

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
AIR E- SAS ESP
CONTRA
UFINET COLOMBIA S.A.**

ACTA No. 44

A los 16 días del mes de junio de 2023, siendo las 2:00 p.m., se reunió y deliberó en forma virtual por video conferencia a través de la plataforma del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias surgidas entre **AIR E- SAS ESP** ("Convocante" o "**AIR-E**") y **UFINET COLOMBIA S.A** ("Convocada" o "**UFINET**" y conjuntamente con la Convocante las "Partes"), integrado por los árbitros Dr. **Arturo Solarte Rodríguez**, Presidente, Dr. **Carlos Gustavo Arrieta Padilla**, el Dr. **Sergio Muñoz Laverde** y la Secretaria **Dra. Patricia Zuleta García**, y adoptó las siguientes determinaciones con el fin de continuar con el trámite respectivo.

Se deja constancia de lo siguiente:

- La audiencia se desarrolla por medios virtuales de conformidad con el artículo 7 de la ley 2213 de 2022.
- Asisten igualmente por medios virtuales las siguientes personas:
 - o El Dr. **DANIEL SAMACÁ GUERRERO** en calidad de apoderado reconocido de la Convocante.
 - o El Dr. **ALBERTO ACEVEDO REHBEIN**, en calidad de apoderado reconocido de la Convocada.

Informe del Término del Proceso

De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012 se informa lo siguiente:

La primera audiencia de trámite concluyó el 25 de abril de 2022. En consecuencia, el término de ocho (8) meses de duración del trámite arbitral, establecido de conformidad con la norma vigente cuando finalizó la primera audiencia de trámite, vencería el 25 de diciembre de 2022.

No obstante lo anterior, por solicitud de las Partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones:

- a) Por 20 días hábiles, entre el 20 de mayo de 2022 y el 17 de junio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 23-auto núm. 34).
- b) Por 16 días hábiles, entre el 22 de junio de 2022 y el 23 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 24-auto núm. 36), en tanto por solicitud de las Partes, el Tribunal levantó la suspensión por 4 días hábiles, entre el 5 de julio y el 8 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 25-auto núm. 37).
- c) Por 18 días hábiles, entre el 26 de julio de 2022 y el 19 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive (acta 26-auto núm. 39).
- d) Por 13 días hábiles, entre el 12 de octubre de 2022 y el 31 de octubre de 2022, ambas fechas inclusive (acta 37-auto núm. 57).
- e) Por 61 días hábiles, entre el 13 de diciembre de 2022 y el 8 de marzo de 2023, ambas fechas inclusive (acta 40-auto núm. 63).
- f) Entre el 10 de marzo de 2023 y el 17 de abril de 2023, ambas fechas inclusive (acta 41-auto núm. 65), de los cuales sólo se tuvieron en cuenta para efectos de la contabilización de los días suspendidos, 22 días hábiles.

Para un total de 150 días de suspensión de 150 permitidos.

En consecuencia, el término de duración del trámite, a la fecha, vence el **4 de agosto de 2023**.

Los apoderados de las partes manifestaron su conformidad con la contabilización del término del proceso y con la forma en que esta se ha efectuado, así como con los días hábiles suspendidos relacionados en el informe del término del proceso.

Control de Legalidad

Revisadas las actuaciones surtidas hasta esta etapa procesal, advierte el Tribunal que las mismas se han efectuado de conformidad con el procedimiento dispuesto en el ordenamiento aplicable, sin que se haya incurrido en causal alguna de nulidad.

Por lo anterior, en los términos del numeral 12 del artículo 42 del CGP y en ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 132 de ese estatuto, al encontrar que no se aprecian vicios que configuren nulidades u otras irregularidades que deban ser saneadas o que deban ser declaradas de oficio, el Tribunal dispone continuar con el trámite arbitral.

Los intervinientes manifestaron su acuerdo con la actuación.

AUDIENCIA DE LAUDO ARBITRAL

1. A continuación, siendo esta la oportunidad prevista para proferir el laudo que pone fin al proceso, se deja constancia que el mismo se emite dentro del término legal, conforme al informe que antecede.
2. El laudo arbitral se profiere en derecho, en forma unánime y sin aclaración de voto.
3. El texto del laudo, en **338** folios hace parte integrante de la presente acta.
4. A continuación, conforme al artículo 33 de la ley 1563 de 2012, el presidente solicitó a la secretaria dar lectura a la parte resolutive del Laudo que pone fin a este proceso arbitral.
5. El laudo fue notificado en audiencia a las Partes a quienes por secretaría y conforme al artículo 23 de la ley 1563 de 2012, se les enviará la respectiva copia, en versión de PDF con la firma de los árbitros y de la secretaria a los correos electrónicos.

AUTO No. 68
Dieciséis [16] de junio de 2023

En caso de que se presenten solicitudes de aclaraciones, complementaciones o correcciones, o el Tribunal considere realizarlas de oficio, las mismas se harán mediante audiencia privada sin presencia de las partes y serán resueltas por escrito y notificadas en los términos del artículo 23 de la ley 1563 de 2012.

