y por ello, la labor de decir el derecho, se torna tempestuosa al ser mutiladas de tajo porciones de la historia que sí es veraz.

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN TERCERA: Se presenta oposición frente a esta pretensión, la cual pierde todo sustento fáctico y jurídico, dada la respuesta que se ha dado a los hechos y la oposición presentada a las dos pretensiones previas, pues no pueden causarse los intereses allí señalados cuando la obligación condicional de pago del negocio causal, que a la postre es el sustento de la factura 84, no ha nacido a la vida jurídica.

EN CUANTO A LA PRETENSIÓN TERCERA (sic): Se presenta oposición frente a esta pretensión pues consideramos que existe temeridad en los hechos y pretensiones de la demanda, por tal virtud, los gastos y costas del presente proceso deberán ser asumidos por el convocante.

Y propuso las siguientes excepciones de mérito, que se enuncian por su título:

1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PARTE DE INTERSERVICIOS POR NO ACAECIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CONDICIONAL PACTADA.
2. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGO POR CONSECUENCIA DE LA CESIÓN DEL REFERIDO DERECHO
3. PRESCRIPCIÓN

4. MALA FE

5. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

En la parte considerativa del laudo se tendrá en cuenta, naturalmente, la sustentación de las excepciones.

II. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral cobró vida y entidad, en virtud del nombramiento recaído en el Árbitro, por el sistema de sorteo realizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín el 3 de junio de 2015, con base en una sub-lista elaborada por las partes; designación que el Árbitro Único aceptó oportunamente.

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. El Tribunal se instaló el 6 de julio de 2015, en audiencia en la que el Árbitro se declaró en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que la habilitación concedida por las partes le conferían, de acuerdo con la cláusula compromisoria pactada en la estipulación Décima sexta del contrato de prestación de servicios; nombró como secretario al abogado ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO; reconoció personerías procesales a los apoderados judiciales y fijó la sede de funcionamiento del Tribunal y de la secretaría (Auto N° 01). En la misma audiencia se admitió la demanda (Auto N° 02) y, previa notificación y traslado, la parte convocada la contestó oportunamente.

2. Conforme al AUTO N° 03 del 6 de agosto de 2015, se corrió traslado a ITM CONSULTING de las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda, habiéndose descrito dentro del término.

3. El 31 de agosto de 2015 se llevó a cabo la audiencia de conciliación y, ante su fracaso, mediante Auto N° 06 el Tribunal fijó los honorarios y gastos del proceso.

4. La primera audiencia de trámite se realizó el 2 de octubre de 2015, en la cual el Tribunal examinó su propia competencia y se declaró competente para procesar y juzgar el litigio (Auto N° 08) y, seguidamente, decretó las pruebas aportadas y solicitadas por las partes (Auto N° 09). Se negó la prueba pericial pedida por la convocante, por no ser útil.

5. El proceso se instruyó con la práctica de las pruebas decretadas, consistentes en documentos allegados oportunamente y recepción de declaraciones de terceros. Por desistimiento no se practicó interrogatorio de parte que debía absolver el representante legal de ITM. De oficio se ordenó el acercamiento de documentos (Auto N° 17).

6. El Tribunal escuchó los alegatos de los representantes judiciales de las partes, en audiencia del 1° de marzo de 2016. Las alegaciones escritas se incorporaron al

expediente. Por medio del Auto N° 16 dictado en la audiencia de alegatos, se señaló como fecha para pronunciar el laudo arbitral el día 1° de abril de 2016, pero, mediante el Auto N° 19 del 30 de marzo de 2016, se pospuso para el 29 de abril de 2016, fecha en que se expide.

IV. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

En los alegatos de conclusión, los apoderados se limitaron a reiterar sus posiciones –de hecho y de derecho- contenidas en la demanda y en la contestación.

V. OPORTUNIDAD DEL LAUDO

El término legal del proceso es de seis (6) meses, "*contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite*" (artículo 11 de la Ley 1563 de 2012), la cual tuvo lugar el 2 de octubre de 2015; por tanto el plazo para dictar el laudo y la eventual providencia de aclaración, corrección o adición del mismo vencería el 2 de abril de 2016. Pero, los apoderados, de común acuerdo habían solicitado suspensión del proceso desde el 15 de diciembre de 2015 hasta el 31 de enero de 2016, esto es 48 días comunes, y así se decretó por Auto N° 14 del 9 de diciembre de 2015; y nuevamente desde el 31 de marzo de 2016 hasta el 28 de abril de 2016, es decir 29 días comunes, decretada mediante Auto N° 19 del 30 de marzo de 2016. O sea que el proceso se suspendió durante 77 días comunes. En consecuencia, el plazo de vigencia del proceso quedó ampliado hasta el 18 de junio de 2016. Consiguientemente, el laudo se profiere dentro del término, ya que, se repite, se pronuncia hoy 29 de abril de 2016.

VI. NATURALEZA DEL LAUDO

El laudo se dicta en derecho, pues así fue previsto en la cláusula compromisoria del contrato celebrado por las partes.

VII. PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE FALLO DE MÉRITO

Los presupuestos procesales, como competencia, capacidad y representación de las partes y demanda en forma, así como los que deben concurrir para una decisión de fondo (legitimación en la causa e interés para obrar) se hallan configurados en este proceso, sin que se observe vicio de nulidad que pueda invalidar la actuación arbitral.

Acerca de la legitimación en la causa, en la parte considerativa se hará mención especial.

Por manera que el Tribunal no halla óbice alguno para decidir de fondo la litis sometida a su juzgamiento.

Reseñado el conflicto, como queda expuesto, el Tribunal pasa a resolverlo con

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

fundamentado en las motivaciones que a continuación se expresan.

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Sinopsis sobre la acción ejercitada.

El Tribunal identifica que la acción judicial instaurada por la convocante del presente arbitraje, a través de la demanda presentada el 21 de mayo de 2015, es la derivada del artículo 1546 del Código Civil, en su fisonomía de cumplimiento del contrato celebrado por las partes el 29 de abril de 2009, por incumplimiento de INTERSERVICIOS de su obligación de pagar el saldo del precio convenido como contraprestación por los servicios prestados por ITM CONSULTING, aunada a la indemnización de perjuicios moratorios.

De la causa petendi se desprende que, para la parte actora, la prestación a cargo de la contratante (INTERSERVICIOS), en cuanto al remanente del precio -50%-, debía satisfacerse una vez el contratista (ITM) diera cumplimiento al objeto contractual del cual se hizo cargo y emitiera la factura correspondiente como soporte del cobro por los servicios realizados; supuestos fácticos que se materializaron con la entrega por parte de la convocante de lo que le fue encomendado ejecutar, a entera satisfacción de la convocada, de un lado, y con la expedición, remisión y aceptación de la "factura de venta N° 0084 de julio 1 de 2010, por valor de \$234.661.302.68", del otro lado.

Se relata en el hecho NOVENO de la demanda que:

"El contratista después de requerir al contratante de manera verbal, telefónica y mediante correo electrónico de fecha 11 de agosto de 2010, para que efectuara el pago del saldo incorporado en la factura de venta N° 0084 de junio (sic) 1 de 2010, obtuvo como respuesta un correo electrónico de la misma fecha (11 de agosto de 2010), remitido por el señor JOHN JADER MORALES RESTREPO, en el que le informaba que el pago de la factura se realizaría una vez "Internexa cancela (sic) a INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA ESAL el valor respectivo al servicio".

Y en el DÉCIMO PRIMERO se dice:

"Argumenta el contratante, que dentro del contrato se condiciona el pago de los servicios prestados por el contratista, a que la sociedad INTERNEXA, beneficiaria final del servicio y cliente de INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA ESAL, cancele a ésta, los pagos del contrato de prestación de servicios que estos a su vez sostenían".

A renglón seguido se reflexiona acerca de lo estipulado sobre el pago (parágrafo de la cláusula tercera), para concluir que la obligación era pura y simple y no condicionada, cerrando el hecho, así:

“Por todo lo anterior, al no efectuar el pago del saldo del contrato en los términos prescritos en la cláusula décima primera, EL CONTRATANTE está incurrido en un claro y flagrante incumplimiento del contrato”.

Frente al hecho NOVENO, INTERSERVICIOS, en la contestación de la demanda, adujo que:

*“ ... la respuesta dada por Interservicios a través del señor **Jhon Jader Morales Restrepo**, en el referido correo el día 11 de agosto de 2010, cuando afirmaba, tal y como se había informado en otras ocasiones, que el pago de la mencionada factura número 84, se realizaría cuando nuestro cliente INTERNEXA el (sic) cancelará (sic) a INTERSERVICIOS el valor del respectivo servicio, esta circunstancia, de manera inicial, nos empieza a probar como el pago contractualmente pactado por las partes, efectivamente, está supeditado a una condición contractual”.*

“Lo anterior, es decir, la respuesta dada a la convocante respecto del pago de la factura, es consecuente con lo que de manera consciente y voluntaria pactaron las partes, pues no en vano en la cláusula tercera del contrato se pacta tal condición...”.

Y en la respuesta al DECIMO PRIMERO:

“... es claro, a todas luces, que existe una obligación condicional de pago, que se cumplirá, sólo cuando INTERNEXA beneficiaria final del servicio contratado pague a INTERSERVICIOS por virtud del contrato 4700003187 la factura 9632 (Prueba 3), factura ésta que se compadece con los servicios que ITM le prestó a INTERSERVICIOS, cobrados a esta mediante la aludida factura 84, por tal virtud, a la luz de lo realmente pactado entre las partes, sólo cuando INTERSERVICIOS reciba el pago de la factura 9632 por parte de INTERNEXA, aquella, podrá pagar a ITM la obligación contenida en la factura 84”.

Las posturas francamente **antagónicas** de las partes en torno a si la obligación que le incumbía cumplir a INTERSERVICIOS en favor de ITM de pagar el saldo del valor del contrato estaba **impregnada de condición** o no, delimitan lo que viene a ser la esencia del conflicto en el presente caso, de lo cual se ocupará el Tribunal más adelante, porque ahora se debe detener en lo que sigue.

2. La legitimación en la causa.

La parte convocante **no reveló** en la demanda que la factura N° 0084 había sido endosada o cedida a un tercero, limitándose simplemente a manifestar que:

“Con el fin de mantener la relación comercial existente entre las partes, el CONTRATISTA se abstuvo de ejecutar judicialmente al CONTRATANTE para obtener el pago de la factura de venta adeudada...” –hecho DÉCIMO-.

Pero la entidad demandada sacó a relucir ese acto jurídico (cesión o endoso) diciendo en su escrito de contestación, que:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

“... la convocante efectivamente se abstuvo de promover un proceso ejecutivo a la convocada en virtud del pago de la factura número 84, no en virtud de mantener una buena relación comercial existente entre las partes, sino porque lo verdaderamente pactado entre las partes, esto es, su verdadera intención, no era otra, que el pago de los servicios contratados serían cancelados por la convocada, cuando esta recibiera el pago efectivo y real de INTERNEXA por la ejecución del contrato 4700003187 ...”.

“En ese orden de ideas, dada la imposibilidad jurídica de iniciar un cobro ejecutivo de la factura 84 por parte de la convocante en contra de la convocada, pues las obligaciones del negocio causal así lo impedían, pues tal y como ya se expresó, la obligación no había surgido, toda vez, que INTERNEXA no ha realizado el pago INTERSERVICIOS, que es la condición necesaria para que esta le pague a la convocante y a otras empresas para con las cuales pactó bajo los mismos parámetros (Anexo 11), tal circunstancia, per se, deja sin asidero la posibilidad de un cobro ejecutivo entre las partes, pero no obstante ello, **la convocante** tratando de enervar y esquivar lo efectivamente pactado entre las partes, **procedió a endosar la tan mencionada factura a la empresa ASINFO LTDA** (Prueba 7), **endosó (sic) que fue notificado a INTERSERVICIOS, situación está (sic), que deja sin sustento lo pretendido económicamente en esta demanda, pues por virtud de la referia CESIÓN y no endosó, pues fue posterior al vencimiento de la factura, conlleva de manera necesaria, a que INTERSERVICIOS considere como único legítimo tenedor y actual cesionario de la factura 84 a la mencionada empresa ASINFO LTDA, hecho éste, que en nuestro criterio, desvirtúa la causa y objeto de este proceso**”. -Respuesta al hecho Décimo, subrayas a propósito-

2.1. Con asidero en el “**endoso**” o “**cesión**” de la factura por parte de ITM CONSULTING a ASINFO LTDA., INTERSERVICIOS **construyó la excepción** que denominó “**INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE PAGO POR CONSECUENCIA DE LA CESIÓN DEL REFERIDO DERECHO**”, sustentada así:

“... resulta preocupante que la convocante pretenda, no sólo, que se declare el incumplimiento cuando desde el punto de vista de los hechos, de las normas y de las pruebas no hay sustento jurídico para ello, sino además, que pretende el cobro de una suma de dinero que contractualmente, se corresponde, con el 50% de lo pactado en la cláusula tercera del contrato, cuando esta suma de dinero soportan (sic) en la factura 84, y aportada por los mismos demandantes, ha sido objeto de un deseado endoso de la factura, y no fue tal, pues al haber sido posterior al vencimiento de la factura por virtud del mandato contenido en el artículo 660 del código de comercio, tiene los efectos jurídicos de una cesión ordinaria, consecuencia está (sic), que tiene dos efectos inexcusables y que no pueden ser esquivada, veamos.

Uno de los efectos, es simple, y soporta toda la discusión dada con anterioridad, que no es otra, que la imposibilidad jurídica de haberse cobrado ejecutivamente la suma de la referia (sic) factura 84 por parte del actual tenedor y cesionario del título ASINFO LTDA, pues el endoso al haber sido posterior al vencimiento, tuvo los efectos de una cesión ordinaria, lo que

jurídicamente significa, que el actual tenedor no pudo hacer como lo (sic) del referido título, pues al haberlo recibido como cesionario y no como endosatario, es decir, por una transferencia en herencia le (sic) endoso, conforme lo regula el artículo 652 del código de comercio, lo expone a todas las decisiones (sic) que se hubiesen podido oponer al enajenante ITM ..., por ello, al actual tenedor del título sus pretensiones de cobro nunca pudieron salir triunfantes, pues se le pudo oponer lo pactado en el negocio causal, que no es nada diferente, que el condicionamiento del pago.

En (sic) otro efecto, que resulta aún más preocupante, lo es, que ITM pretenda a través de este proceso cobrar una suma de dinero que contractualmente es la misma que soporta la factura 84, cuando dicha suma, también puede ser cobrada por virtud de la cesión del título valor, por el actual tenedor y cesionario del mismo (Anexo xx)-sic-. Además, así como INTERSERVICIOS fue notificada de la referida cesión del título, nunca lo fue, a que ese negocio de cesión se haya dejado sin efectos entre la empresa ITM y ASINFO LTDA, por ello, para INTERSERVICIOS el actual acreedor de los pagos regulados entre las partes en el contrato celebrado entre ITM el INTERSERVICIOS, lo es, la empresa ASINFO LTDA, en ese orden de ideas, resultaría un contrasentido fáctico y legal que la suma pretendía pueda ser cobrada tanto en este proceso arbitral por ITM como por el actual tenedor y cesionario de la factura 84, pues se configuraría casi un hecho milagroso de la multiplicación del dinero.

Y, por contera, formuló la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA", en los siguientes términos:

*"Sustento de ello, lo es, la respuesta dada a los hechos, así como las circunstancias fácticas y probatorias que sustentan la excepción dos de esta contestación de demanda, en suma, **el convocante no ostenta la calidad de acreedor de lo que pretende**" (subraya añadida).*

2.2. Quiere decir, entonces, que la parte convocada introdujo al proceso **un problema que hay que resolver por ante todo**, pues de su esclarecimiento depende si el Tribunal puede o no desatar materialmente el litigio frente a los sujetos que aquí actúan como partes procesales.