La anterior providencia queda notificada en estrados.

La suscrita Secretaria del Tribunal Arbitral deja constancia que los árbitros y los apoderados de las Partes intervinieron en la audiencia por medios virtuales autorizados por el artículo 23 de la ley 1563 de 2012 y en constancia de lo sucedido se elaboró el acta que suscribe en fe de ello.

Agotado el objeto de la presente audiencia, se dio por terminada.

<i>Asiste a través de medios electrónicos</i> ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ Presidente	
CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA Árbitro	SERGIO MUÑOZ LAVERDE Árbitro

DANIEL SAMACÁ GUERRERO

Apoderado Convocante

ALBERTO ACEVEDO REHBEIN

Apoderado Convocada



PATRICIA ZULETA GARCIA

Secretaria

**CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**AIR-E S.A.S E.S.P
VS
UFINET COLOMBIA S.A.**

TABLA DE CONTENIDO

I. PARTES DEL PROCESO Y ANTECEDENTES	4
1. PARTES Y REPRESENTANTES	4
1.1. PARTE DEMANDANTE	4
1.2. PARTE DEMANDADA	4
2. PACTO ARBITRAL	5
3. TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL	6
3.1. DEMANDA PRINCIPAL	6
3.2. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS	7
3.3. INSTALACIÓN	7
3.4. ADMISIÓN DE LA DEMANDA, NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO Y TRASLADO DE LA DEMANDA	8
3.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DEMANDA DE RECONVENCIÓN	8
3.6. REFORMAS A LA DEMANDA INICIAL Y A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	9
3.7. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE LOS GASTOS DEL TRIBUNAL	10
4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	10
5. ALEGATOS	10
6. AUDIENCIAS DEL TRIBUNAL	10
7. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	10
8. PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA PRESENTADA POR AIR-E	11
9. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA INICIAL REFORMADA	17
10. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA INICIAL REFORMADA Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA	21
11. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA PRESENTADA POR UFINET	21
<i>“PRETENSIONES PRINCIPALES</i>	<i>22</i>
<i>“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS</i>	<i>23</i>
<i>“PRETENSIONES COMUNES</i>	<i>24</i>
12. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA	24
13. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y EXCEPCIONES DE LA CONVOCANTE	28
14. ETAPA PROBATORIA	28
14.1. DOCUMENTALES	28
14.2. INTERROGATORIOS DE PARTE Y DECLARACIÓN DE PARTE	29
14.3. TESTIMONIOS	29
14.4. DICTÁMENES PERICIALES	30
14.5. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS	32
14.6. PRUEBA POR INFORME	34
15. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA Y CONTROL DE LEGALIDAD	35
II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	35
1. ASPECTOS PROCESALES Y OTRAS CUESTIONES PREVIAS	36
1.1. PRESUPUESTOS DEL PROCESO	36
1.2. SOBRE EL DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS	36
1.3. SOBRE LA TACHA DE SOSPECHA	39
2. LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA	41
2.1. POSICIÓN DE LAS PARTES	41
2.2. PROBLEMA JURÍDICO	43
2.3. CONSIDERACIONES	44
3. SOBRE LA DURACIÓN DEL USUFRUCTO Y SU RELACIÓN CON LA DURACIÓN DEL CONTRATO	67
3.1. POSICIÓN DE LAS PARTES	67
3.2. PROBLEMA JURÍDICO	70

3.3.	CONSIDERACIONES	70
3.4.	CONCLUSIÓN	84
4.	LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DE AIR-E Y SUS EFECTOS	85
4.1.	POSICIÓN DE LAS PARTES	86
4.2.	PROBLEMA JURÍDICO	91
4.3.	CONSIDERACIONES	92
4.4.	CONCLUSIÓN	126
5.	LOS INCUMPLIMIENTOS QUE AIR-E LE ATRIBUYE A UFINET Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ESTA ÚLTIMA	127
5.1.	CONSIDERACIONES INICIALES	127
5.2.	ANÁLISIS ESPECIFICO DE LOS INCUMPLIMIENTOS QUE AIR-E LE IMPUTA A UFINET	140
6.	LOS INCUMPLIMIENTOS QUE UFINET LE ATRIBUYE A AIR-E.	226
6.1.	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO AL HABER INTENTADO TERMINARLO UNILATERALMENTE	226
6.2.	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	232
6.3.	INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PERTURBACIÓN DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO	257
7.	LA TERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO POR EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE AIR-E	263
7.1.	POSICIÓN DE LAS PARTES	263
7.2.	PROBLEMA JURÍDICO	264
7.3.	CONSIDERACIONES	264
7.4.	CONCLUSIÓN	273
8.	LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA TERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO	274
8.1.	POSICIÓN DE LAS PARTES	274
8.2.	PROBLEMA JURÍDICO	277
8.3.	CONSIDERACIONES	278
8.4.	CONCLUSIÓN	324
III.	<u>SOBRE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES</u>	325
IV.	<u>JURAMENTO ESTIMATORIO</u>	326
V.	<u>COSTAS</u>	330
VI.	<u>PARTE RESOLUTIVA</u>	333

**CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
LAUDO**

Dieciséis (16) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Cumplidos los trámites necesarios para el efecto, procede el Tribunal, mediante el presente Laudo, a resolver en derecho las controversias surgidas entre **AIR-E S.A.S. E.S.P.** (en lo sucesivo, "AIR-E"; "la Convocante"; "la Convocada en Reconvención"; "la Demandante" o "la Demandada en Reconvención") y **UFINET COLOMBIA S.A.** (en lo sucesivo, "UFINET"; "la Convocada", "la Convocante en Reconvención"; "la Demandada" o "la Demandante en Reconvención").

I. PARTES DEL PROCESO Y ANTECEDENTES

1. Partes y Representantes

1.1. Parte Demandante

AIR-E S.A.S. E.S.P., sociedad domiciliada en la ciudad de Barranquilla, identificada con el NIT 901.380.930 - 2, representada legalmente por **SOLEINE MOSQUERA VERTEL**, identificada con cédula de ciudadanía No. 42.144.256 de Pereira.

La Convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, cuya personería jurídica fue reconocida en el auto núm. 1 del 24 de junio de 2021¹. Posteriormente, y una vez iniciada la etapa de práctica de pruebas, el doctor Sergio Rojas Quiñones le sustituyó el poder al doctor Daniel Samacá Guerrero, a quien se le reconoció personería mediante auto núm. 43² y actuó hasta finalizar el trámite arbitral.

1.2. Parte Demandada

UFINET COLOMBIA S.A., sociedad legalmente constituida, identificada con el NIT 806.009.543-2, con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada

¹ Véase Expediente Digital: Actas/ 01_2.1.81. AIR-E - ACTA INSTALACION CORREGIDA.pdf

² Véase Expediente Digital: Actas/ 29_ACTA No.28_Air_e vs Ufinet (Interrogatorio y Exh Doc) _Vdef_250820222.pdf

legalmente por **IVÁN SÁNCHEZ MEDINA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.233.690 expedida en Pitalito – Huila.

La Convocada ha comparecido al presente proceso por medio de su representante legal y de su apoderado debidamente constituido, doctor Alberto Acevedo Rehbein, según poder que obra en el expediente y cuya personería jurídica fue reconocida en auto núm. 1 del 24 de junio de 2021³.

2. Pacto Arbitral

Se invocó la Cláusula Décimo Séptima del CONTRATO TELECORP 004.01⁴ (en adelante, el “Contrato”), en la que se plasmó una cláusula arbitral del siguiente tenor:

“DECIMOSEPTIMA – CLÁUSULA COMPROMISORIA: *Toda diferencia que surja entre las partes por la interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación o terminación (sic) del presente contrato que no pudieren arreglarse directamente a través del Comité de Operación en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, de una lista de árbitros registrados en dicho centro. El Tribunal se regirá por las disposiciones legales sobre la materia y se ceñirá a las siguientes reglas:*

“a) estará integrado por tres árbitros; b) la organización interna del Tribunal, así como los costos y honorarios aplicables, estarán sujetos a las reglas estipuladas para este propósito por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena; c) el Tribunal se reunirá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena; y d) el Tribunal fallará en derecho. (...)”.

Sin embargo, las Partes decidieron modificar la cláusula compromisoria antes transcrita mediante el siguiente compromiso:

“AIR-E S.A. E.S.P. y UFINET COLOMBIA S.A. acuerdan y consienten, mediante la suscripción del presente Compromiso, que someterán a arbitraje la resolución de todas las controversias derivadas y/o relacionadas con el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para

³ Véase Expediente Digital: Actas/ 01_2.1.81. AIR-E - ACTA INSTALACION CORREGIDA.pdf

⁴ Véase Expediente Digital: Pruebas/ Expediente/ Subsanación Demanda 020721/ Contrato Cesión de uso derechos de paso para Telecomunicaciones Ufinet - Electricaribe-CARIBESOL.pdf

Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01 y su terminación incluyendo, pero sin limitarse, a las que se refiere la Demanda y/o el acto por el cual ésta última sea reformada, así como las que UFINET COLOMBIA S.A. formule en una eventual demanda de reconvencción y/o el acto por el cual ésta última sea reformada.

"Las Partes acuerdan que el arbitraje se deberá someter a las siguientes reglas:

"1.1. El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) árbitros los cuales fueron designados de común acuerdo entre las Partes, así:

<i>No.</i>	<i>Principal</i>
<i>1.</i>	<i>CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA</i>
<i>2.</i>	<i>ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ</i>
<i>3.</i>	<i>SERGIO MUÑOZ LAVERDE</i>

"1.2. Los árbitros designados elegirán al secretario y determinarán cuál de los tres (3) árbitros designados fungirá como presidente del panel.