En efecto, se trata de abordar y despachar, como primera medida, el asunto de la **legitimación en la causa por activa**, situada por la parte convocada en el terreno de las excepciones, pero que, según lo tienen averiguado las altas cortes, la *legitimatío ad causam* se erige como requisito necesario para proveer de mérito, en el sentido que fuere, pues de no hallarse configurado con respecto a alguno de los extremos subjetivos de la relación procesal o de ambos, irremediamente habrá de proferirse sentencia absolutoria, por ausencia de tal presupuesto o requisito, mas no porque se hubiera descendido al ámbito del litigio propiamente dicho.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de abril de 2003, Magistrado Ponente: SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO - Referencia: Expediente No. 7651 – ha considerado:

*“Como es sabido, la **legitimación en la causa**, entendida como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción, **constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo**, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, **deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio...**”.*

De manera **más extendida**, el Consejo de Estado, en sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08), expresó:

*“En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma **no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable** bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la **legitimación en la causa de hecho** la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material**, en cambio, **supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio**, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues **la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra**”.*

INTERSERVICIOS ha cuestionado que ITM CONSULTING sea su legítimo **contradictor** en este proceso de conocimiento (que tiene como propósito “decir el derecho: darle certeza al derecho material contenido en la pretensión, es el de pretensión incierta o discutida, según Carnelutti, Cfr.: Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, Teoría General del Proceso, Temis 1992, pág. 329), dado que el derecho reclamado concretamente en la pretensión segunda, esto es, ordenar al convocado a que le dé cumplimiento al contrato de prestación de servicios en lo concerniente al “pago de las prestaciones debidas, por la suma de DOSCIENTOS

TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS DOS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$234.561.302.68)” –lo que en estrictez es pretensión de condena-, ese derecho, se dice, quedó documentado en título valor –factura cambiaria de compraventa- que fue “endosada” por ITM a un tercero (ASINFO LTDA.) y que por haberse efectuado con posterioridad a su vencimiento produjo los efectos propios de la cesión de créditos, de donde, por habersele notificado a INTERSERVICIOS el acto de cesión, ésta “considera como único legítimo tenedor y actual cesionario de la factura 84 a la mencionada empresa ASINFO LTDA”, siempre que no le fue notificado nada en contrario, “hecho éste que en nuestro criterio desvirtúa la causa y objeto de este proceso”.

2.3. En orden a decidir lo pertinente, para el Tribunal son de **alto relieve** las siguientes realidades probatorias:

a) La existencia del contrato habido entre INTERSERVICIOS, contratante, e ITM CONSULTING, contratista, hecho afirmado y admitido en la demanda y en la contestación, a fuer de que sus estipulaciones se encuentran probadas con el documento arrimado al plenario, signado el 29 de abril de 2009, sin que hubiera sido tachado de falsedad.

Conviene anotar que el contrato celebrado ha venido –intacto- al proceso con **presunción de validez** –desde luego-; ninguna de las partes lo atacó como viciado de nulidad, absoluta o relativa; y el Tribunal no advierte causal de nulidad absoluta que lo induzca a declarar, oficiosamente, que el contrato es absolutamente nulo (art. 2° de la Ley 50 de 1936).

b) La existencia de la factura cambiaria de venta N° 0084 de fecha 1 de julio de 2010, que da cuenta del valor total a pagar por \$234.661.302.68, a cargo de INTERSERVICIOS, con mención del contrato de prestación de servicios, como fuente de la creación del documento. En las copias de la factura, presentada una por la convocante como anexo de la demanda y la otra por Claudia Esnet Murillo en la audiencia en que rindió testimonio, no aparece firma del emisor (irregularidad formal) y no coincide el total a pagar en números y en letras (superable al tenerse por tal la cifra expresada en palabras).

c) El envío de la factura a INTERSERVICIOS, acreditado con guía expedida por Coordinadora Mercantil S.A. y su recibo por el destinatario, con firma impuesta en la misma guía, prueba allegada con la demanda; hecho que además no se disputó.

d) El endoso o cesión de la factura por parte del emisor –ITM- a favor de ASINFO LTDA., a términos del documento arrimado por INTERSERVICIOS anunciado en la contestación de la demanda como “*Contrato de Cesión suscrito por ITM Consulting de Colombia y la Empresa ASINFO LTDA*” (“PRUEBA 7”), consistente en la “*HOJA ANEXA A LA FACTURA DE VENTA No.-0084 del 1 de*

julio de 2010", por medio de la cual ARMANDO CUERVO VANEGAS, "obrando a nombre y en representación de INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA., declara y dispone que:

"ENDOSO SIN RESPONSABILIDAD Y CEDO EN PROPIEDAD Y SIN RESERVA ALGUNA, esta factura de venta # 00084, con vencimiento el día primero (1°) del mes de julio de 2010, por el saldo equivalente a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOS PESOS MCTE CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$234.661.502,68), a favor de la sociedad ASESORÍAS JURÍDICAS E INFORMADORA DE FINCA RAÍZ LTDA "ASINFO LTDA", representada legalmente por el Señor URIEL SANDOVAL RUEDA ..., junto con la guía de envío por currier (sic) # 20010609236 expedida por la empresa transportadora COORDINADORA MERCANTIL donde consta la remisión de esta factura a la sociedad deudora INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA, en Medellín (Ant). ..."

"El presente ENDOSO Y CESIÓN se realiza con todos los derechos privilegios y prerrogativas que le corresponden, a favor de ASINFO LTDA."

Se firmó por "los intervinientes", el 31 de marzo de 2011, en la ciudad de Bogotá, D.C.

e) La notificación de la cesión al deudor –INTERSERVICIOS–, por parte de ITM, mediante comunicación del 1 de abril de 2011 (prueba 6 anexa a la contestación de la demanda).

f) La revocación de la cesión, al tenor del siguiente documento que ITM adjuntó con el memorial de fecha 14 de agosto de 2015, por medio del cual recorrió el traslado de las excepciones:

HOJA ANEXA N° 2
A LA FACTURA N°. 0084 del 1 julio de 2010

ARMANDO CUERVO VANEGAS, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de su firma, obrando en nombre y representación de la sociedad INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA., con plenas facultades, por un lado y por el otro, URIEL SANDOVAL RUEDA, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de su firma, obrando en nombre y representación de la sociedad ASESORIAS JURIDICAS E INFORMADORA DE FINCA RAIZ LTDA. ASINFO LTDA, con plenas facultades, hemos concurrido al presente documento, con el propósito de revocar y resolver dejando sin efectos jurídicos, el endoso sin responsabilidad y cesión en propiedad y sin reserva alguna, de la factura de venta No 0084, con vencimiento del día primero (1°) del mes de Julio de 2010, por el saldo equivalente a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS DOS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$234.661.502,68), realizado por INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

LTDA., a favor de ASINFO LTDA., mediante documento de fecha treinta y uno (31) de marzo de 2011.

En consecuencia, las partes se declaran a paz y salvo por cualquier concepto derivado del referido endoso y cesión que se revoca y resuelve mediante el presente documento.

Para constancia firman los intervinientes, a los nueve (9) días del mes de agosto de 2011, en la ciudad de Bogotá D.C.

2.4. El Código Civil regula la cesión de derechos (de los créditos personales, del derecho de herencia y de los derechos litigiosos). No se ocupa de la cesión de contratos, la cual, en el derecho privado, está reglamentada por el Código de Comercio.

Con estribo en el artículo 666 del Código Civil, se ha definido el derecho personal o crédito como la *"facultad que tiene una persona –el sujeto activo o acreedor- para exigir de otra –el sujeto pasivo o deudor- el cumplimiento de una conducta o prestación consistente en dar, hacer o no hacer algo, cumplimiento que el segundo garantiza con su patrimonio"* (**Hernán Valencia Restrepo, Código Civil**, Temis, 1999, pág. 223).

Los derechos personales o créditos son los que pueden ser objeto de cesión, según el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, concebida ésta como enajenación o *"transferencia negocial del derecho por parte de su titular a un tercero; en esa razón "la adquisición del derecho transferido tiene carácter derivativo, a título singular, por acto entre vivos" ... La cesión es un instrumento social y legal para la disposición de derechos subjetivos, acá el del crédito"* (**Fernando Hinestroza Forero, Tratado de las Obligaciones**, Universidad Externado de Colombia, 2002, pág. 421).

La cesión debe recaer *"sobre activos de derechos patrimoniales del cedente, quien se despoja de una acreencia a favor del cesionario. En ningún momento se puede hablar de cesión de deudas, porque lo que reglamenta el Código Civil es la figura de la disposición de un activo"* (**José Alejandro Bonivento Fernández, Los Principales Contratos Civiles**, tercera edición, pág. 241).

"La cesión de deudas a título singular y por acto entre vivos, esto es el desplazamiento de la parte pasiva del vínculo obligatorio no está ... permitida por nuestro Código Civil", de ocurrir reemplazo del deudor, con aceptación del acreedor se presenta la figura de la delegación perfecta o novatoria, que es diferente de la cesión de obligaciones por pasiva ... "Nuestra legislación permite la transferencia de deudas u obligaciones cuando se enajenan universalidades, pero no a título singular (V.gr.: cesión de derechos hereditarios formado por los activos y pasivos del causante) ... En razón de la imposibilidad jurídica de transferir deudas a título singular, la jurisprudencia, con base en las disposiciones civiles, ha visto con escepticismo la cesión de contratos, pues al ser éstos fuente de

*derechos y obligaciones, su cesión conlleva el traslado de créditos, o parte activa del vínculo obligatorio, y la transferencia de obligaciones, o parte pasiva, con lo cual se le cambia al contratante cedido la persona que en el futuro habrá de cumplir las obligaciones contraídas en su favor por el contratante primitivo” –salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto para hacer la cesión o hubiere obtenido el consentimiento del otro contratante, puntualiza la sentencia de casación civil del 29 de mayo de 1942- (ver: **Jorge Suescún Melo, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo**, Tomo I, segunda edición, Legis, págs. 20, 22 y 23).*

2.5. Del acopio doctrinal que se ha traído en precedencia, apenas bosquejado pero en sí suficiente, se asegura, sin remisión a duda, que de entre las tres figuras descritas (cesión de créditos, cesión de deudas y cesión de contrato), el acto jurídico que hubo entre ITM CONSULTING y ASINFO LTDA, configuró la primera, es decir, la **cesión del crédito**, a título singular, que ITM tenía frente a INTERSERVICIOS, particularizado en el derecho personal de exigir y obtener el pago de la prestación dineraria adeudada por el contratante al contratista, en suma de \$234.661.302.68; acto de cesión que se gobierna por la normatividad del Código Civil, dado que el estatuto mercantil guarda silencio sobre cesión de derechos crediticios. Obviamente **no** se trató de **cesión del contrato**, fenómeno sí reglado en el Código de Comercio, mediante la cual ASINFO LTDA hubiera sustituido como parte contractual a ITM CONSULTING, quien continuó ostentando la calidad de contratista frente a INTERSERVICIOS. Mucho **menos**, **cesión de deuda**.

2.6. Ahora bien, el **derecho personal** transferido por ITM a ASINFO quedó incorporado en un **título valor a la orden**, de contenido crediticio, de la clase de las **facturas cambiarias**; factura distinguida con el número 0084 de fecha 1 de julio de 2010, emitida por ITM y recibida y aceptada por INTERSERVICIOS.

Por sus características, negociable por endoso.

Endoso (lit. “*al dorso*”), es la **forma y manera** como se traspasan los títulos valores librados “*a la orden*”, conforme a su ley de circulación, mediante la **firma** del transferente –**forma**- y la **entrega** del documento al adquirente –**manera**-. Bajo esta arista, el endoso es acto **solemne y real** (artículo 651 del Código de Comercio), que puede ser en propiedad, en procuración o en garantía (art. 656 *ibídem*).

La **firma** debe ir impresa en el **título**, **excluyéndose el peregrino caso** previsto en el artículo 653 del estatuto mercantil, y la transferencia del título –a la orden- cuando se recibió su importe (*ibídem*, 666).

Por virtud del endoso –en propiedad- se transmiten los derechos que obren en el título –derechos cartulares-, con todas las prerrogativas cambiarias que otorga la

ley, entre ellas el **cobro** a través del **procedimiento ejecutivo**, “sin necesidad de reconocimiento de firmas” (art. 793, C. de Co.).

No hay que perder de vista que:

“La transferencia de un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante” (art. 652 C. de Co.).

Ni olvidar que:

“El endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria” (art. 660 ibídem).

2.7. El interrogante que se plantea aquí, que el Tribunal debe absolver, y que justifica haber adelantado el anterior estudio, es desentrañar si el acto dispositivo de la factura 0084, desplazada al patrimonio de ASINFO LTDA., tipifica un **endoso** o una simple **cesión del crédito**, y ver de determinar cuáles fueron los **efectos** consiguientes de la transferencia, según sea el fenómeno acontecido.

La figura jurídica que recoge la *HOJA ANEXA A LA FACTURA DE VENTA No.- 0084* no fue de endoso porque: **(i)** No se hizo en el cuerpo o sede del título – documento- y no se trataba de alguno de los eventos exceptuados en los artículos 653 y 666 del Código de Comercio; y **(ii)** La enajenación se efectuó en marzo 31 de 2011, fecha muy posterior a la del vencimiento de la factura -1° de julio de 2010-, lo que a la luz del inciso segundo del artículo 660 del Código de Comercio comporta cesión (art. 660).

Dígase, entonces, sin importar la obviedad, que aquello fue **acto de cesión ordinaria** del crédito.

Con sin igual pedagogía, **Bernardo Trujillo Calle** ha enseñado, distinguiendo:

“FORMALISMO GRAMATICAL”

“La naturaleza del endoso no se desvirtúa por las palabras que se utilicen, pues la institución es inconfundible.

Así, entonces, sería: a) Un endoso, si al dorso de la letra se escribe la palabra cesión, antes del vencimiento; b) Una cesión, si al dorso se escribe la palabra endoso, después de vencida; c) Una cesión la que se hace en un documento separado, aunque en él se diga endoso, así no haya vencido, porque no hay endoso fuera del título; d) Un endoso el que se hace con la curialesca expresión “cedo, endoso y traspaso, si la letra no ha vencido, y una cesión, en caso contrario; e) Y una cesión la que se hace con la palabra endoso impuesta en una escritura pública o en un documento como el que menciona el artículo 888 in fine del C. de Co., o en una póliza de seguro (C. de Co., art. 1051), pues éstas no admiten esta institución.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

En síntesis, no son las palabras sacramentales de endoso o de cesión las que le dan la naturaleza de tal al endoso, sino su propia esencia que nace de la forma, oportunidad y documento en que se da (DE LOS TÍTULOS VALORES, Tomo I, décima edición, Leyer, pág. 132).

2.8. Qué le transmitió ITM CONSULTING DE COLOMBIA a ASINFO LTDA, en virtud del negocio jurídico de CESIÓN y que no fue endoso? Es la pregunta que necesariamente subsigue y que se impone responder.

Se transfirió **el crédito en su ser** o entidad, él con sus características individualizantes. Por mucho que sea el poder que los protagonistas le quieran imprimir a una cesión –negocio entre cedente y cesionario- les está vedado que hagan mudar sus atributos esenciales, lo que no obsta para que pueda hacerse parcialmente. Por ejemplo, y acercándolo al evento que a estos efectos interesa, si está sometido a plazo y, por consiguiente la obligación correlativa del deudor lo está, pues la cesión será de crédito sujeto a plazo, y si a condición suspensiva, entonces lo será de crédito condicional de esa laya.

La cesión de créditos presupone el débito, tal como es, y deja al deudor en la misma posición que tenía antes; *“El cedente no puede, ni solo, ni tampoco junto con el cesionario, afectar adversamente la posición del deudor o de los demás terceros”* (Hinestroza Forero, ob. cit. pág. 434).

Otra cosa es que traspase o no excepciones: según el artículo 1964 del Código Civil, no traspasa las excepciones personales del cedente y de acuerdo con el 652 del Código de Comercio el adquirente queda sujeto *“a todas las excepciones que se hubieran podido oponer al enajenante”*.

La cesión comprende las fianzas, privilegios e hipotecas del crédito (art. 1964 del C. C.).

Trujillo Calle interroga: *“EL CESIONARIO PUEDE “EJECUTAR” COMO EL TENEDOR ENDOSATARIO?”*

“... los términos “... subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera ...” propios del artículo 652 nos lleva al debatido problema de si el cesionario adquiere el derecho a ejecutar con el documento o, por el contrario, al transmitirse de esta forma, se pierde su eficacia ejecutiva, su rigor cambiario”.

Luego de citar a CESAR VIVANTE, *“quien se ha decidido por la negativa...”*, comenta:

“La doctrina predominante es la contraria: si uno de los privilegios del título es la acción ejecutiva, ella se transmite, porque si el cedente (tenedor) como legítimo poseedor que es de un título-valor puede accionar en vía ejecutiva

contra los deudores, no hay razón para esos derechos (sic) no pasen (sic) a su cesionario. Pero hay que distinguir, como lo advierten D. SUPINO y J. DE SEMO, entre los efectos de la cesión con respecto al cedente y a los terceros, ya que contra estos el cesionario ocupa la posición de un cedente armado de dicha expedita acción para demandar el cumplimiento de las obligaciones cambiarias. Pero contra el cedente no hay relación cambiaria porque ese título se ha transmitido sin los efectos propios del endoso” (ob. cit. pág. 99).

Con esta lógica, ASINFO bien pudo haber demandado a INTERSERVICIOS en proceso ejecutivo (“... obtener la plena satisfacción de la pretensión cierta a cargo del demandado ... pretensión cierta pero insatisfecha, dice Camelutti” Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, ob. cit. pág. 329) para hacer valer el derecho derivado de ITM, en su convicción de tratarse de una obligación pura y simple; y a su vez INTERSERVICIOS hubiera podido alegarle a la ejecutante la excepción de petición antes de tiempo o, lo que es lo mismo, de inexigibilidad de la obligación, por encontrarse pendiente la condición suspensiva de la obligación al pago, conforme a la relación sustancial subyacente, que tal era su entendimiento.

Por otra parte, si eventualmente el juez de la ejecución hubiera denegado el mandamiento de pago, por falta de título – de obligación clara, expresa y exigible- ASINFO disponía, por obvias razones, de la acción ordinaria de cumplimiento contra INTERSERVICIOS, para pretender certeza y exigibilidad del derecho y con sentencia estimatoria proceder a ejecutar. Igualmente en ese escenario, INTERSERVICIOS podía excepcionar, invocando la condición suspensiva no cumplida.

Lo dice magistralmente **Hinestroza**:

*“La cesión de crédito **abarca**, por la misma índole de este, tanto **el derecho a ser satisfecho** por el cumplimiento del deudor o por un medio sucedáneo, como **la posibilidad de disponer de él frente al deudor y terceros y, naturalmente, la de ejercitar las acciones correspondientes a las pretensiones inherentes al derecho de crédito en general y las particulares del cedido**. Por ello, el cesionario, como acreedor que es, tiene abiertas las vías para demandar el cumplimiento específico de la prestación o, en su caso, el equivalente pecuniario de la misma y, en ambas oportunidades, la indemnización de perjuicios” –subrayas introducidas- (ob. cit. pág. 444).*

Acerca de este particular, **lo cierto es** que ASINFO LTDA **nunca ejercitó acción judicial alguna**, ni ejecutiva ni ordinaria ni ninguna otra especial, en contra de INTERSERVICIOS.

2.9. La cesión le fue **notificada** a INTERSERVICIOS – ver arriba, letra e) del aparte 2.3.-; el acto surtió efectos a su respecto y por tanto ITM dejó de ser su acreedor.

2.10. ITM **recuperó** el crédito, las acciones judiciales y la legitimación en la causa.

Así lo estima el Tribunal por mérito y virtud de la revocación de la cesión del derecho, mutuamente convenida entre cedente y cesionario –ITM y ASINFO LTDA-, acto del que da cuenta y razón la "*HOJA ANEXA N° 2 A LA FACTURA N°. 0084 del 1 julio de 2010*", referida en la letra f) del aparte 2.3., arriba.

A través de dicho acto sustancial, cualquiera fuere la denominación que se le asigne, ASINFO se despojó de la titularidad del crédito y la transfirió al anterior titular del mismo derecho, esto es, ITM.

Se llama a releer la última cita que se trajo de la obra del Maestro **Hinestroza**, en la cual se resaltó que "*La cesión de crédito abarca ... tanto el derecho a ser satisfecho por el cumplimiento del deudor o por un medio sucedáneo, como la posibilidad de disponer de él frente al deudor y terceros*" (2.8. *in fine*).

Perfectamente puede decirse que hubo una cesión subsiguiente –negocio dispositivo- entre los mismos sujetos de la primera cesión, pero en posiciones inversas: ASINFO LTDA. (ahora cedente) e ITM CONSULTING (ahora cesionario), quedando vinculados de nuevo ITM (acreedor) e INTERSERVICIOS (deudor), con todas sus acciones y excepciones.

Es cierto que la **notificación** de esta última cesión, o si se quiere de la revocación de la cesión anterior, de fecha 9 de agosto de 2011, **no se le hizo** a INTERSERVICIOS, omisión que comportaba para ésta la inoponibilidad del acto y es justamente esa la raíz de la problemática agitada en la contestación de la demanda, dado que "*el convocante no ostenta la calidad de acreedor de lo que pretende*".

Pero, aunque con la demanda **no se acompañó** la copia del documento de la revocación, ya que la convocante calló el hecho de la cesión, lo que le **abrió la puerta** a la convocada para pregonarla en la contestación de la demanda, aquella copia que **fue agregada** por ITM dentro de **oportunidad probatoria** legal –la del traslado de las excepciones- puesta en conocimiento de la parte contraria para su contradicción, mediante el auto que decretó tenerla como prueba (Auto N° 09 del 2 de octubre de 2015, notificado "*en estrados*"), la tiene el Tribunal como **medio de enteramiento eficaz** de INTERSERVICIOS frente a la revocación de la cesión, o nuevo acto de cesión, como se quiera.

Por lo cual, ITM CONSULTING, ostentando su carácter de parte contractual, que nunca la perdió, y con la titularidad en su cabeza del derecho personal cedido y recobrado o readquirido, ha quedado en este proceso de conocimiento con **legitimación para pedir** en contra de INTERSERVICIOS y la **jurisdicción satisfecha** para fallar el mérito de la causa.

Porque aquí no va a haber sentencia arbitral absoluta por falta de legitimación activa, sino que por converger en la parte actora la legitimación en la causa “**de hecho**” y la legitimación “**material**”, amén de que una y otra igualmente confluyen en la parte contradictora, **el laudo será de fondo**.

Lo que se acopla a las **doctrinas jurisprudenciales** sobre legitimación en la causa transcritas en la **casilla 2.2.** de los considerandos (supra).

Como el **crédito** –litigioso- es **uno** solo, consistente en la prestación del pago del 50% del valor del contrato –no solucionado- y se encuentra en la hora de ahora en el patrimonio de ITM, **la parte convocada no debe abrigar ningún temor** de que la existencia de la factura 0084, hoy en día en manos de la parte contratante de los servicios, implique que el remanente del precio, por estar documentado también en cláusula contractual, ha dado lugar al **arte sorprendente de multiplicar** su cifra por dos. Gráficamente, la situación en este momento es la misma que se presentó años ha, cuando ITM emitió la factura y uno de sus ejemplares fue recibido por INTERSERVICIOS. Lo que se decida en este laudo, por la **unicidad de la obligación**, cosa incorporal, se irradiará sobre todo lo documental que contenga o represente el crédito.

Consecuencia natural y obvia de todo lo motivado y justificado es que el **medio exceptivo** introducido por INTERSERVICIOS, directo **contra la legitimación** por activa, **no prospera**.

3. La cláusula legal resolutoria por incumplimiento. Opción. Requisitos

Líneas arriba (apartado 1 de la exposición de motivos), se puntualizó la **índole de la acción instaurada** con la demanda; deducible de lo que se pretende, de los hechos que le sirven de fundamento y de las razones de derecho citadas en el libelo, que es la prevista en el **artículo 1546** del Código Civil, así redactado:

ARTICULO 1546. *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Denotándose que la parte actora optó por pedir **lo último** del inciso final. De donde es menester averiguar si concurren los **elementos** que estructuran la hipótesis normativa, inciso primero, para aplicar la consecuencia, inciso segundo.

Aquéllos, son:

- (i) Que se trate de un contrato bilateral, válido.
- (ii) Que el demandante haya cumplido o se hubiera allanado a cumplir sus obligaciones.

(iii) Que el demandado haya incumplido con sus obligaciones.

a. Por lo primero, no hay duda de que el contrato de prestación de servicios existió, existe –ya que no ha sido aniquilado-, se celebró válidamente (ver el literal a del aparte 2.3.) y en él las partes se obligaron recíprocamente.

b. Cuanto a lo segundo, ITM cumplió.

Se afirmó en el hecho CUARTO de la demanda:

*“De acuerdo con los términos y condiciones definidos en el contrato de prestación de servicios y en el Anexo 1 (Aspectos Técnicos) que hace parte integrante del mismo, el contratista (INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA. ITM CONSULTING) **cumplió cabalmente las obligaciones contractuales a su cargo y a entera satisfacción del contratante, tal y como consta en las actas de entrega y recibo suscritas por las partes, las cuales se anexan como pruebas en esta demanda.***

Hecho pacífico en tanto INTERSERVICIOS lo aceptó en la contestación de la demanda (“**es cierto**”, dijo).

Y lo admitió de nuevo en la respuesta al hecho SÉPTIMO:

*“Es cierto. No obstante ello es necesario expresar que la factura no fue objeto de devolución o rechazo, pues **existía un cabal cumplimiento de las obligaciones de ITM Consulting ...**”, (subraya adicionada).*

c. Con respecto a lo tercero, ITM aseveró el incumplimiento de INTERSERVICIOS en el numeral 4 del hecho DECIMO PRIMERO:

“Por todo lo anterior, al no efectuar el pago del saldo del contrato en los términos prescritos en la cláusula décima primera, EL CONTRATANTE está incurrido en un claro y flagrante incumplimiento del contrato”.

INTERSERVICIOS **negó tajantemente haber incumplido** con su obligación contractual, asegurando, en síntesis, que el pago del saldo adeudado -50% del total del valor-, estaba sometida a la condición de que INTERNEXA le pagara primeramente lo que le adeudara con motivo de la ejecución del contrato que tenían celebrado, identificado con el N° 4700003187; alegación que sostuvo y defendió con **insistente vehemencia** en las respuestas a los hechos, en la oposición a las pretensiones y en la excepción de *“cumplimiento del contrato por parte de Interservicios por no acaecimiento de la obligación de pago condicional pactada”*.

3.1. El nudo a desatar se contrae, entonces, a determinar, establecer y fijar si la **obligación del pago**, que enfrenta a las partes en **vigorosa controversia**, es

pura y simple (sostenida por ITM) o cualificada por condición suspensiva (abanderada por INTERSERVICIOS); el desenlace acarreará si se **configura el tercer elemento** exigido en el artículo 1546 del Código Civil.

3.2. El discernimiento de las partes sobre la cuestión particularmente discutida.

3.2.1. ITM discurre así:

En el párrafo de la cláusula tercera del contrato, que contiene la forma de pago pactada entre las partes, se establece lo siguiente:

(...)

Parágrafo: La forma de pago será en los siguientes términos:

El valor del contrato se cancelará en un 50% como anticipo para lo cual el ITM debe expedir una garantía de buen manejo de dicho anticipo, y el otro 50% se cancelará contra entrega a satisfacción. Los pagos se harán cuando el contratista emita las respectivas facturas por tales conceptos y cumplan con los requisitos solicitados y legales. Adicionalmente una vez Iternexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187, las facturas se presentaran en original y dos (2) copias.

(...)

De este párrafo se puede concluir:

1.- De la lectura textual y gramaticalmente válida de la mencionada disposición contractual, no se puede inferir que el nacimiento, exigibilidad o cumplimiento de la obligación de pago a cargo del CONTRATANTE, se encuentre sometido a una condición suspensiva que impida su ejecución, diferente al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato por parte del CONTRATISTA y a entera satisfacción del CONTRATANTE y así lo establece expresamente el párrafo mencionado, cuando estipula: "El otro 50% se cancelará contra entrega a satisfacción. Los pagos se harán cuando el contratista emita las respectivas facturas por tales conceptos y cumplan con los requisitos solicitados y legales".

Lo anterior, nos permite concluir que la obligación de pago a cargo del CONTRATANTE estipulada en las cláusulas Tercera y Decimo Primera del mencionado contrato, nació en el momento en que el CONTRATISTA entregó al CONTRATANTE los servicios contratados, con acta de entrega a satisfacción y le presentó la factura por tales servicios con el cumplimiento de los requisitos legales y soportes previamente acordados entre las partes.

2.- La única mención que en el contrato se hace respecto a INTERNEXA, tiene como propósito aclarar la forma en que deben presentarse las facturas por parte del CONTRATISTA (En original y dos copias), para efectos de que el CONTRATANTE gestione internamente su pago, pero en ningún momento se somete el nacimiento de la obligación de pago a cargo del CONTRATANTE a la condición (Evento o acontecimiento que puede o no suceder) de que INTERNEXA le pague los servicios que esta le prestó en

virtud del contrato 4700003187 y esto se evidencia en la redacción de la parte final del párrafo que expresamente establece: "Adicionalmente una vez Iternexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187, las facturas se presentaran en original y dos (2) copias".

Como se puede verificar, lo que allí se pacta, no es diferente de un requisito que debe cumplir la parte contratista respecto al número de copias en las que debe presentar las facturas cuando suceda una situación en particular (Que Iternexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187).

3.- En este sentido, el artículo 1530 del Código Civil, define a las obligaciones condicionales así: "es una obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento que puede suceder o no." Por su parte, la doctrina y jurisprudencia al definir condiciones expresas señalan que: "Es una condición expresa la que está de manera explícita por las partes, son estas las que ha convenido que surgiría un vínculo obligatorio si se realiza determinado hecho incierto, o que se extinguirá el existente ante un evento incierto previamente especificado por ellas."¹ Subrayado fuera del texto original

Así las cosas, es imperativo que la condición conste de manera explícita en el acuerdo contractual, de forma que tanto las partes como el intérprete del contrato, puedan identificar claramente el hecho incierto del que depende en nacimiento o exigibilidad de la obligación y para el caso que nos ocupa, **en ninguna de las cláusulas del mencionado contrato de prestación de servicios, se puede evidenciar expresamente la voluntad del CONTRATISTA para someter el pago de las prestaciones que efectivamente ejecute en virtud del contrato, a la voluntad de un tercero ajeno a la relación contractual, como lo es Internexa.**

Es de anotar que en el evento hipotético que el CONTRATISTA hubiera aceptado voluntariamente someter a una condición suspensiva el pago de la totalidad de los servicios prestados en virtud del contrato, nunca hubiera realizado las inversiones que realizó, ni incurrido en los gastos en que incurrió para la ejecución del contrato, sin verificar o asegurar previamente el cumplimiento de la condición y aun en este evento, por la naturaleza comercial del contrato que nos ocupa y de los servicios prestados, que involucran el suministro de infraestructura (Software y equipos), personal y tecnología, la cláusula que eventualmente sometiera el nacimiento de la obligación de pago de las prestaciones ejecutadas por el contratista, a una hecho incierto dependiente íntegramente de la voluntad de un tercero ajeno al contrato, **podría ser reputada como abusiva y en consecuencia ser objeto de una demanda para obtener su declaración de ineficacia.**

4.- Por todo lo anterior, al no efectuar el pago del saldo del contrato en los términos prescritos en la cláusula décima primera, EL CONTRATANTE está incurrido en un claro y flagrante incumplimiento del contrato.

¹ CUBIDES CAMACHO, Op Cit. Pág. 93.

(Los resaltos no son textuales).

3.2.1.1. Apunta el Tribunal que el ejercicio interpretativo que efectúa la sociedad convocante no traspasa los linderos del documento contractual: relaciona **dos de sus cláusulas**, la décima primera y el parágrafo de la tercera, y examina éste bajo la óptica de una **lectura textual y gramatical**, para descartar como condición del pago *interpartes* la cancelación previa que INTERNEXA le debía hacer a INTERSERVICIOS, puesto que, en su sentir, la alusión que se hizo de Internexa en el contrato era una simple explicación del procedimiento a seguir para la elaboración y presentación de las facturas, **conclusión discutible**, máxime si en el contexto de la exposición se nota que hace un **análisis fraccionado** del parágrafo.

El vínculo jurídico fue vertido y está depositado en el documento, y algún sentido debe tener para las partes todo lo que en él se declara y dispone, dado que lo recogido en el escrito debe tomarse como **trasunto** de la intención y voluntad de los contratantes; **voluntad** negociada exteriorizada **por ambos**, aún a costa y despecho de la redacción farragosa, enmarañada, desordenada, confusa o inexacta, que pueda contener el instrumento, o inclusive sin que adolezca de ninguno de los defectos dichos; la declaración exterior es, al fin y al cabo, **manifestación de la común intención**.

Por ello, no acierta la convocante al explicar que *"en ninguna de las cláusulas ... se puede evidenciar expresamente **la voluntad del CONTRATISTA** para someter el pago de las prestaciones que efectivamente ejecute en virtud del contrato, a la voluntad de un tercero ajeno a la relación contractual, como lo es Internexa"*.

Porque, por definición el contrato es **expresión de voluntades que se unen (voluntades unidas)**, de allí que no sea un exabrupto afirmar que se trata de **una sola voluntad: la acordada**.

Ergo, es menester que para tomar resolución en lo que **discrepen las partes, turbia o limpiamente consignado** en el documento escrito, el intérprete tenga que explorar la voluntad de tantos cuantos son los sujetos de la relación, no de uno en particular.

Es argumento interesante, mas no suficiente, el que ventila, la parte demandante:

"Es de anotar que en el evento hipotético que el CONTRATISTA hubiera aceptado voluntariamente someter a una condición suspensiva el pago de la totalidad de los servicios prestados en virtud del contrato, nunca hubiera realizado las inversiones que realizó, ni incurrido en los gastos en que incurrió para la ejecución del contrato, sin verificar o asegurar previamente el cumplimiento de la condición ...".