"1.3. El procedimiento arbitral se regirá por la Ley 1563 de 2012.

"1.4. El arbitraje será nacional.

"1.5. La sede será la ciudad de Cartagena, Colombia, y el Tribunal Arbitral sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, Colombia, sin perjuicio de que las actuaciones podrán surtirse de forma virtual.

"1.6. Los árbitros decidirán en Derecho"⁵.

3. Trámite del Proceso Arbitral

El trámite se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y las garantías constitucionales.

3.1. Demanda Principal

⁵ Véase Expediente Digital: Cuaderno Principal No. 1-AIRE vs UFINET- / 002.1.36 - ACTA DE NOMBRAMIENTO - AIR-E S.A.S. ESP. CON UFINET COLOMBIA S.pdf

La demanda arbitral fue presentada por el representante legal para asuntos judiciales de AIR-E ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena (en adelante, el “Centro de Arbitraje”) el 24 de marzo de 2021⁶.

3.2. Designación de los Árbitros

El 11 de mayo de 2021, por mutuo acuerdo se designaron como árbitros a los doctores **CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA, ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ** y **SERGIO MUÑOZ LAVERDE**⁷.

El 20 de mayo de 2021, el Centro de Arbitraje notificó a los árbitros de su designación⁸, quienes estando dentro del término establecido en los artículos 14 y 15 de la ley 1563 de 2012, aceptaron su designación y cumplieron con el deber de revelación⁹.

3.3. Instalación

El 24 de junio de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal. En ella, previa indicación de haberse designado al doctor **ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ** como Presidente, el Tribunal profirió el auto núm. 1, mediante el cual:

- i. Se declaró legalmente instalado;
- ii. Se designó a la doctora María Patricia Zuleta García como Secretaria;
- iii. Se fijó como lugar de funcionamiento y de secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, ubicado en la Calle Santa Teresa No. 32-41 de la ciudad de Cartagena; sin embargo, el trámite se desarrolló por medios virtuales de conformidad con lo establecido en el decreto 806 de 2020 y, posteriormente, en la ley 2213 de 2022.

⁶ Véase Expediente Digital: Cuaderno Principal No. 1-AIRE vs UFINET- / 01. DEMANDA ARBITRAL.pdf

⁷ Véase Expediente Digital: Cuaderno Principal No. 1-AIRE vs UFINET- / 002.1.36 - ACTA DE NOMBRAMIENTO - AIR-E S.A.S. ESP. CON UFINET COLOMBIA S.pdf

⁸ Véase Expediente Digital: Cuaderno Principal No. 1-AIRE vs UFINET- / Documentos: 002.1.37; 002.1.38;002.1.39;002.1.40; 002.1.41 y 002.1.42.

⁹ Véase Expediente Digital: Cuaderno Principal No. 1-AIRE vs UFINET- / Documentos: 002.1.50; 002.1.51 y 002.1.53.

Adicionalmente, mediante auto núm. 2 de la misma fecha, se inadmitió la demanda y se le otorgó a la Convocante el término establecido en la ley para su subsanación¹⁰.

3.4. Admisión de la Demanda, Notificación del Auto Admisorio y Traslado de la Demanda

Por haberse subsanado oportunamente la demanda, el Tribunal, mediante auto núm. 4 del 08 de julio de 2021, la admitió y ordenó notificar a la Convocada¹¹.

El 15 de julio de 2021, el apoderado de UFINET interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, respecto del cual la Convocante guardó silencio.

Mediante auto núm. 8 del 29 de julio de 2021, el Tribunal revocó el auto núm. 4 por medio del cual se había admitido la demanda inicialmente y, en consecuencia, la inadmitió y se le otorgó a la Convocante el término establecido en la ley para su subsanación¹².

Por haber subsanado oportunamente la demanda, el Tribunal, mediante auto núm. 10 del 20 de agosto de 2021, admitió la demanda y ordenó notificar a la Convocada¹³.

3.5. Contestación de la Demanda Principal y Demanda de Reconvención

El 20 de septiembre de 2021, el apoderado de la Convocada, estando dentro del término legal, radicó por medios electrónicos los siguientes documentos: (i) contestación de la demanda y (ii) demanda de reconvención.

Mediante auto núm. 11 del 27 de septiembre de 2021¹⁴, se admitió la demanda de reconvención instaurada por UFINET contra AIR-E y se ordenó correr el traslado correspondiente por el término legal.

Tras resolver el Tribunal algunos recursos, el 11 de noviembre de 2021, estando dentro del término de traslado, el apoderado de la Convocante radicó por medios electrónicos escrito de contestación de la demanda de

¹⁰ Véase Expediente Digital: Actas/ 01_2.1.81. AIR-E - ACTA INSTALACION CORREGIDA.pdf

¹¹ Véase Expediente Digital: Actas/ 02_Acta No. 2.

¹² Véase Expediente Digital: Actas/ 04_Acta No. 4.