Insuficiente porque al lado se halla otra hipótesis válida: la de que ITM se hubiera hecho cargo del riesgo que todo aquello suponía, **adjudicándose libremente las resultas adversas**.

Que la cláusula que condiciona el pago pueda reputarse "abusiva" no es extremo de atención, consideración y menos de pronunciamiento en este laudo, habida cuenta que las peticiones que aquí conforman el *petitum* son principales que no se excluyen, sino, por el contrario, la segunda y la tercera son consecuenciales de la primera. No fue acumulada como subsidiaria pretensión de ineficacia de la cláusula por hipotético abuso.

3.2.2. INTERSERVICIOS, razona de la siguiente manera:

La cláusula 3º del contrato suscrito entre la convocante ITM y la convocada INTERSERVICIOS, regula de manera literal y sin asomo de duda, que ésta le pagará a aquella, cuando INTERNEXA le pague a INTERSERVICIOS los servicios del contrato 4700003187.

La referida cláusula 3º, cuando regula el valor del contrato y la cancelación de los mismos, expresa que "los pagos se harán cuando el contratista emita las respectivas facturas por tales conceptos y cumplan con los requisitos solicitados y legales. Adicionalmente una vez Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187..."

De la citada cláusula 3º, emerge la voluntad inequívoca de las partes de supeditar el pago de la factura 84 que se corresponde a los servicios contratados por INTERSERVICIOS a ITM, cuando INTERNEXA le pague a INTERSERVICIOS los servicios contratados y facturados mediante la aludida factura, y esa voluntad de pago condicionada, está precisamente pactada, cuando la cláusula, al regular la forma del pago alude a un "adicionalmente una vez" que necesariamente condiciona el pago, cuando expresa, que "Adicionalmente una vez Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187..."

La anterior consecuencia jurídica, no está en orfandad de argumentos fácticos y probatorios que la secunden, puesto que sólo basta un análisis crítico de las pruebas existentes, para concluir, que la voluntad de pago del contrato suscrito entre las partes en conflicto obedecía a la voluntad insoslayable de condicionar el pago a cuando INTERNEXA le pagara a INTERSERVICIOS los servicios del contrato 4700003187, analicemos el desarrollo de este punto en lo sucesivo.

Una prueba que sustenta la real voluntad contractual de condicionar el pago, lo es, que la empresa ITM Consulting, a través de su representante legal envía un escrito a INTERSERVICIOS (Prueba 2), de cuyo contenido se constata sin duda alguna que las consecuencias del no pago de la factura número 84 aludida, no son atribuibles o imputables a ninguna de las partes, expresándose, en dicho documento, que las cláusulas del contrato se han desarrollado o ejecutado de acuerdo a lo estipulado, es decir, es una aceptación de que el pago de INTERSERVICIOS a ITM, estaría supeditado al pago de INTERNEXA a INTERSERVICIOS, conforme al contrato por 4700003187. Tan es así, que en el referido escrito, no le exigen a INTERSERVICIOS pago alguno del referido servicio prestado por ITM, sino

que se requiere a aquella para que se acerque a CAJANAL y se gestionen los recursos, es decir, el pago de esta a INTERNEXA, para que esta a su vez le pague a INTERSERVICIOS y finalmente esta le pague a ITM.

Leal con lo realmente pactado entre ITM e INTERSERVICIOS, esto es, que el pago a ITM estaba condicionado al pago que INTERNEXA le hiciera a INTERSERVICIOS por virtud del contrato 4700003187 suscrito, encuentra un apoyo probatorio que sustenta esa verdadera voluntad negociada de las partes, cuando ITM en correo electrónico aportado por ella misma a la demanda se puede verificar que INTERSERVICIOS dando respuesta a una petición de cobro de la referida factura, en correo electrónico del día 11 de agosto de 2010, el Señor Jhon Jader Morales Restrepo, afirma que el pago se hará una vez INTERNEXA cancele a INTERSERVICIOS el valor del respectivo servicio prestado por esta a aquella, esta respuesta es una consecuencia lógica a lo realmente pactado por las partes.

Otra prueba que demuestra, más allá de toda duda razonable, que el pago del contrato celebrado entre ITM e INTERSERVICIOS está condicionado contractualmente al pago que hiciera INTERNEXA a INTERSERVICIOS, es aquella, que señala sin equívoco alguno, la imposibilidad jurídica de iniciar un cobro ejecutivo de la factura 84 por parte de la convocante en contra de la convocada, toda vez que las obligaciones del negocio causal así lo impedían y al no haber surgido la obligación condicional de pago, en tanto que INTERNEXA no ha realizado el pago a INTERSERVICIOS, tal circunstancia, desvirtúa la posibilidad de un cobro ejecutivo entre las partes, pero no obstante ello, la convocante tratando de manera aviesa de enervar y esquivar lo efectivamente pactado entre las partes, procedió a endosar la factura 84 a la empresa ASINFO LTDA (Prueba 4), endosó que fue notificado a INTERSERVICIOS y que puede ser verificado en el referido anexo, circunstancia está, que a la postre, no sólo deja sin sustento lo pretendido económicamente en esta demanda, pues por virtud de la referida CESIÓN y no endosó, al haber sido posterior al vencimiento de la factura, permitió que a la empresa ASINFO LTDA, en su conato de cobro de la factura 84, se le esgrimiera como excepción del negocio causal esa obligación condicional del pago, acontecimiento éste, que permitió, que jurídica y contractualmente no pudiera cobrar la referida factura 84, siendo ésta un situación incontestable que demuestra sin asomo de dudas, una vez más, la obligación condicional de pago pactada entre las partes en la cláusula 3º del contrato suscrito entre ellas, y que ahora pretende ser soslayada por quien promueve este proceso.

Otra circunstancia fáctica que no se puede soterrar y que evidencia de manera lúcida la certeza de que efectivamente está pactado entre ITM e INTERSERVICIOS el condicionamiento del pago que hiciera INTERNEXA a INTERSERVICIOS conforme lo pactado en el contrato 4700003187, es que el contrato celebrado entre estas dos últimas, esto es, entre INTERNEXA a INTERSERVICIOS, condicionaba el pago a ésta última una vez CAJANAL le pagara a INTERNEXA (Prueba 1), y la consecuencia necesaria, es que esta intención o voluntad negociada, la pactara con ITM en la cláusula 3o del contrato, en la cual consintió de manera libre y voluntaria, conforme se ha sustentado, pese a que ahora se desee camuflar lo verdaderamente pactado dando a la realidad de lo ocurrido un disfraz contractual que no es leal con lo real e idóneamente pactado. Tan es así, que ésta intención o voluntad de

condicionamiento del pago, no sólo se negoció así con ITM, sino también con otras empresas subcontratadas por INTERSERVICIOS, con fundamento en el contrato 4700003187 suscrito entre INTERSERVICIOS e INTERNEXA.

Otra prueba que demuestra que no ha surgido la obligación de pago de INTERSERVICIOS a ITM, lo es, no solo la demostración de que la voluntad de las partes fue condicionar el pago al hecho de que INTERNEXA le pague a INTERSERVICIOS los servicios prestados por virtud del contrato 4700003187, cuando CAJANAL le pague a aquella, sino además, porque INTERNEXA le ha certificado a INTERSERVICIOS (Prueba 5), que los servicios de la cláusula adicional 6 del contrato 4700003187, que son los mismos que le prestó ITM a INTERSERVICIOS al ser subcontratada para ello, aun no le han sido pagados a INTERSERVICIOS, situación ésta, que de manera necesaria, demuestra que no ha surgido la obligación de pago de INTERSERVICIOS a ITM.

(...)

Por tal virtud, se puede concluir que nos encontramos ante un contrato legal y válidamente celebrado entre las partes contratantes, del cual hace parte de manera irremediable la cláusula tercera del contrato regulando el condicionamiento de pago de la forma ya tantas veces aludida, todo lo cual, es una ley para las partes según la regulaciones del artículo 1602 del código civil, lo cual, es secundado por el artículo 884 del código de comercio, cuyos presupuestos aparecen en esta relación contractual, en tanto que estamos frente un acuerdo de dos partes, al cual, ellas mismas, se han obligado válida y legalmente, regulando entre ellas una relación jurídica patrimonial, que no es otra, que el referido pago condicional, circunstancia ésta que hoy por hoy, y a la luz del contrato, y a la luz de la ley no puede ser esquivada o cercenada de tajo, por la interpretación de quien ha convocado este tribunal.

3.2.2.1. Observa el Tribunal que, en su estudio y concepto, la entidad convocada trasciende la esfera de lo estrictamente convencional, de estrecho marco, e incursiona en la prueba de hechos y circunstancias exógenas que derechamente o como indicadores aledaños al texto negocial le den apoyatura y respaldo a la condición que aduce existir, hallarse vigente y que impide –lícita y legalmente– proceder al pago de la segunda cuota de la contraprestación a que tiene derecho el contratista.

Empero, las pruebas de las que se vale y los argumentos que esgrime no logran, *per se*, satisfacer el objetivo deseado, pues por aisladas y carentes de un hilo fuerte de conexión no proporcionan la certeza necesaria que el asunto exige.

A título de ejemplo, la prueba 5, no la 2, que es la “*carta de ITM Consulting de Colombia, en la que manifiesta conocer que los inconveniente presentados en el contrato, son externos y no son endilgables a ninguna de las partes*”, **es ambigua**, no expresa centradamente o por alusión o referencia que el no pago de la factura 84 se deba a culpa o falla de terceros, a más de que, como lo hace ver el señor apoderado de ITM en el memorial del 14 de agosto de 2015, la comunicación tiene

fecha anterior a la de la factura (aquella es del 19 de marzo de 2010 y ésta se emitió el 1° de julio siguiente).

La carta en comentario, más bien, puede tener sentido y explicación si se la conecta con la constancia que se dejó en el "ACTA DE ENTREGA UNIDAD ROBOTICA DE BACKUP, SERVIDOR CONTINGENCIA DE CLIPPER, FIREALL E IDS/IPS A INTERNEXA S.A.", de fecha 25 de agosto de 2009, firmada por Claudia Marcela Alfaro (Interventor) y Juan Carlos Triana Ulloa (Contratista), la cual reza:

"Que a partir del día 12 de junio se llevó a Cabo la Intervención de CAJANAL EICE, lo que generó la suspensión temporal del contrato y la ejecución normal del mismo".

Claro está que las pruebas señaladas por INTERSERVICIOS las evaluará el Tribunal dentro del contexto al que pertenezcan.

3.3. El artículo 7° del Código General del Proceso. La ley y la jurisprudencia.

Norma que proclama el sometimiento de los jueces, en ejercicio de la función de hacer actuar el derecho objetivo en los casos particulares y concretos, al imperio de la ley, debiéndose servir para aquello, a más y entre otras, de la jurisprudencia.

Ésta, en casación civil, ha modelado y moldeado con maestría la disciplina sobre **interpretación de los contratos**, de la que el Tribunal arbitral se servirá, valiéndose de lo que a continuación se da a conocer:

3.3.1. En sentencia del 7 de febrero de 2008, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, expediente 2001-06915-01, la Corte Suprema de Justicia, explicó:

"Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27 1971 y julio 5 1983) el alcance de su contenido (cas. diciembre 10 1999, exp. 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18 2003, exp. 6806).

*Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la **"recíproca intención de las partes"** (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, **considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica comercial, la fase prodrómica, de gestación o formación** teniendo en cuenta que **"...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la***

producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, **una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato**" (cas. civ. junio 28 1989).

Con referencia a la común intención, el legislador impone la regla de **no limitarse al sentido literal, esto es, al significado gramatical o semántico natural del vocablo utilizado**, sea en el contexto general del contrato, sea en el contexto específico de cada palabra, sea en su expresión textual y literal o en su conexión sintáctica por elementales márgenes de disimilitud, ambigüedad u oscuridad semántica, trascendiendo la esfera del simple motivo (interpretación subjetiva), del escrito y la actuación (interpretación objetiva), para lo cual, el juez, ... **indagará desde su fase genética, in toto, el acto positivo, la conducta previa, coetánea y ulterior de las partes** inserta en la época, lugar y medio predeterminado, verificará su conformidad o desavenencia con el ordenamiento y precisará sus efectos, o sea, la relevancia jurídica del sentido de la *communis intentio*, locución referida ab initio a la concepción eminentemente voluntarista del negocio jurídico a *speculum* como acto de "voluntad interna", ora "declarada" ... (subrayas puestas).

3.3.2. En la del 27 de mayo de 2008, expediente 11001-31-03-028-2000, Magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, expuso:

*El asunto que hoy exige la atención de la Corte atañe a la interpretación del contrato, de cuyo trasunto es posible hacer más de una representación, para desentrañar cuál fue el genuino querer de los contratantes, con mayor razón si la redacción es penumbrosa o si el interés de parte impide extraer neutralmente el sentido de las disposiciones. En esta especial forma de comunicación humana, no es siempre uniforme la fluencia de sentido y significado sobre cómo se propusieron los contratantes coordinar sus voluntades y recursos, para el logro de los fines contractuales que indujeron la celebración del acto. Como ha sostenido la Sala **"una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no solo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen**. Entonces, no está demás señalar que cuando los contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que **después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno, el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, carece de eficacia para hallar el sentido mediante un laborío aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente**. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los*

silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses”.

• **Por esa circunstancia, cuando las partes disputan acerca del significado de una disposición contractual o del negocio todo, tal divergencia debe ser zanjada por la intervención del juez, quien atendidos los elementos lingüísticos de la convención, cuando ello sea posible, el conjunto de sus disposiciones, los antecedentes contractuales entre las mismas partes, o la forma de su ejecución, entre otros aspectos, puede atribuir significado a las disposiciones que siembran la incertidumbre sobre la conducta esperada de las partes frente al acto, así su contenido sea claro.**

• **Ha dicho la Corte que no ‘por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes ...’** (subrayas fuera del texto).

3.4. Con el fin de descubrir la **“verdadera intención de las partes”** en lo que atañe a la cláusula en discordia, el Tribunal, tomando por auxilio los anteriores lineamientos jurisprudenciales en materia de interpretación, se ocupará de hacer el escrutinio del caudal probatorio, apreciándolo **“en conjunto”** y **“de acuerdo con las reglas de la sana crítica”**, cual lo manda el artículo 176 del Código General del Proceso.

3.4.1. La sana crítica.

Sobre el método valorativo de la **“sana crítica”**, la jurisprudencia ha dejado asentada la siguiente orientación, misma que el Tribunal aplicará al sopesar los medios de prueba acopiados, con la finalidad de que, como elementos de convicción, confieran soporte y levanten un fallo seriamente ajustado a derecho:

“Ese concepto [sana crítica] configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”.

“El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”.

(Sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz).

4. Documentos precontractuales.

De la prueba documental *“regular y oportunamente allegadas al proceso”* y obtenidas legalmente (art. 164 CGP), se destacan los mensajes contenidos en los correos electrónicos cruzados entre los representantes legales de las partes o personas autorizadas por una y otra, o entre éstos y terceros –personal de Internexa y/o Cajanal- y viceversa, enviados con copia a todos o a algunos, los cuales revisten máximo grado de significación para el Tribunal, ya que son tratos antecedentes y preparatorios, que directamente o por inferencia lógica y dictados de la experiencia, son indiciarios o, aún más, reveladores de la voluntad real que fueron determinantes para que los representantes de INTERSERVICIOS y de ITM llegaran a celebrar el contrato de prestación de servicios, en los términos finales que quedaron plasmados en el documento suscrito el 29 de abril de 2009.

Son correos que trazan el itinerario del intercambio de información, apreciaciones, aclaraciones, sugerencias y modificaciones en torno al proyecto del contrato, en lo técnico, lo económico, lo jurídico y demás cuestiones de importancia, planteadas desde la génesis de las negociaciones, cuando INTERSERVICIOS e ITM se manifestaron recíprocamente y de manera seria como posibles contratante y contratista, hasta la firma del instrumento privado contentivo de las cláusulas obligatorias –ley del contrato- que definitivamente vincularon jurídicamente a ambas sociedades.

El examen –y análisis- que se realiza a continuación va dirigido a **descifrar el alcance de la cláusula tercera y de su parágrafo**, relativos al precio y a la forma de pago de la contraprestación de los servicios, **consultando el contexto de las comunicaciones electrónicas y demás documentos atinentes a ese asunto específico.**

Para transitar ordenadamente, los correos se estudiará en secuencia cronológica. Y se advierte, de nuevo, que se interrelacionarán con otras pruebas.

4.1. Invitación de INTERSERVICIOS a ITM para presentar oferta (licitación privada).

Correo enviado el **jueves 26 de febrero de 2009**, a las 2:56 p.m., remitido por Interservicios (John Jader Morales -jmorales@interservicios.com.co-) a ITM (acuervo@itmcolombia.com), con copia a Claudia Marcela Alfaro García y Aníbal Restrepo Arango.