¹³ Véase Expediente Digital: Actas/ 06_Acta No.6.

¹⁴ Véase Expediente Digital: Actas/ 07_Acta No.7.

reconvención, en el cual se pronunció sobre los hechos, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, aportó y solicitó pruebas.

Mediante auto núm. 13 del 16 de noviembre de 2021¹⁵, y de conformidad con lo previsto en los artículos 21 de la ley 1563 de 2012 y 206 del Código General del Proceso, el Tribunal corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito que las Partes formularon en la contestación de la demanda inicial y en la contestación de la demanda de reconvención, así como de la objeción al juramento estimatorio formulada por la Convocada en Reconvención.

3.6. Reformas a la Demanda Inicial y a la Demanda de Reconvención

El 13 de diciembre de 2021, el apoderado de la Convocante radicó escrito de reforma a la demanda. Así mismo, el 14 de diciembre de 2021, el apoderado de la Convocada radicó virtualmente un escrito de reforma a la demanda de reconvención.

Mediante el auto núm. 17 del 20 de diciembre de 2021¹⁶, el Tribunal admitió las reformas realizadas a la demanda inicial y a la demanda de reconvención y ordenó correr traslado de estas.

El 3 de febrero de 2022, estando dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte Convocante radicó escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvención en el que se pronunció sobre los hechos, las pretensiones, objetó el juramento estimatorio, aportó y solicitó pruebas.

El mismo 3 de febrero de 2022, estando igualmente dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte Convocada radicó escrito de contestación a la reforma a la demanda inicial en el que se pronunció sobre los hechos y las pretensiones, y aportó y solicitó pruebas. No objetó el juramento estimatorio.

Mediante auto núm. 21 del 04 de febrero de 2022¹⁷, se corrió traslado a UFINET de las excepciones de mérito y de la objeción al juramento estimatorio que AIR-E formuló en la contestación de la reforma a la demanda de reconvención. Igualmente, se corrió traslado a AIR-E de las excepciones de mérito que UFINET formuló en la contestación de la reforma a la demanda inicial. Ambas Partes presentaron escritos describiendo el correspondiente traslado.

¹⁵ Véase Expediente Digital: Actas/ 09_Acta No.9.

¹⁶ Véase Expediente Digital: Actas/ 012_Acta No.12.

¹⁷ Véase Expediente Digital: Actas/ 15_Acta No.15.

3.7. Audiencia de Conciliación y Fijación de los Gastos del Tribunal

Mediante auto núm. 25 del 10 de marzo de 2022¹⁸, se declaró agotada y fracasada la Audiencia de Conciliación prevista en el artículo 24 de la ley 1563 de 2012, no obstante lo cual el Tribunal advirtió que las Partes podrían conciliar en cualquier etapa ulterior del proceso.

En el auto núm. 26 del 10 de marzo de 2022¹⁹ se fijaron los honorarios y gastos correspondientes a este proceso. Estando dentro de la oportunidad legal, la Convocante y la Convocada pagaron las sumas a su cargo.

4. Primera Audiencia de Trámite

El 25 de abril de 2022 tuvo lugar la Primera Audiencia de Trámite, en desarrollo de la cual el Tribunal, mediante auto núm. 29, se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración y, mediante auto núm. 30, resolvió sobre las pruebas pedidas por las Partes, decretando y teniendo como tales las que se relacionan más adelante.

5. Alegatos

El 9 de marzo de 2023 se llevó cabo la Audiencia de alegatos de conclusión por medios virtuales. Las Partes hicieron sus exposiciones orales y allegaron igualmente sus alegatos por escrito.

6. Audiencias del Tribunal

El proceso se desarrolló en cuarenta y cuatro (44) audiencias incluidas la de instalación y la de fallo, que se desarrolla en la fecha.

7. Término de duración del Proceso

La primera audiencia de trámite concluyó el 25 de abril de 2022. En consecuencia, el término de ocho (8) meses de duración del trámite arbitral, establecido de conformidad con la norma vigente cuando finalizó la primera audiencia de trámite, vencería el 25 de diciembre de 2022.

No obstante lo anterior, por solicitud de las Partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones:

¹⁸ Véase Expediente Digital: Actas/ 18_Acta No.17.

¹⁹ *Ibíd.*

- a) Por 20 días hábiles, entre el 20 de mayo de 2022 y el 17 de junio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 23-auto núm. 34).
- b) Por 16 días hábiles, entre el 22 de junio de 2022 y el 23 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 24-auto núm. 36), en tanto por solicitud de las Partes, el Tribunal levantó la suspensión por 4 días hábiles, entre el 5 de julio y el 8 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 25-auto núm. 37).
- c) Por 18 días hábiles, entre el 26 de julio de 2022 y el 19 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive (acta 26-auto núm. 39).
- d) Por 13 días hábiles, entre el 12 de octubre de 2022 y el 31 de octubre de 2022, ambas fechas inclusive (acta 37-auto núm. 57).
- e) Por 61 días hábiles, entre el 13 de diciembre de 2022 y el 8 de marzo de 2023, ambas fechas inclusive (acta 40-auto núm. 63).
- f) Entre el 10 de marzo de 2023 y el 17 de abril de 2023, ambas fechas inclusive (acta 41-auto núm. 65), de los cuales sólo se tuvieron en cuenta para efectos de la contabilización de los días suspendidos, 22 días hábiles.