Asunto: Términos de referencia y Anexo técnico seguridad

Texto:

"Interservicios le (sic) complace invitarlo a ofertar en los servicios de seguridad física, electrónica y seguridad en sistemas en las instalaciones de CAJANAL E.I.C.E. CAN y a la sede Villa Alsacia, en la ciudad de Bogotá, para lo cual enviamos lo (sic) pliegos y anexo técnico a tener en cuenta".(Subrayas impuestas).

4.2. La convocatoria a presentar oferta, se extendió de la siguiente guisa en el pliego enviado:

1.1 INVITACIÓN

INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA., le invita a presentar Oferta para la Solicitud Prestación de Servicios, cuyo objeto se describe en el numeral 1.2 -Objeto de la solicitud-.

El original de la Oferta, deberán (sic) ser entregados (sic) en la Carrera 69 No. 25B-44 Oficina 815 Edificio World Business Port, Bogotá, a la señora Claudia Marcela Alfaro García, antes de las 03:00 p.m., hora de la República de Colombia, el 02 de marzo de 2009, hora y fecha límite para el recibo de Ofertas. El Proponente puede optar por entregar una copia de su Oferta digitalizada en CD, adicionalmente debe ser enviado por correo electrónico.

1.2 OBJETO DE LA SOLICITUD

El objeto de la presente solicitud es contratar los servicios de Seguridad Física, Electrónica y la Seguridad Informática de todos los sistemas utilizados en la sede CAJANAL E.I.C.E CAN y a la sede Villa Alsacia.

La persona encargada de recibir físicamente la oferta, señora Claudia Marcela Alfaro García, era empleada de INTERNEXA, como lo evidencia su cuenta de correo electrónico en mensajes transmitidos y/o recibidos por ella.

Se agrega que fue quien lideró la interventoría del contrato INTERSERVICIOS-ITM.

4.3. ITM solicita a INTERSERVICIOS aclaraciones del pliego.

Correo enviado el **viernes 27 de febrero de 2009**, a las 7:47 a.m., remitido por ITM (Armando Cuervo Vanegas) a Interservicios, con copia para jmorales@interservicios.com.co y Ricardo Camero (ITM).

Texto:

Señores: Interservicios

Señorita: CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCÍA

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

En atención a su invitación a cotizar servicios de Seguridad Física, Electrónica y la Seguridad Informática de todos los sistemas utilizados en la sede CAJANAL E.I.C.E CAN y a la sede Villa Alsacia, nos permitimos **solicitar las siguientes aclaraciones** ...:

1. En relación al numeral 1.5 del IDIOMA, donde se solicita que todos los documentos e información de cualquier índole, deberán ser redactados en este idioma (el castellano, puntualiza el Tribunal), a menos que se permita la utilización de otro diferente, solicitamos a ustedes ... se considere la posibilidad de entregarse en el idioma o idiomas que los fabricantes tengan preestablecidos ...”.

2. Consideramos que el numeral 2.4.1 del Plazo tiene un error tipográfico pues hace referencia a un plazo inicial para la ejecución de los trabajos es de 225 días, pero inmediatamente hace referencia a otro plazo de 45 días. Favor aclarar cuál de los dos plazos es el indicado.

3. En el numeral 3.3 de la Modificación del Alcance, Interservicios se reserva el derecho a modificar el alcance de los trabajos durante la ejecución de los mismos mediante Adenda, si a su juicio lo considera necesario. Consideramos que este numeral no permite costear el proyecto de manera precisa y le permite al Interventor o Contratante cambiar el alcance a su propio criterio sin tener en cuenta el tiempo de ejecución y los costos. Solicitamos a ustedes considerar la posibilidad de que ambas partes Contratante-Contratista deban acordar las modificaciones posibles al alcance, de la manera más conveniente para ambas partes y teniendo en cuenta las variables tiempo-costos. (Subrayas agregadas).

4.4. INTERSERVICIOS aclara a ITM los puntos del pliego 1.5., 2.4.1. y 3.3.

Correo enviado el **lunes 2 de marzo de 2009**, a las 11:06 a.m., remitido por Interservicios (John Jader Morales) a ITM (Armando Cuervo Vanegas), con copia para Ricardo Camero C. (ITM), cmalfaro@intemexa.com.co y arestrepo@internexa.com.co.

El Tribunal advierte que los destinatarios de la copia de este correo (cmalfaro@intemexa.com.co y arestrepo@internexa.com.co), son Claudia Marcela Alfaro García y Aníbal Restrepo Arango, profesionales vinculados a INTERNEXA.

Texto:

Atendiendo su solicitud, le informamos lo siguiente:

1. De acuerdo al numeral 1.5, consideramos prudente recibir los manuales que ustedes hacen referencia en otro idioma.

2. En cuanto al plazo se hace referencia al tiempo total que se divide en dos fases, la primera son 45 días para poner en marcha toda la infraestructura necesaria y 180 días (6 meses) para realizar acompañamiento en todo el desarrollo.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

3. En el punto 3.3 de los términos de referencia aclaremos que es de común acuerdo entre las partes contratante- contratista, de tal manera que no se vea afectado lo inicialmente propuesto (tiempo-costos). (Subrayas añadidas).

4.5. ITM le remite a INTERSERVICIOS la oferta.

Correo enviado el **lunes 2 de marzo de 2009**, a las 12:57 p.m., remitido por ITM (RICARDO CAMERO C.) a Interservicios (María Yarley Vásquez Ramírez y jmorales@interservicios.com.co), adjuntando "cotización 1.17 CAJANAL.pdf"; Respuestas Pliegos para servicios de seguridad CAJANAL.pdf; Respuestas_Aspectos Tecnicos Seguridad Cajanal.pdf.

Texto:

Señora
CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCÍA
INTERSERVICIOS

Por medio de la presente nos permitimos adjuntar la propuesta a la invitación realizada por ustedes con objeto contratar los servicios de Seguridad Física, Electrónica y la Seguridad Informática de todos los sistemas utilizados en la sede CAJANAL E.I.C.E CAN y a la sede Villa Alsacia. (Subrayas a propósito).

4.6. En el pliego diligenciado por ITM y enviado a INTERSERVICIOS, se agradeció la invitación, así:

"ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS"

INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA (EN ADELANTE ITM) Agradece ser tenido en cuenta para la presente invitación garantizando los más altos estándares de calidad y el cumplimiento de los requerimientos.

Revisado el pliego de la propuesta a contratar, el Tribunal observa que ITM respondió a todos los ítems: **"ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS"**, así, de modo seco, a la mayoría; a algunos, con comentario adicional reiterativo del enunciado del ítem; y a los demás, anunciando la remisión de documentos exigidos como anexos.

Conviene extraer del pliego los siguientes puntos en particular, en el orden secuencial del pliego:

4.6.1.

2.5.2 Precios de la Oferta.

El Proponente deberá presentar los precios de su Oferta sólo en pesos colombianos.

El Proponente definirá los precios unitarios por cada ítem de los servicios.

Los precios unitarios mensuales indicados por el Proponente, no deben incluir el Impuesto sobre las Ventas (IVA).

El Proponente, se obliga para con INTERSERVICIOS a ejecutar por los precios unitarios de cada ítem del contrato que se llegare a celebrar, todos los trabajos necesarios para la correcta prestación de los servicios contratados ya que por fuera de ella no habrá ningún reconocimiento de INTERSERVICIOS al Proponente, posible Contratista, y declara que conoce las leyes y reglamentaciones colombianas que inciden en los costos del Contrato.

(...)

ITM contestó a este ítem:

*"ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS"
"ITM adjunta su oferta económica en el Anexo A Precios"*

El "**Anexo A Precios**", no se encontró en el plenario, pero sí la "cotización 1.17 CAJANAL.pdf.", adjunta al correo enviado del lunes 2 de marzo de 2009, 12:57 p.m. (ver **supra 4.5**), que se resume:

(Logotipo de ITM)

*Para: SEÑORA CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCIA
INTERSERVICIOS
PROYECTO CAJANAL
Cotización 1.17 QTE_RCC
Sales Manager RICARDO CAMERO C-.
ricardocamero@itmcolombia.com
PBX: (57)1- 6582657 Cel: (57)3138896346
Bogotá, D.C, Cll. 125 No.19-89 Of.502
2-mar-09*

(...)

<i>TOTAL Infraestructura tecnológica</i>	\$ 552.200.385,85
<i>TOTAL PROYECTO</i>	\$ 818.265.173,79

CONDICIONES COMERCIALES

Cotizado en Pesos Colombianos. NO INCLUYE IVA

Cotización válida por 25 días, entrega 20 días hábiles luego de recibida la orden de compra.

Forma de pago: 50% ANTICIPADO 50% CONTRAENTREGA

La infraestructura de hardware tiene 3 años de garantía y soporte.

Y existe la "TABLA No. 1 PRECIOS.xls", anexa al correo enviado por ITM el miércoles 15 de abril de 2009, a las 8:02 a.m. (véase **infra 4.9**):

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Total Infraestructura tecnológica	\$ 306.882.435,49
TOTAL PROYECTO	\$ 474.801.898,43
IVA	\$ 75.968.307,75
TOTAL PROYECTO CON IVA	\$ 550.770.202,17

CONDICIONES COMERCIALES

Cotizado en Pesos Colombianos.

Cotización válida por 25 días, entrega 20 días hábiles luego de recibida la orden de compra.

Forma de pago: 50% ANTICIPADO 50% CONTRAENTREGA

La infraestructura de hardware tiene 3 años de garantía y soporte.

En las dos cotizaciones, ITM propuso que el pago del precio se hiciera en dos contados cada uno en su mitad: el primero, como anticipo y el segundo, a la entrega de los trabajos, pues el Tribunal interpreta que a ello se refiere el vocable “contraentrega”.

4.6.2.

3.1 PLAZO

El Proponente deberá tener en cuenta para la ejecución de los trabajos, que el plazo máximo para la terminación total de los mismos es de doscientos veinticinco (225) días, cuarenta y cinco (45) días para poner a operar el alcance de dichos servicios y seis (6) mes para acompañamiento, contados a partir de la fecha en que INTERSERVICIOS ordene por escrito la iniciación de los trabajos.

ITM dijo a este ítem:

“ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS”

Este punto del pliego había sido materia de aclaración (*supra* 4.3 y 4.4.).

4.6.3.

3.2 ORDEN DE INICIACIÓN DE LOS TRABAJOS

Para que se pueda iniciar la ejecución de los trabajos, INTERSERVICIOS expedirá una orden en donde le fijará al Contratista la fecha de iniciación de los mismos, a partir de la cual se contarán el plazo de ejecución. Si el Contratista realiza trabajos previamente a la fecha que INTERSERVICIOS le señale, lo hará bajo su exclusiva responsabilidad y en consecuencia, INTERSERVICIOS no se obliga a reconocerle pago alguno por los mismos.

INTERSERVICIOS expedirá la orden de inicio una vez: Estuviere debidamente celebrado el contrato y que El Contratista haya constituido las pólizas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en las - Garantías y seguros – solicitados en el contrato y pagado el Impuesto de Timbre.

ITM señaló en este ítem:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

"ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS"

4.6.4.

3.6 CONDICIONES ECONÓMICAS Y FORMA DE PAGO

La forma y condiciones de pago será de un 50% como anticipo para lo cual el posible contratista debe expedir una garantía de buen manejo de dicho anticipo, y el otro 50% se cancelara contra entrega a satisfacción.

ITM indicó:

"ENTERADOS, ACEPTAMOS Y CUMPLIMOS"

4.7. Hasta aquí queda suficientemente claro que el precio cotizado por ITM se pagaría en dos momentos: 50% como **anticipo**, **bajo condición** de obtener garantía de buen manejo, fuera del cumplimiento de los requisitos para que INTERSERVICIOS impartiera la orden de iniciación de los trabajos; y 50% "**contra entrega a satisfacción**", **obligación pura y simple**.

4.8. Participación de INTERNEXA en los tratos preliminares.

4.8.1. Correo enviado el **lunes 30 de marzo de 2009**, a las 11:03 a.m., remitido por ITM (Ricardo Camero C.-ricardocamero@itmanagementcolombia.com-), a INTERSERVICIOS (jmorales@interservicios.com.co) y a INTERNEXA (Aníbal Restrepo Arango -arestrepo@internexa.com.co- y Claudia Marcela Alfaro García -cmalfaro@internexa.com-), con copia a ITM ('Armando Cuervo Vanegas')

Texto:

*Señor
John Jader Morales*

De acuerdo a su requerimiento reenviamos la oferta inicial.

A solicitud del Señor Aníbal Restrepo estoy enviando la propuesta presentada la cual contiene:

- 1. Especificaciones técnicas y marcas de los equipos que se suministrarán en los distintos componentes de la cotización presentada frente al anexo técnico y especialmente los siguientes: CCTV, INFRAESTRUCTURA TECNOLÓGICA.*
- 2. Garantías de los equipos a instalar y las condiciones para el soporte técnico que se prestará una vez implementados los mismos.*
- 3. Cronogramas de la ejecución de la primera fase (CCTV e INFRAESTRUCTURA TECNOLÓGICA).*

Este correo muestra y comprueba que ITM tenía conocimiento acerca del interés que le asistía a INTERNEXA en la celebración del contrato del oferente con

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

INTERSERVICIOS, pues no de otra manera se explica que la eventual sociedad contratista atendiera la solicitud de Aníbal Restrepo, valga decir INTERNEXA, de retransmitir la oferta inicial y enviar las especificaciones técnicas y marcas de los equipos a suministrar ... las garantías de los equipos y condiciones para el servicios del soporte técnico a prestar ... y los cronogramas de la ejecución de la primera fase..., para información de todos.

4.8.2. Correo enviado el **viernes 3 de abril de 2009**, a las 10:36 a.m., remitido por **INTERNEXA (CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCÍA)** a **INTERSERVICIOS (John Jader Morales)**

Texto:

“Solo por adelantar la tarea, es posible enviarle a ITM un borrador de contrato, (clausulas básicas que se manejan en los contratos de Interservicios), para que el área Jurídica de ITM lo empiece a revisar”.

Se patentiza el empeño de INTERNEXA en impulsar las negociaciones interpartes.

4.8.3. Correo enviado el **lunes 6 de abril de 2009**, a las 4:23 p.m., remitido por **INTERNEXA (ANIBAL RESTREPO ARANGO)** a **INTERSERVICIOS (John Jader Morales)**.

Texto:

“Por favor cuéntame cómo va el contrato con ITM. Sé que ellos no inician mientras no tengan contrato con ustedes, así que por favor me cuentas cómo va el asunto, pues debemos hincar (sic) cuanto antes”.

Ídem de ídem (ver 4.8.2.)

4.9. Presencia de CAJANAL y germen de una condición.

Correo enviado el **miércoles 15 de abril de 2009**, a las 8:02 a.m., remitido por **INTERSERVICIOS (John Jader Morales)** a **ITM (acuervo@itmcolombia.com)**. Asunto: Contrato y anexos para proyecto seguridad.

Texto:

Buenos días Dr. Armando,

*Dando cumplimiento a la aprobación de inicio a los servicios de seguridad en el proyecto Cajanal, **enviamos archivo con el contrato de prestación de servicios** y los anexos 1 (**tabla No.1 precios**) y 2 (aspectos técnicos), para su revisión y sugerencias a estos.*

*Teniendo en cuenta **los últimos cambios solicitados directamente por Cajanal**, agradecemos nos colabore con sus observaciones en los puntos del alcance dentro del archivo del contrato, al igual que lo resaltado en color rojo en el anexo 2 aspectos técnicos, son en estos*

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

que principalmente deben ser modificados o retirados en el caso del anexo 2, por los ajustes solicitados.

Por lo anterior, solicitamos su mayor colaboración para que la revisión sea lo más pronto posible, y así **inmediatamente Internexa nos haga el anticipo del 50%, Interservicios lo pueda hacer a su vez a ustedes.**

(...)

John Jader Morales Restrepo

(Archivos adjuntos):

Contrato seguridad con ITM.doc., TABLA No. 1 PRECIOS.xls y Aspectos Técnicos Seguridad ca ... (Lo resaltado y subrayado es del Tribunal).

Brotan de este correo consecuencias insospechadas, como son:

a) Cajanal dejó de ser una simple mención en las tratativas (“El objeto de la presente solicitud es contratar los servicios de Seguridad Física, Electrónica y la Seguridad Informática de todos los sistemas utilizados en la sede CAJANAL E.I.C.E CAN y a la sede Villa Alsacia”) –supra 4.1.2.- y pasó a tener injerencia en aquellas, puesto que la nombrada entidad solicitó, “directamente”, que se hicieran cambios relacionados con el alcance del objeto contractual; situación que en virtud de este correo fue conocida por ITM CONSULTING.

b) La más trascendental: INTERSERVICIOS urgió a ITM para prestar su colaboración “lo más pronto posible”, con las observaciones a los aspectos técnicos del anexo 2, resaltados con color rojo, objeto de modificación o retiro, a solicitud de CAJANAL; rapidez que iba a favorecer e impulsar el pago inicial, en el sentido de que INTERNEXA se pusiera en condiciones de cancelarle el **anticipo del 50% a INTERSERVICIOS** –derivado de su relación contractual-, para que, a su turno, **INTERSERVICIOS pudiera hacer el suyo a ITM**, deviniente del contrato en proyecto.