Para un total de 150 días de suspensión de 150 permitidos.

En consecuencia, el término de duración del trámite, a la fecha, vence el **4 de agosto de 2023**, razón por la cual el presente Laudo Arbitral se emite dentro del término legal.

8. Pretensiones de la Demanda Inicial Reformada presentada por AIR-E

En el escrito de reforma de la demanda se formularon las siguientes pretensiones que serán objeto de pronunciamiento en el presente Laudo Arbitral:

"(i) Pretensiones principales:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que *DECLARE* que entre AIR-E S.A.S E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.

"SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que *DECLARE* que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato TELECORP 04.01.

"TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición de elementos y mantenimiento preventivo a cargo de UFINET COLOMBIA S.A., previstas entre otras, en las cláusulas Tercera y Décima del Contrato.

"CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la obligación de seguridad a cargo de UFINET COLOMBIA S.A.

"QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la administración de los contratos para el uso de la infraestructura celebrados con terceros, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por estos, así como por el cobro y recaudo de los dineros adeudados por los terceros usuarios de la infraestructura eléctrica, previstas entre otras, en la Cláusula Tercera, Tercera Bis 5 y Cuarta del Contrato.

"SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a los deberes secundarios de conducta a cargo de UFINET COLOMBIA S.A., particularmente el deber de obrar de buena fe en la ejecución contractual.

"SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.

"Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal: Que DECLARE, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual, que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01. terminó por actos imputables a UFINET COLOMBIA S.A., el 10 de marzo de 2021.

"Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión

Principal: Que, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual, se CONDENE a UFINETCOLOMBIA S.A., a pagar a AIR-E S.A.S E.S.P., la reparación integral de los perjuicios sufridos por AIR-E S.A.S E.S.P, dentro de los cinco días siguientes a la decisión que ponga fin al proceso, discriminados, para la fecha de formulación de esta demanda, así:

"(a) A título de daño emergente, la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOSCATORCE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/Cte (\$ 5.414.273.281).

(b) A título de lucro cesante consolidado, la suma de CINCO MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/Cte (\$5.135.054.851).

(c) A título de lucro cesante futuro, la suma de dinero que AIR-E deje de percibir como consecuencia de la explotación indebida que está haciendo UFINET de la infraestructura eléctrica de AIR-E y que se produzca entre la fecha de formulación de esta demanda y la fecha en que UFINET restituya la totalidad de los derechos de explotación asociados a la infraestructura de AIRE.

"Tercera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión

Principal: Que DECLARE que la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, implicó la terminación del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINET COLOMBIA S.A., desde el 10 de marzo de 2021.

"Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión

Consecuencial: Que DECLARE la extinción judicial del usufructo por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave y/o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.

"OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, sobre las condenas a que se refiere la Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal, se aplique la corrección monetaria conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde la fecha del perjuicio y hasta la fecha del pago efectivo.

"NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, sobre las condenas a

que se refiere la Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal, se aplique el interés puro civil del seis por ciento (6%) anual, calculado desde la fecha del perjuicio y hasta la fecha del pago efectivo.

"DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se CONDENE en costas a UFINET COLOMBIA S.A.

"(ii) Primer grupo de pretensiones subsidiarias:

"En el evento de no acceder a las pretensiones principales, respetuosamente solicito al H. Tribunal:

"PRIMERA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP04.01.

"SEGUNDA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato TELECORP 04.01.

"TERCERA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso- Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición de elementos y mantenimiento preventivo a cargo de UFINET COLOMBIA S.A., previstas entre otras, en las cláusulas Tercera y Décima del Contrato.

"CUARTA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso- Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la obligación de seguridad a cargo de UFINET COLOMBIA S.A.

"QUINTA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la administración de los contratos para el uso de la infraestructura celebrados con terceros, incluida la obligación de velar

por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por estos, así como por el cobro y recaudo de los dineros adeudados por los terceros usuarios de la infraestructura eléctrica, previstas entre otras, en la Cláusula Tercera, Tercera Bis 5 y Cuarta del Contrato.

"SEXTA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS:

Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a los deberes secundarios de conducta a cargo de UFINET COLOMBIA S.A., particularmente el deber de obrar de buena fe en la ejecución contractual.

"SÉPTIMA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS:

Que DECLARE que UFINET COLOMBIA S.A. es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.

"Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias: *Que RESUELVA, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual, el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.*

"Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias: *Que, como consecuencia de la responsabilidad civil contractual, se CONDENE a UFINET COLOMBIA S.A., a pagar a AIR-E S.A.S E.S.P., la reparación integral de los perjuicios sufridos por AIR-E S.A.S E.S.P, dentro de los cinco días siguientes a la decisión que ponga fin al proceso, discriminados, para la fecha de formulación de esta demanda, así:*

"(a) A título de daño emergente, la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOSCATORCE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/Cte (\$ 5.414.273.281).

(b) A título de lucro cesante consolidado, la suma de CINCO MIL CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/Cte (\$5.135.054.851).

(c) A título de lucro cesante futuro, la suma de dinero que AIR-E deje de percibir como consecuencia de la explotación indebida que está haciendo UFINET de la infraestructura eléctrica de AIR-E y que se

produzca entre la fecha de formulación de esta demanda y la fecha en que UFINET restituya la totalidad de los derechos de explotación asociados a la infraestructura de AIRE.

"Tercera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias: Que DECLARE que la resolución del Contrato de Cesión de Uso- Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, implica la terminación del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINETCOLOMBIA S.A.

"Pretensión Subsidiaria de la pretensión anterior: Que DECLARE la extinción judicial del usufructo por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave y/o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.

"OCTAVA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que, sobre las condenas a que se refiere la Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del primer grupo de subsidiarias, se aplique la corrección monetaria conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde la fecha del perjuicio y hasta la fecha del pago efectivo.

"NOVENA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que, sobre las condenas a que se refiere la Segunda Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del primer grupo de subsidiarias, se aplique el interés puro civil del seis por ciento (6%) anual, calculado desde la fecha del perjuicio y hasta la fecha del pago efectivo.

"DÉCIMA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que se CONDENE en costas a UFINET COLOMBIA S.A.

"(iii) Segundo grupo de pretensiones subsidiarias:

"En el evento de no acceder a las pretensiones principales ni al Primer grupo de pretensiones subsidiarias, respetuosamente solicito al H. Tribunal:

"PRIMERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP04.01.

"SEGUNDA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito.

"Pretensión subsidiaria de la anterior: Que DECLARE que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01., en nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a normas imperativas.

"Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión del Segundo Grupo de Subsidiarias, o de su pretensión subsidiaria: Que DECLARE la extinción judicial del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINET COLOMBIA S.A.

"Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión del Segundo Grupo de Subsidiarias, o de su pretensión subsidiaria: Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a UFINET COLOMBIA S.A y a AIR-E S.A.S E.S.P, a que se restituyan mutuamente al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil.

"TERCERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que se CONDENE en costas a UFINET COLOMBIA S.A.".

9. Los hechos en que se fundamenta la Demanda Inicial Reformada

La demanda inicial reformada se sustenta en sesenta y nueve (69) hechos, subdivididos en cinco (5) capítulos, que se sintetizan de la siguiente manera:

1. Sobre la relación contractual entre AIR-E y UFINET

1.1. El 1º de junio 2001, entre ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. y UNIÓN FENOSA REDES DE TELECOMUNICACIONES COLOMBIA S.A. (UFINET), se firmó el Contrato de Cesión de Uso-

Derechos de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004.01 (en adelante el Contrato), cuyo objeto consistía en que ELECTRICADORA DEL CARIBE confería a UFINET los derechos de paso, en forma exclusiva, sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICACOLOMBIANA, de los que pueda disponer, así como de las infraestructuras futuras. Derechos de paso que comprendían la posibilidad de utilizar directamente o ceder a título oneroso a terceros la facultad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente y futura para la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones (cláusula segunda del Contrato). Así como el derecho de preferencia para adquirir la red de cable de fibra óptica existente de propiedad de ELECTRICACOLOMBIANA, para su uso o para su cesión a título oneroso a terceros, así como la que pudiera instalar en el futuro.

1.2. Como es de conocimiento público, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó mediante resolución SSPD-2016000062785 del 14 de noviembre de 2016 la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., (ELECTRICARIBE). Finalizado el proceso de intervención, y cumplidos los aspectos legales, se realizaron los actos jurídicos necesarios por los cuales se transfirieron todos los activos de ELECTRICARIBE a CARIBESOL DE LA COSTA S.A.S. E.S.P. (hoy AIR-E S.A.S. E.S.P.) para la operación de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena, dentro de los cuales se encontraban los activos de distribución y comercialización de energía eléctrica de propiedad de ELECTRICARIBE ubicados en dichos departamentos y, a su vez, le fue cedido parcialmente el contrato TELECORP 004.01 suscrito con UFINET COLOMBIA S.A., para que fuera ejecutado en dichos departamentos.

2. Sobre la Nulidad del Usufructo Pactado

2.1. En el otrosí No. 1 del Contrato se estableció un usufructo sobre la infraestructura eléctrica de ELECTRICARIBE (hoy AIRE), el que se entendió pactado desde la suscripción del Contrato TELECORP-004.01 en el año 2001.