En otras palabras, no empecé a lo tratado con anterioridad, referente a la forma de pago del precio, acorde con el pliego y cotizaciones (supra 4.6.1, 4.6.4. y 4.7), a estas alturas **se empieza a gestar un ingrediente adicional**, al menos en lo relativo al pago del anticipo: **que INTERNEXA le pague primero a INTERSERVICIOS.**

Léase de nuevo y se verá lo contundente del mensaje:

“Por lo anterior, solicitamos su mayor colaboración para que la revisión sea lo más pronto posible, y así **inmediatamente Internexa nos haga el anticipo del 50%, Interservicios lo pueda hacer a su vez a ustedes**” (énfasis incorporado).

4.10. Primera manifestación “formal” de la condición.

Con el correo en comento –el que precede- se envió el “**archivo con el contrato de prestación de servicios**”.

La minuta remitida tenía como celebrantes a **CARLOS ALBERTO RAMÍREZ FRANCO** en calidad de Representante Legal de **INTERSERVICIOS COOPERATIVA MULTIACTIVA**, y a **ARMANDO CUERVO VANEGAS** actuando como representante legal de **INFORMATION TRADE MANAGEMENT CONSULTING DE COLOMBIA LTDA (ITM)** y constaba de diecisiete (17) cláusulas.

La cláusula décima era del siguiente tenor:

DÉCIMA - DEBERES DE INTERSERVICIOS.- INTERSERVICIOS queda obligado a:

a. *Cancelar de manera cumplida el VALOR DE LOS SERVICIOS (sic) PRESTADOS por ITM pactado entre las partes, teniendo en cuenta la forma contemplada en el parágrafo del valor del Contrato de prestación de Servicios.*

b. (...)

La cláusula tercera contemplaba el valor del contrato, así:

TERCERA - VALOR DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. – *El valor del Contrato de prestación de Servicios es de CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$474.801.898), con fundamento en la sumatoria de todos los valores según tabla 1 de precios, y conforme a las actividades que se detallan en el anexo 1 aspectos técnicos, el cual es parte integrante de este Contrato de prestación de Servicios. Dicho valor antes mencionado no incluye el impuesto sobre las ventas –IVA-. El valor estipulado en esta cláusula , será el único reconocimiento que haga INTERSERVICIOS al CONTRATISTA y, por lo tanto, cubren (sic) todos los costos directos e indirectos de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del contrato.*

El valor pactado correspondía al “TOTAL PROYECTO” **(474.801.898,43)**, sin IVA, de la “TABLA No. 1 PRECIOS.xls” y los componentes para fijarlo se acomodaba a lo consagrado en el pliego de la oferta (**supra 4.6.1.** en lo pertinente).

Y el **parágrafo de la cláusula tercera** consagraba la forma de pago del valor del contrato, así:

Parágrafo: *La forma de pago será en los siguientes términos:*

El valor del contrato se cancelará en un 50% como anticipo para lo cual el ITM debe expedir una garantía de buen manejo de dicho anticipo, y el otro 50% se cancelara contra entrega a satisfacción.

Los pagos se harán cuando el contratista emita las respectivas facturas por tales conceptos y cumplan con los requisitos solicitados y legales. Adicionalmente una vez Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187, las facturas se presentaran en original y dos (2) copias.

La facturación se deberá presentar en la oficinas de Interservicios en Bogotá y debe ir debidamente acompañada de la respectiva constancia de pago de los aportes a la seguridad social de los trabajadores que por su cuenta y riesgo emplea ITM para ejecutar los trabajos tendientes a cumplir con el objeto de este Contrato de prestación de Servicios o deberá anexarse certificación expedida por el revisor fiscal del contratista en caso de tenerlo, donde de fe del cumplimiento de esta obligación.

Es necesario para dar trámite a la facturación, la entrega por parte ITM y aceptación a entera satisfacción por parte de INTERSERVICIOS de los informes de avance de acuerdo con el cronograma estipulado.

Según el parágrafo, el pago del anticipo (50%) continuaba como estaba escrito en el pliego ("el posible contratista debe expedir una garantía de buen manejo de dicho anticipo"), -arriba 4.6.4.-, sin que se eche al olvido que por correo del miércoles 15 de abril INTERSERVICIOS le prevenía a ITM: "**inmediatamente Internexa nos haga el anticipo del 50%, Interservicios lo pueda hacer a su vez a ustedes**"; y el otro 50% se pagaría, consonante con el pliego, "**contra entrega a satisfacción**" (idem 4.6.4.).

Pero, el parágrafo de la cláusula tercera, en la minuta, disponía sin ambages:

Los pagos se harán cuando el contratista emita las respectivas facturas por tales conceptos y cumplan con los requisitos solicitados y legales. Adicionalmente una vez Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187, las facturas se presentaran en original y dos (2) copias.

La expresión "**Los pagos**" está referida, sin hesitación, a los **dos** en que se fraccionó el valor total del contrato, es decir, tanto el pago del **anticipo**, como el pago del **otro 50%**; allí no se aludió a uno con exclusión del otro, sino que se empleó el plural, el cual comprendía, desde luego, **dos pagos**.

LOS PAGOS "se harán":

(i) Cuando el contratista emita las facturas;

(ii) Cuando **además** se cumplan los requisitos solicitados –para el anticipo del 50%, la constitución de garantía de buen manejo del mismo, y para el saldo del 50%, la entrega a satisfacción-; y

(iii) Cuando **además** "Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del contrato 4700003187".

Lo otro que va seguido de la coma, o sea que las facturas se presenten en original y dos copias, fue mal situado por el redactor o redactores del documento, ubicado malamente y no más, porque esa añadidura entremetida donde no correspondía, de todas maneras en nada hace desmerecer o afectar la concurrencia de los tres requisitos previstos para que **LOS PAGOS** se efectúen, cada uno en su momento.

Leído el párrafo atendiendo las pautas señaladas es completamente lógico y comprensible.

Mas, la **interpretación gramatical no basta**, puesto que al fallador se le impone no cesar en la búsqueda de la "voluntad común", o sea, hay que seguir auscultando, en el material probatorio, lo sucedido entre las partes, e incluso "con" y "ante" terceros, a efecto de detectar la intención de los contratantes con la mayor precisión y nitidez posibles.

4.11. Se continúa con la evolución de la etapa precontractual.

ITM revisó el proyecto de contrato y el anexo.

Correo enviado el **sábado 18 de Abril de 2009**, a las 7:46 a.m., remitido **por ITM** (Armando Cuervo Vanegas), a interservicios (John Jader Morales), con copia a INTERNEXA (Claudia Marcela Alfaro García).

Asunto: Contrato de prestación de servicios y Anexo 2

Texto:

*"Anexo encontrará el contrato de prestación de servicios y el Anexo 2 con las observaciones que consideramos pertinentes. En ambos casos empleamos control de cambios. Le ruego el favor que luego de revisados los documentos **nos haga llegar lo que usted considera la versión final para una última revisión**".*

4.12. Iniciativa de ITM de empezar tareas sin la firma del contrato.

a) Correo enviado el **lunes 20 de abril de 2009**, a las 7:03 a.m., remitido **por ITM** (Armando Cuervo Vanegas [<mailto:acuervo@itmcolombia.com>]) a **INTERNEXA** (ANIBAL RESTREPO ARANGO), con copia a INTERSERVICIOS (John Jader Morales y CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCIA).

Asunto: **Inicio anticipado proyecto CAJANAL.**

Texto:

Buenos días Aníbal:

De acuerdo con nuestra última conversación, me permito manifestar a usted la necesidad de dar inicio a la fase de Diagnóstico Físico y de Infraestructura del proyecto del Sistema de Seguridad e (sic) CAJANAL esta misma semana con el fin de obtener el Informe de general de auditoría y Recomendaciones para la mitigación de los riesgos detectados como elementos fundamentales de la implementación del sistema y en tanto se legaliza el contrato.

b) Correo enviado el **martes 21 de abril de 2009**, a las 9:12 a.m., remitido por **INTERNEXA (ANÍBAL RESTREPO ARANGO-arestrepo@internexa.com.co-)** a **ITM (Armando Cuervo Vanegas)**, con copia a **INTERSERVICIOS (John Jader Morales y CLAUDIA MARCELA ALFARO GARCÍA)** y a **OSCAR DAVID ZAPATA CARDONA (CAJANAL)**

Asunto: RE: **Inicio anticipado proyecto CAJANAL**

Texto:

Mil gracias Armando, por favor proceder. Aprovecho la oportunidad para informarte que CAJANAL en el nuevo contrato 665, suscrito desde el jueves pasado (16 de abril), incorporó el sistema de detección de incendios, en otras palabras: A través de adición al contrato 1316 se ordenó adelantar sistema de CCTV y Plataforma Tecnológica y el sistema de detección de incendios quedó ordenado en el contrato 665 de 2009.

Los anteriores dos correos evidencian que los señores representantes legales de ITM (ARMANDO CUERVO y RICARDO CAMERO) eran conocedores de la existencia (aunque posiblemente no del texto) del vínculo contractual entre CAJANAL e INTERNEXA –así lo pregona el mensaje de la letra b)- y de la relación jurídica habida entre INTERNEXA e INTERSERVICIOS –divulgada en el parágrafo de la cláusula tercera del anteproyecto de contrato adjunto al correo del 15 de abril de 2009 (“Adicionalmente una vez Internexa le pague a Interservicios los servicios que esta le presta en virtud del **contrato 4700003187...**”)-; al punto que INTERNEXA (Aníbal) le dice directamente a ITM (Armando) que por favor proceda y lo entera del nuevo contrato – que es adición – entre INTERNEXA y CAJANAL.

Es llamativo que hubiera sido ITM quien en el primer correo le hubiera planteado en forma primaria y directa a INTERNEXA y no a INTERSERVICIOS, acerca de “la necesidad de dar inicio a la fase de Diagnóstico Físico y de Infraestructura del proyecto...” y que en el segundo correo fuera INTERNEXA y no INTERSERVICIOS la que despachara la orden de *“proceder”*.

Lo que se colige *sanamente* es que había una coordinación entre las cuatro (4) empresas CAJANAL – INTERNEXA – INTERSERVICIOS - ITM CONSULTING para la ejecución del proyecto, a través de una **cascada de subcontrataciones**, en la que todas tenían intereses económicos, que iba a desembocar en que ITM sería, en la práctica, quien haría los trabajos de seguridad informática para CAJANAL, mas no INTERNEXA, ni tampoco INTERSERVICIOS.

Palmario es que por los correos enviados y recibidos y por conversaciones sostenidas entre ellos, todos los que interactuaron en esta fase antecedente eran **conscientes de las varias contrataciones**, ligadas de principio a fin y con el mismo objeto, para alcanzar el propósito común de la ejecución de los trabajos de seguridad física, electrónica e informática de los sistemas utilizados en las sedes CAJANAL CAN y Villa Alsacia, así las distintas personas jurídicas quedaran obligadas por distintos contratos.

4.13. La Versión 1 del contrato.

Correo enviado el **martes 21 de abril de 2009**, a las 9:18 a.m., remitido por Interservicios (John Jader Morales jmorales@interservicios.com.co) a **INTERSERVICIOS (Juan Felipe Rendón Álvarez)**, con copia a **INTERSERVICIOS** (msaldarriaga@interservicios.com.co).

Asunto: **Revisión y visto bueno a contrato de prestación de servicios**

Texto:

Buenos días Dr. Juan,

Enviamos archivo con el contrato de prestación de servicios que suscribirá Interservicios con ITM, para los servicios de seguridad en el proyecto Cajanal, el cual agradecemos revisar Jurídicamente y poder proceder con las respectivas firmas.

Este documento ya fue revisado por el área jurídica de ITM, y lo encuentran ajustado a la (sic) leyes.

Hacemos entrega de dos ejemplares en original de dicho contrato.

El archivo "Contrato seguridad con ITMv1 ..." del que habla el mensaje, tiene básicamente la misma redacción de la minuta enviada a ITM como "**Contrato seguridad con ITM.doc**" en correo del 15 de abril de 2009, de John Jader Morales (INTERSERVICIOS) a acuervo@itmcolombia.com (ITM).

Sin embargo, a la cláusula del plazo en la V1 se le incluyó lo que aparece subrayado a continuación:

QUINTA - PLAZO. – *El presente Contrato de prestación de Servicios se celebra por un plazo de cuarenta y cinco (45) días para poner a operar el alcance de dichos servicios y seis (6) meses para acompañamiento, contados a partir de la fecha en que INTERSERVICIOS ordene por escrito la iniciación de los trabajos, luego de realizado el pago del anticipo correspondiente, en este período se deben de ejecutar la totalidad de obligaciones tendientes a cumplir con el objeto, Las actividades realizadas serán acreditadas mediante acta que será firmada entre ITM y el representante de Interservicios.*

Lo interesante es la advertencia que le hace John Jader Morales al doctor Juan (Juan Felipe Rendón Álvarez, abogado de INTERSERVICIOS) al referirle que

“Este documento ya fue revisado por el área jurídica de ITM, y lo encuentran ajustado a la (sic) leyes”.

Y memórese que el mismo contenía la cláusula tercera y su párrafo –valor del contrato y forma de pago- en los términos apuntados en el apartado 4.10 supra, aceptado, por tanto, **sin glosa ni reparo**.

4.14. Revisión de las condiciones técnicas

a) Correo enviado el **martes 21 de abril de 2009**, a las 9:02 a.m., remitido por Interservicios (John Jader Morales jmorales@interservicios.com.co) a INTERNEXA (Marcela Alfaro García), con copia a Anibal Restrepo Arango (INTERNEXA)

Asunto: RV: Contrato de prestación de servicios y Anexo 2

Texto:

Revisando los cambios que el señor Armando de ITM efectúa en el archivo de aspectos técnicos, encontramos que existen diferencias con los cambios que usted nos envió el día 16 de abril de 2009, por lo cual agradecemos nos colabore realizando una nueva comparación en ambos archivos, para así poder dejar solo uno con lo que realmente será el servicio prestado por ITM

b) Respuesta.

Correo enviado el **martes 21 de abril de 2009**, a las 9:28 a.m., remitido por **INTERNEXA** (Claudia Marcela Alfaro García) a **Interservicios** (John Jader Morales), con copia a INTERNEXA (Anibal Restrepo Arango).

Asunto: RE: Contrato de prestación de servicios y Anexo2

Datos adjuntos: Aspectos Tecnicos Seguridad Cajanal 1 1.docx

Texto:

Te envié el documento revisado, en este momento me encuentro en reunión con Armando Cuervo y los dos revisamos el documento.

Las comunicaciones a) y b) sugieren cómo INTERSERVICIOS, ITM e INTERNEXA aúnan sinergias en pro de la consolidación del contrato entre las dos primeras sociedades, porque, a la postre, **lo que va a ejecutar ITM es el objeto contratado por CAJANAL con INTERNEXA.**

4.15. INTERSERVICIOS reitera condición para el pago del anticipo a ITM.

a) Correo enviado el **miércoles 22 de abril de 2009**, a las 12:43 p.m., por **INTERSERVICIOS** (John Jader Morales jmorales@interservicios.com.co) a **ITM** (acuervo@itmcolombia.com), con copia a Ana Yazmin Gallego Montoya y arestrepo@internexa.com.co.

Asunto: Contrato de prestación de servicios Seguridad

Texto:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Buenas tardes Dr. Armando,

Atendiendo la solicitud del señor Anibal, el contrato que se suscribirá entre Interservicios y (sic) ITM para los servicios de seguridad, le será enviado en el correo del día de hoy, a la dirección Calle 125 No. 19-89 Of. 502 Bogotá a nombre suyo, agradecemos este sea firmado y devuelto a nuestras oficinas en la ciudad de Medellín, carrera 46 No. 52-36 Edificio Vicente Uribe Rendán piso 6.

Favor recordar que según la cláusula quinta del contrato (plazo), Interservicios ordenará por escrito la iniciación de los trabajos, **una vez se reciba por parte de Internexa el 50% como anticipo, y este le sea cancelado a ITM.**

Cualquier información adicional con gusto le será suministrada.

El Tribunal aprecia como inequívoco que entre las partes se ventilaba que el pago del anticipo a ITM ocurriría cuando INTERSERVICIOS recibiera el 50% de INTERNEXA. En efecto, en el correo enviado el **miércoles 15 de abril de 2009**, a las 8:02 a.m., remitido **por INTERSERVICIOS** (John Jader Morales) a **ITM** (acuervo@itmcolombia.com), se le encargó al doctor Armando: *“Por lo anterior, solicitamos su mayor colaboración para que la revisión sea lo más pronto posible, y así inmediatamente Internexa nos haga el anticipo del 50%, Interservicios lo pueda hacer a su vez a ustedes”*. Léase arriba el aparte 4.9.

Con el correo que se deja copiado se insiste en lo mismo, lo que armoniza también y en el mismo sentido con la redacción del párrafo tercero de las minutas enviadas, todo **sin formularse reproche o pedirse explicación** por parte de ITM.

b) Respuesta a las dos horas.

Correo enviado el **miércoles 22 de abril de 2009**, a las **2:41 p.m.**, por ITM (Armando Cuervo Vanegas acuervo@itmcolombia.com) a **INTERSERVICIOS** (John Jader Morales), con copia a Claudia Marcela Alfaro García, Aníbal Restrepo Arango y Ricardo Camero C-.

Re: Contrato de prestación de servicios Seguridad

Texto:

Buenas tardes John Jader:

Gracias por su pronta respuesta. Tan pronto reciba el contrato procederé con revisión final y firma para su correspondiente legalización.

Ricardo Camero, Gerente Financiero y Administrativo de ITM, se pondrá en contacto con usted para informarle el número de cuenta bancaria, para la respectiva transferencia.

Cordialmente,

Armando Cuervo Vanegas

Para el Tribunal constituye **indicio grave** que en el correo remitido por ITM como respuesta al de John Jader Morales, el señor Armando Cuervo Vanegas no hubiera hecho alusión a la condición estampada en el mensaje de INTERSERVICIOS, en el sentido de que la orden de iniciación de las obras –e implícitamente el pago- se efectuaría **"una vez se reciba por parte de Internexa el 50% como anticipo, y este le sea cancelado a ITM"**.

Es que **los silencios hablan** de manera indiciaria.

Porque en los **términos de referencia no estaba previsto** que el pago de INTERNEXA a INTERSERVICIOS fuera requisito –o *conditio sine qua non*- para que se expidiera la **orden de iniciación de los trabajos** ("**INTERSERVICIOS expedirá la orden de inicio una vez: Estuviere debidamente celebrado el contrato y que El Contratista haya constituido las pólizas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en las - Garantías y seguros – solicitados en el contrato y pagado el Impuesto de Timbre**). Cfr. Supra 4.6.3.

Tampoco lo estaba en las condiciones económicas y forma de pago (*La forma y condiciones de pago será de un 50% como anticipo para lo cual el posible contratista debe expedir una garantía de buen manejo de dicho anticipo, y el otro 50% se cancelará contra entrega a satisfacción*). Cfr. Supra 4.6.4.

Y menos en la cláusula quinta del contrato –plazo- Cfr. Supra 4.13.

Sí estaba en el párrafo de la cláusula tercera de los 2 proyectos de contrato enviados y recibidos, que a ITM no le causó ninguna perplejidad.

c) Del correo que se comenta, es decir, del enviado el **miércoles 22 de abril de 2009**, a las **12:43 p.m.**, por John Jader Morales Restrepo –Cfr. literal a)-, se le remitió copia a Aníbal Restrepo Arango (arestrepo@internexa.com.co), quien lo respondió el mismo día a las **5:23 p.m.**, con copia a "Ana Yazmin Gallego Montoya" y a acuervo@itmcolombia.com, así:

Texto:

Mil gracias John Jader:

De todas maneras te informo que por razones de urgencia manifiestas (sic) por CAJANAL, el Dr. Armando accedió a iniciar el contrato en lo que tiene que ver con la plataforma tecnológica (moneda nacional) mientras se le hace el anticipo para la compa (sic) de equipos (moneda nacional y extranjera).

Saludos,

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Aníbal Restrepo Arango

Corroborar que entre INTERNEXA e ITM hubo trato directo concerniente con asuntos cruciales del proyecto y del contrato en ciernes, ya que Aníbal Restrepo le está dando noticia a John Jader Restrepo ("*te informo...*") que ITM –Dr. Armando- va a iniciar el contrato por razones de urgencia de Cajanal. Lo cual significa que INTERSERVICIOS se entera por boca de un tercero que su posible contratista va a ejecutar obras contractuales ("*plataforma tecnológica*") sin haberse solemnizado el contrato y sin dársele la orden de iniciación de los trabajos, **asumiendo conscientemente la contingencia** de no recibir su pago: "*Si el Contratista realiza trabajos previamente a la fecha que INTERSERVICIOS le señale, lo hará bajo su exclusiva responsabilidad y en consecuencia, INTERSERVICIOS no se obliga a reconocerle pago alguno por los mismos*" (Cfr: pliego de condiciones).

4.16. Aprobación de la minuta de contrato por parte del asesor jurídico de INTERSERVICIOS (Contrato seguridad con ITM v1.doc.).

Se lee en el correo enviado el miércoles 22 de abril de 2009, a las 04:29 p.m., remitido por el abogado Juan Felipe Rendón Álvarez (fredon@interservicios.com.co) a Jhon Jader Morales.

Asunto: RV: Revisión y visto bueno a contrato de prestación de servicios

Datos adjuntos: Contrato seguridad con ITM v1.doc

Texto:

*He revisado el contenido del contrato de prestación de servicios que esperan suscribir Interservicios e Information Trade Management Consulting de Colombia y **al encontrarlo ajustado a derecho** es posible darle el correspondiente visto bueno jurídico.*

El doctor Rendón Álvarez halló el contenido del contrato ajustado a derecho y, por ende, le dio visto bueno; previamente el documento había sido visado por el **área jurídica** de ITM y allá lo encontraron ceñido a las leyes.

Nada irregular o anómalo percibieron los asesores jurídicos de las dos partes alrededor de las cláusulas proyectadas, **ni en la sustancia ni en la forma**, que los hubiera inducido a llamar la atención de sus asesorados.

4.17. El contrato enviado –físicamente- el 22 de abril para la firma no le llega a ITM y hay problemas.

Correo del viernes 24 de abril de 2009, a las 7:55 a.m., por ITM (Armando Cuervo Vanegas acuervo@itmcolombia.com) a INTERSERVICIOS (John Jader Morales), con copia a Claudia Marcela Alfaro García, Aníbal Restrepo Arango y Juan Carlos Triana Ulloa

Re: Contrato de prestación de servicios Seguridad

Texto:

Buenos días John Jader:

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

Le comento que a la fecha no hemos recibido el contrato. También deseo comunicarle que adelantando el trámite de legalización del contrato, la empresa de seguros nos comunicó que las aseguradoras no expiden pólizas individuales de buen manejo de anticipo ya que el amparo básico es el cumplimiento del contrato, por lo tanto, ustedes deben incluir dentro del contrato este amparo. Igualmente hay que excluirle lo relacionado con la Clausula Penal Pecuniaria ya que esta opera únicamente en pólizas estatales.

Con el fin de agilizar el trámite, quiero proponerle que me envíe por correo electrónico con los cambios aquí solicitados, nosotros lo revisamos, lo legalizamos y se lo hacemos llegar a Medellín con las respectivas pólizas.

Se aprecia acuciosidad de parte de ITM para la legalización del contrato, pues propone cambios a la minuta obtenida virtualmente en lo atinente a la póliza de manejo del anticipo y a la cláusula penal; comportamiento diligente evidenciado desde un principio cuando le solicitó a INTERSERVICIOS aclararle dudas y aceptarle sugerencias en puntos del pliego de condiciones o términos de referencia como el idioma de los manuales de los equipos, el plazo de ejecución del contrato y las eventuales modificaciones del alcance de los trabajos (supra, apartados 4.3 y 4.4) y posteriormente al revisar y ajustar los aspectos técnicos del proyecto de los que ya se ha hecho mención.

Pero ninguna incertidumbre le produce la forma de pago del valor del contrato, como tampoco se la provocaron los correos electrónicos que hablaban de la condición para la cancelación del anticipo.

Dos horas después responde John Jader Morales.

Correo del **viernes 24 de abril de 2009, a las 9:59 a.m.**, con destino a Armando Cuervo Vanegas, con copia a los de ITERNEXA.

Texto:

Buenos días Dr. Armando,

Atendiendo su solicitud, le informamos que ya fue despachado los documentos, la guía del envío es 165257187 de Deprisa y va a nombre suyo.

En cuanto a las pólizas se solicitará a jurídica su visto bueno, y en el día de hoy estaremos enviando la modificación.

A las **10:29 del mismo viernes 24 de abril**, Armando Cuervo le reportó John Jader Morales:

Ya recibimos el contrato pero considerando el tema de las pólizas, no es pertinente enviarlo firmado. Espero sus instarucciones (sic).

El único inconveniente que detiene a ITM para firmar el contrato es el del “tema de las pólizas”.

4.18. INTERSERVICIOS envía a ITM archivo del contrato con modificaciones. ITM v2.doc.

Correo enviado el **martes 28 de abril de 2009**, a las 3:14 p.m., **INTERSERVICIOS** (John Jader Morales), a **ITM** (Armando Cuervo Vanegas), con copia a Claudia Marcela Alfaro García, Aníbal Restrepo Arango, Juan Carlos Triana Ulloa, Juan Felipe Rendón Álvarez y msaldarriaga@interservicios.com.co.

RE: Contrato de prestación de servicios Seguridad

Datos adjuntos Contrato seguridad con ITM v2.doc

Texto:

Buenas tardes Dr. Armando,

*Atendido su solicitud, le enviamos **archivo con la modificación en las respectivas garantías**, adicionalmente favor tener en cuenta que el párrafo de la cláusula penal pecuniaria, no fue excluido, ya que el concepto de nuestro Abogado, el doctor Juan Felipe Rendón Álvarez, es que la redacción de esta cláusula, no es solo para pólizas estatales; pero si se requiere hablar con el doctor Rendón sobre el tema, se ubica en el teléfono (4) 5761800 ext. 4075.*

De acuerdo a nuestra concertación, agradecemos imprimirla y enviamos dos ejemplares para hacerlos firmar del Gerente de Interservicios.

John Jader Morales Restrepo

En la versión 2 del contrato se modificó la versión 1, con la inserción de la estipulación sobre “**GARANTÍAS Y SEGUROS**”, enumerada como **QUINTA** en la nueva versión 2; por ello se desplazó el orden de las cláusulas sucesivas de la anterior versión 1. Este último proyecto quedó, entonces, con dieciocho cláusulas a diferencia del proyecto 1 que tenía diecisiete.

Las estipulaciones que venían con anterioridad quedaron incólumes.

La cláusula del valor del contrato y la forma de pago (tercera y parágrafo) siguió íntegra.

4.19. La VERSION 3 del contrato.

Correo enviado el **miércoles 29 de abril de 2009**, a las 10:35 a.m, por Interservicios (John Jader Morales jmorales@interservicios.com.co) a ITM (ricardocamero@itmcolombia.com y ricardocamero@gmail.com), con copia a Juan Felipe Rendón Álvarez.

Asunto: Contrato prestación de servicios (modificado v3)

Texto:

Buenos días Dr. Ricardo,

De acuerdo a nuestra conversación y a la información del doctor Juan Felipe Rendón, enviamos de nuevo el contrato de prestación de servicios con la modificación en la cláusula penal pecuniaria, la cual cambia por cláusula penal sancionatoria.

John Jader Morales Restrepo

En la minuta 3 aparece en la parte introductoria, como representante legal de INTERSERVICIOS, la señora ANA YASMÍN GALLEGO MONTOYA, en calidad de suplente, cuando en las anteriores figuraba el señor CARLOS ALBERTO RAMÍREZ FRANCO.

La cláusula DÉCIMA SEGUNDA de las versiones 2 y 3 tienen idéntico título "SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO", pero mientras en el texto de la primera se le daba tratamiento de "Cláusula Penal Pecuniaria", en el de la segunda se la considera como "Cláusula Penal Sancionatoria", ambas con igual contenido sustancial, lo que se acompasa con el mensaje.

En lo demás, la versión 2 no sufrió cambios con la 3.

5. El documento final.

El texto del contrato ya firmado se corresponde en su integridad con el de la minuta 3.

En el documento del contrato de prestación de servicios **no aparece fecha**: en la demanda se dijo que había sido suscrito el 29 de abril de 2009, y la convocada lo aceptó. Entonces, como no hay contención en ello, el Tribunal tendrá esa fecha como la de formalización del contrato.

6. Resultado.

A modo de resumen, para el Tribunal luce **TRANSPARENTE** que en la etapa preparatoria del contrato de prestación de servicios, ITM conoció, tuvo claro, fue consciente y dio su consentimiento –informado- en relación con el hecho condicionante de la forma como se harían LOS PAGOS, a su favor, del valor total de la contraprestación dineraria por los servicios que se obligaba a prestarle a INTERSERVICIOS.

El hecho condicional se hizo consistir, básicamente, pues se debían reunir otros requisitos, en que ITM tendría el derecho a recibir sus pagos cuando INTERNEXA pagara a INTERSERVICIOS los valores por los servicios correspondientes al contrato 4700003187, según quedó explícitamente impuesto en el párrafo de la cláusula tercera.

Es incontrastable que la condición para todos LOS PAGOS, anticipo y saldo, quedó explícita en todas y cada una de las minutas o versiones del contrato, en número de cuatro (4), recibidas y estudiadas por ITM. Lo propio en el documento final que se firmó.

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

En cumplimiento de su deber de diligencia y cuidado, como buen hombre de negocios, ITM pidió a INTERSERVICIOS aclaraciones a los términos de referencia para participar en la licitación convocada por INTERSERVICIOS; intervino y colaboró activamente en la revisión y modificaciones de los aspectos técnicos del contrato solicitadas por Cajanal; propuso, por considerarlo necesario, iniciar labores antes de la legalización del contrato, a lo que procedió por decisión de INTERNEXA; conoció plenamente el proyecto CAJANAL y la participación de varias empresas involucradas en el mismo; puso de presente inconvenientes visibles en algunas de las cláusulas diseñadas en las minutas (pólizas de garantía y cláusula penal), que fueron corregidas o ajustadas; las versiones contractuales fueron analizadas por los abogados de su área jurídica y, en fin, el representante legal firmó el contrato una vez le satisfizo el último texto.

Se aprovecha el momento para afirmar que este fue un **contrato de discusión libre e intensa y jamás de adhesión** por el contratista.

A ITM no le merecieron protesta, ni siquiera extrañeza, los correos electrónicos en los que INTERSERVICIOS le advertía que para la cancelación de su anticipo se debía esperar a que INTERNEXA hiciera el pago previo.

Del comportamiento serio, comprometido, proactivo, cuidadoso, esmerado y metódico desplegado por ITM en la fase preliminar del contrato, demostrado con las evidencias averiguadas y , no queda más que inferir que el consentimiento del contratista fue un consentimiento completa y absolutamente informado, consciente y libre frente a la integralidad de lo pactado en el documento contractual, sin lugar a esquinces o reservas por causa de una redacción deficiente o defectuosa de sus estipulaciones que diera lugar a una interpretación distinta a la intención y voluntad negocial queridas y manifiestas.

7. Documento contractual posterior al suscrito el 29 de abril de 2009.

Obra en autos el **"OTROSÍ No. 1 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE GESTIÓN DOCUMENTAL"**, fechado el 7 de mayo de 2009, por el cual se modificaron el valor del contrato, que pasó de la suma de \$474.801.898 a la cantidad de \$456.706.348, y la tabla No. 1 precios.

Salvo el cambio de la cifra del precio, **la cláusula tercera y el párrafo**, que en el OTROSÍ se volvieron a incorporar, **no sufrieron alteración**.

Lo que le confirma **al Tribunal** que **ITM nunca tuvo resistencia en consentir y convenir** la forma de pago del valor del contrato, con acogimiento de la condición en los términos tantas veces transcritos.

8. El anticipo

La parte convocada presentó copia de la **nota de cobro** de ITM "*por concepto de anticipo 50% contrato de prestación de servicios ...*" a cargo de INTERSERVICIOS, con fecha 30 de abril de 2009, por la suma de \$275.385.100.84.

Rastreando la **suerte del pago del anticipo** por parte de INTERSERVICIOS a ITM, se han encontrado las comunicaciones que a continuación se detallan, cruzadas entre INTERSERVICIOS e INTERNEXA.

8.1. INTERSERVICIOS envía su factura a INTERNEXA y le solicita el pronto pago.

Correo remitido el **Martes, 28 de Abril de 2009, a las 11:10 a.m.**, por John Jader Morales Restrepo a 'odzapata@internexa.com.co', con copia a 'jcmejia@intemexa.com.co'; Luz Mary Valencia Mosquera; Ana Yazmin Gallego Montoya; y 'arestrepo@internexa.com.co'.

Asunto: Facturación del 50% de anticipo a los servicios de Seguridad Proyecto Cajanal.

Texto:

Buenos días Oscar,

De acuerdo a nuestra conversación y concertación en el día de hoy, estamos enviando la factura AP 8939, correspondiente al 50% de anticipo de los servicios de seguridad física y tecnológica dentro del proyecto Cajanal.

*Agradecemos tener en cuenta la **pronta cancelación de dicha factura, ya que Interservicios debe también a su vez realizar el pago de esta 50% a nuestro proveedor ITM.***

Favor confirmar por este mismo medio la aceptación de la concertación de esta factura y pago de la misma.

John Jader Morales Restrepo

8.2. Nueva cuenta de cobro de INTERSERVICIOS, con insistencia a INTERNEXA del pago urgente.

Correo de John Jader Morales enviado el Jueves 30 de Abril de 2009, a las 8:00 a.m., dirigido a OSCAR DAVID ZAPATA CARDONA y con copia para "Ana Yazmin Gallego Montoya"; "Luz Helena Marulanda Zapata"; ANIBAL RESTREPO ARANGO y SILVIA HELENA ESCOBAR POSADA.

Asunto: RV: Facturación del 50% de anticipo a los servicios de Seguridad Proyecto Cajanal.

Texto:

Buenos días Oscar,

VIGILADO Ministerio de Justicia y del Derecho

En vista que no hemos recibido el e-mail reiterando su solicitud verbal, donde nos requiere de unos días más para enviarles el cobro del 50% del anticipo, correspondientes a los servicios de seguridad en el proyecto Cajanal, teniendo en cuenta que aun no habían emitido la cláusula adicional donde se adiciona dicho alcance y adicionalmente el valor; le informamos que antes del medio día de hoy, estaremos enviando la cuenta de cobro por dicho anticipo.

*Por lo anterior, agradecemos **proceder con suma urgencia, la cancelación de este anticipo, ya que nuestro proveedor ITM nos emitió la cuenta de cobro y requieren del pago inmediato para iniciar con las respectivas compras del servicio.***

8.3. INTERNEXA responde a INTERSERVICIOS.

Correo de OSCAR DAVID ZAPATA CARDONA odzapata@internexa.com.co enviado el **jueves 30 de abril de 2009, a las 08:21 a.m.**, con destino a John Jader Morales.

RE: Facturación del 50% de anticipo a los servicios de Seguridad Proyecto Cajanal

Texto:

De acuerdo a lo conversado el día de ayer. Se está en proceso de la emisión de la cláusula adicional donde se incluyen los nuevos servicios del contrato y se legaliza el incremento presupuestal que cubre las nuevas contrataciones.

*De acuerdo a lo anterior, **te recomiendo no emitir la facturación hasta finales de la próxima semana hasta cuando ya se logre legalizar los documentos. Cabe resaltar que no se debe incurrir en demoras en la ejecución de los trabajos para CAJANAL.** De ser así comuníqueme inmediatamente conmigo para ver que trámite se puede efectuar.*

8.4. INTERSERVICIOS le replica a INTERNEXA.

Correo de John Jader Morales jmorales@interservicios.com.co del **jueves 30 de abril de 2009, a las 12:50 p.m.**, enviado a 'OSCAR DAVID ZAPATA CARDONA' y con copia a arestrepo@internexa.com.co y Luz Mary Valencia Mosquera.

RE: Facturación del 50% de anticipo a los servicios de Seguridad Proyecto Cajanal

Texto:

*Le cuento que la cuenta de cobro ya fue emitida y enviada, adicionalmente **para finales de la semana entrante considero que es demasiado tarde para esta gestión, reiteramos que nuestro proveedor está requiriendo de este anticipo para las compras que deben hacer en el proyecto, de lo contrario estaríamos incumpliendo.***

De igual forma después de las dos de la tarde en el día de hoy, lo estaremos llamando para finalizar el tema.

John Jader Morales Restrepo

9. Pago del anticipo.

Por correos electrónicos no se sabe a ciencia cierta cuándo se pagó el anticipo.

Sobre el particular, las partes dijeron:

ITM, en el **hecho tercero** de la demanda:

TERCERO: *En cumplimiento de lo acordado entre las partes, el CONTRATANTE efectuó el pago del anticipo al contratista por el 50% del valor total del contrato correspondiente a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO UN PESOS (\$264.945.101). Pago que se efectuó el día 15 de agosto de 2009, previa presentación de la cuenta de cobro respectiva por parte del contratista y acreditación de las garantías contractuales solicitadas.*

Así mismo, el CONTRATANTE giro al CONTRATISTA la suma de DIEZ MILLONES QUINTETOS (sic) CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$10.550.838), por concepto de anticipo del 50% del ítem contratado SISTEMA DE DETECCIÓN DE INCENDIOS.

INTERSERVICIOS, en la contestación al hecho tercero:

AL TERCERO: *Es cierto.*

!!15 de agosto de 2009!! De haber sido ello así, y el Tribunal no tiene porqué dudar de las afirmaciones coincidentes de los señores apoderados, ¿a qué se debió que el pago se hubiera realizado en esa fecha, tan lejana, siendo que desde el 30 de abril se había gestionado la póliza, se había firmado el contrato, se había pasado la nota de cobro del anticipo y se había suscrito el OTROSÍ N° 1? Además, desde el mes de mayo, al parecer, se había extendido la orden de inicio de los trabajos, si se mira que en todas las actas de entrega aparece registrado el 18 de mayo de 2009 como fecha de iniciación del contrato.

La única respuesta que puede ocurrírsele a cualquier persona puesta en las circunstancias propias y particulares en las que se encontraban las partes en aquella época, parando mientes en la “retrospectiva” y “prospectiva” del negocio y en su “fase prodrómica” (utilizando las palabras de la sentencia guía de la Corte, citada en el apartado 3.3.1), y atendiendo a reglas de la lógica y de la experiencia comunes y normales, es la que se le ocurre al Tribunal: se debió a que no se había cumplido la condición, o sea, INTERNEXA, por el motivo que fuere, no le había pagado todavía a INTERSERVICIOS.

¿Cuándo le pagó CAJANAL el anticipo a INTERNEXA? No se descubre en el expediente.

¿Cuándo le pagó INTERNEXA el anticipo a INTERSERVICIOS? No hay prueba al respecto.

¿Cuándo le pagó INTERSERVICIOS el anticipo a ITM CONSULTING? El 15 de agosto de 2009, por aseveración común de los apoderados judiciales de las partes.

¿Porqué INTERSERVICIOS no le pagó con anterioridad el anticipo a ITM?

Porque, infiere el Tribunal, que INTERNEXA no le había pagado el anticipo a INTERSERVICIOS.

O de otro modo: porque no se había cumplido la condición para el pago.

10. La condición no se ha cumplido. El hecho en que consiste está en pendencia.

A la factura N° 9632 "*Servicio de Sistema de seguridad CCTV e Infraestructura tecnológica del proyecto CAJANAL*" del 23 de abril de 2010, a cargo de INTERNEXA y a favor de INTERSERVICIOS, por valor de \$555.118.449; a la certificación de fecha 24 de julio de 2015, expedida por Internexa –Genaro García Domínguez- de no haberse pagado dicha factura y a la existencia de la cuenta por pagar a Interservicios, certificada por los auditores de Internexa, documentos todos presentados la convocada con la contestación de la demanda, el Tribunal **les atribuye valor probatorio** demostrativo de que INTERNEXA aun le debe a INTERSERVICIOS el saldo del valor de contrato 4700003187, por el valor señalado.

11. Remate.

En conjunto, son de calidad las pruebas y razones halladas por el Tribunal, en tanto no solo invitan sino que obligan a deducir, a toda ley, la existencia de la condición que afecta la obligación del pago del valor del contrato de prestación de servicios, a términos del parágrafo de la cláusula tercera del documento que lo recoge y contiene.

12. Sobre la condición.

El Título IV del Libro Cuarto del Código Civil Colombiano trata "*DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES*".

El artículo 1530 define la obligación condicional como "*la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no*".

En razón de que en la especie de este litigio se ha develado que la obligación de INTERSERVICIOS de pagarle a ITM el precio **insoluto**, por la ejecución de los servicios contratados, estaba, y está, sujeta al hecho de que INTERNEXA le

pague delantadamente a INTERSERVICIOS el valor que le adeuda con motivo del contrato **4700003187**, habido entra ambas personas jurídicas, hecho futuro e incierto **de cuyo acontecimiento depende el nacimiento** de la obligación y del correlativo derecho, el Tribunal caracterizará, brevemente, desde la ley, el descrito hecho condicionante.

Se registra, entonces, que configura, como quedó ya dicho, una condición suspensiva –art. 1536-; positiva -1531-; casual -1534-; física y moralmente posible -1532- y pendiente.

Pendiente porque el hecho no ha sucedido, no ha fallado, no puede ser tenida por fallida (art. 1537) ni puede reputarse haber fallado (art. 1539).

En este sentido, y para dejar atados todos los cabos sueltos, no hay que soslayar que en los negocios jurídicos de formación bilateral o plurilateral las partes **pueden** convenir que el evento condicional acontezca dentro de un periodo de tiempo determinado, vencido el cual, si no ocurre, la condición falla.

Aquí la condición no quedó establecida para ser cumplida dentro de preciso término, lo que no afecta su validez, ya que no es elemento de la esencia (como sí lo es para la promesa de contrato, de acuerdo con elaboración jurisprudencial asaz reiterada para esa específica figura contractual).

¿Pero es que acaso la obligación condicional dura por tiempo indefinido?

Ciertamente que no. Por razones que conciernen con la seguridad jurídica la solución se avista en la aplicación analógica del artículo 800 del Código Civil, toda vez que en las reglas generales de las obligaciones condicionales no existe norma expresa.

Art. 800.- TERMINO DE LAS CONDICIONES. *Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución.*

Término igual (30 años) que también consagra, y puede calzar acá, el artículo 1019 ibídem.

A estos términos treintenarios no se les aplica la reducción de plazos prescriptivos establecida en la ley 791 de 2002, ya que la prescripción extintiva supone que el derecho exista y sea exigible, mientras que los términos de los artículos 800 y 1019 del Código Civil aluden a una materia muy diferente a la de la prescripción, como es el la del plazo de cumplimiento de la condición para que nazca un derecho y pueda exigirse.

De todas formas, la condición del caso de aquí aún pende.

13. El efecto de la condición y su influencia en las pretensiones.

Como la condición –suspensiva- no se ha cumplido ni ha fallado, significa que el derecho no ha nacido, es apenas un germen meritorio de la protección que la ley le concede, y por no existir como derecho es imposible exigir el cumplimiento de la obligación correlativa.

Si no han surgido el derecho y la obligación, mal puede predicarse que el deudor –bajo condición suspensiva- haya incumplido con la prestación a la que se obligó de aquella manera.

Por consiguiente, dado que el **tercer elemento requerido por el artículo 1546 no pudo configurarse** en esta especie litigiosa, **las pretensiones** de la parte actora **fracasan** en su totalidad.

14. Las excepciones de la parte demandada.

14.1. La de prescripción.

Alegada en la contestación de la demanda *“frente a los eventuales derechos reclamados por el demandante y que se vean afectados por este fenómeno”*.

Habiendo resultado que los derechos pretendidos por la parte actora no han surgido jurídicamente a la vida de relación y, por consiguiente fatalidad no gozan de exigibilidad, la excepción no prospera por sustracción de materia.

14.2. La de mala fe.

“Sustento de ello, lo es, la respuesta dada a los hechos, así como las circunstancias fácticas y probatorias que sustentan la excepción dos de esta contestación de demanda”, dijo la convocada.

Las excepciones -de fondo- están constituidas por **hechos nuevos**, esto es, distintos de los expuestos en la demanda, introducidos al proceso por el demandado y conforme a los cuales éste alega que el derecho del demandante no existió o se modificó o se extinguió; hechos que, de ser probados, anonadan las pretensiones, total o parcialmente.

Miradas así las cosas, lo propuesto en este fragmento de la contestación de la demanda, *stricto sensu*, no es excepción, siempre que nada tiene que ver con la relación sustancial habida entre las partes; no es un hecho nuevo que ataque el derecho material controvertido, con vocación para desmoronar las pretensiones.

No obstante, se apunta que ni en la celebración ni en el desarrollo y ejecución del contrato existió mala fe en ninguno de los contratantes. Todo lo contrario, el Tribunal tiene por cierto que **la conducta de las partes**, durante todos los

momentos de la vida del vínculo negocial, y muy particularmente en el de los tratos preliminares, fue **impecable**.

Ahora, si en la demanda se dejó de lado la cuestión del endoso o cesión de la factura 0084 de julio 1° de 2010, el Tribunal considera que dicha omisión no tuvo por vengero la intención de agraviar maliciosamente y con fin de causar daño a la parte contraria, ni de tomar ventaja indebida dentro del proceso.

Por lo tanto, no hay lugar a pronunciamiento ni a tomar medidas disciplinarias o sancionatorias.

14.3. La de “cumplimiento del contrato por parte de Interservicios por no acaecimiento de la obligación de pago condicional pactada”.

Verdadera excepción de mérito, **la acoge el Tribunal**, puesto que los hechos alegados por INTERSERVICIOS, fundantes de la misma, tuvieron plena acreditación dentro del proceso, según la hermenéutica y apreciación de las pruebas, manifestadas en la parte discursiva del laudo.

Quiere decir el medio exceptivo que prospera, que INTERSERVICIOS no deshonoró el contrato por cuanto la obligación que la parte demandante le atribuye como incumplida es condicional para su nacimiento, y el hecho en que se hizo radicar la condición todavía no se ha cumplido; por ende, no se dan los presupuestos legales para declarar el cumplimiento del contrato, conforme se reclama y solicita en las peticiones de la demanda.

15. Costas procesales.

El estatuto arbitral –Ley 1563 de 2012- no se ocupa de disciplinar el régimen de las costas procesales.

En consecuencia, es necesario tomar auxilio de las reglas pertinentes contenidas en el Código General del Proceso, a saber:

- *“Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho”* (art. 361).
- Se condenará en costas a la parte vencida (numeral 1, art. 365).
- La condena se hará en la sentencia (numeral 2 ibídem).
- Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (numeral 8).
- Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura (art. 366, numeral 4).

Habida consideración de que la sociedad convocante sale completamente vencida, el Tribunal la **condena en costas** totales a favor de la entidad convocada.

15.1. Liquidación.

Las costas se liquidan así:

15.1.1. Por honorarios y gastos del proceso: Lo que pagó INTERSERVICIOS por tales conceptos, esto es, la suma de **\$19.818.327.00** (Auto N° 6 del 31 de agosto de 2015 y constancia folio 175). Los aludidos gastos fueron necesarios, útiles, comprobados y autorizados por la ley. No se hallaron otros otros gastos realizados por la parte convocada.

15.1.2. Por agencias en derecho: Para su fijación, el tribunal se apoya en lo dispuesto en el Acuerdo No. 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y en particular en los criterios que deben tenerse en cuenta para señalarlas, según el Artículo 3° ("*...la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado...*"); se tasan en la suma de **\$30.000.000.00**.

IX LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

1° Se declara probada la excepción propuesta por Interservicios Cooperativa Multiactiva, denominada en la contestación de la demanda "***cumplimiento del contrato por parte de Interservicios por no acaecimiento de la obligación de pago condicional pactada***", de conformidad con las motivaciones y con la explicación dada en el aparte 14.3.

2° En consecuencia, se desestiman todas las pretensiones declarativas y de condena formuladas en la demanda.

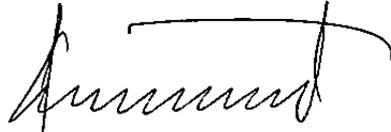
3° Se absuelve a Interservicios Cooperativa Multiactiva, del cargo de incumplimiento contractual atribuido en la demanda por Information Trade Management Consulting de Colombia Ltda..

4° Se condena en costas a la parte demandante. Consiguientemente, Information Trade Management Consulting de Colombia Ltda. deberá pagar a Interservicios Cooperativa Multiactiva, por concepto de honorarios y gastos del proceso la suma de **\$19.818.327.00** y por concepto de agencias en derecho la suma de **\$30.000.000.00**. Totalizan las costas **\$49.818.327.00**.

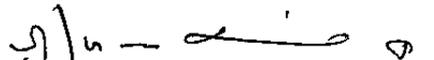
5° Se ordena expedir copias auténticas del laudo con destino a las partes.

6° Se ordena liquidar el proceso, rendir cuentas a las partes y devolver el expediente al Centro de Arbitraje.

El presente laudo se notifica en audiencia del 29 de abril de 2016.



Álvaro Londoño Restrepo
Árbitro



Álvaro Francisco Gaviria Arango
Secretario