2.2. Este usufructo se reafirmó en el otrosí No. 2 del 2015, en el que se modificó la cláusula primera del contrato.

2.3. El usufructo pactado es nulo, de nulidad absoluta, ya que, con los efectos definidos en los otros ítems Nos. 1 y 2 se pactó por 50 años, que es el término de duración del Contrato y, de conformidad con la Ley vigente, el usufructo en favor de una persona jurídica no puede pasar de 30 años, tal y como lo señala el inciso 3 del artículo 829 del Código Civil, que es una norma imperativa.

2.4. Por tanto, el usufructo pactado en el contrato es absolutamente nulo por ser contrario a una norma imperativa.

2.5. El artículo 829 del Código Civil establece que el usufructo en favor de una corporación o fundación cualquiera no podrá pasar de treinta años. Aunque la norma no emplee la expresión "personas jurídicas", se entiende que se refiere a todas las personas jurídicas en general, ya que utiliza la expresión "cualquiera".

2.6. De forma pacífica, se ha entendido que el inciso final del artículo 829 del Código Civil hace referencia a las personas jurídicas en general, y no solo a las corporaciones o fundaciones.

3. Sobre el grave y cualificado incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET

3.1. Entre los meses de octubre de 2020 y enero de 2021, AIR-E S.A.S E.S.P. llevó a cabo una inspección de las redes de telecomunicaciones instaladas y apoyadas en la infraestructura eléctrica en diferentes municipios de los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena.

3.2. La inspección se centró en la verificación de dos aspectos técnicos: primero la seguridad de las personas, la red eléctrica y la red de telecomunicaciones, respecto de la cual se identificaron eventos generadores de riesgo eléctrico en el 82% de los apoyos inspeccionados; y, en segundo lugar, la disposición de la red de telecomunicaciones, respecto de la cual se identificaron eventos generadores de riesgo eléctrico en el 91% de los postes inspeccionados.

3.3. Estos eventos se clasificaron según su recurrencia y nivel de riesgo y se concluyó que están relacionados con serios y graves incumplimientos contractuales y regulatorios. Un ejemplo de su impacto se vio en un accidente fatal ocurrido en marzo de 2021 en

el que un motociclista perdió la vida debido a un elemento de telecomunicaciones que cayó de la infraestructura eléctrica. Los incidentes identificados representan una amenaza latente y un peligro inminente que afectan los "*derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos*".

4. Sobre la terminación del Contrato TELECORP 04.01

4.1. El 24 de febrero de 2021 se llevó a cabo una reunión entre AIR-E y UFINET, en la que se le comunicaron a UFINET sus graves incumplimientos contractuales y regulatorios, que ya debía conocer por su recurrencia y severidad, como se prueba en el informe de auditoría de AIR-E.

4.2. Sin embargo, UFINET no admitió los incumplimientos, lo que sugiere que o bien estaba desligada de sus obligaciones contractuales o sabía de sus incumplimientos y adoptó una actitud silente.

4.3. La cláusula decimoquinta del Contrato requería que UFINET tomara medidas inmediatas para subsanar los incumplimientos, pero no lo hizo. Ante la inactividad de UFINET, AIR-E se vio obligada a comunicarle formalmente la terminación del Contrato el 9 de marzo de 2021 debido al peligro que suponían los incumplimientos para la vida y la seguridad de los habitantes de los departamentos del Atlántico, la Guajira y Magdalena.

4.4. Después de la terminación del Contrato, AIR-E tuvo que desplegar intervenciones prioritarias en la infraestructura eléctrica para mitigar los riesgos y peligros originados por el estado crítico de las redes y equipos de telecomunicaciones alojados o apoyados sobre la infraestructura eléctrica.

5. Perjuicios causados a AIR-E por UFINET

5.1. Debido a los incumplimientos de UFINET, AIR-E ha sufrido perjuicios porque no ha recibido la remuneración que le corresponde por el uso y acceso a la infraestructura eléctrica, dado que UFINET no ha realizado un control adecuado.

5.2. Así mismo, AIR-E ha tenido que asumir el valor de las intervenciones necesarias para mitigar los riesgos y peligros causados por el estado crítico de la infraestructura eléctrica.

5.3. Además, UFINET continuó haciendo uso de la infraestructura eléctrica de forma ilegal después de la terminación del Contrato.

10. Contestación de la Demanda Inicial Reformada y Excepciones de la Convocada

En la contestación de la demanda inicial reformada, la Convocada se opuso a todas las pretensiones, explicó en detalle las razones de su oposición y solicitó condena en costas a cargo de la Convocante.

Adicionalmente, y como medio de defensa, UFINET propuso **trece (13) excepciones**, denominadas de la siguiente forma:

Literal	Excepción
A	La terminación del Contrato no produjo efectos
B	Air-e incumplió gravemente el Contrato al no respetar lo previsto en la cláusula decimoquinta
C	Inexistencia de incumplimiento de Ufinet
D	Diligencia (ausencia de culpa) de Ufinet
E	Inexistencia de incumplimiento resolutorio
F	No procede declarar la responsabilidad civil de Ufinet
G	Falta de legitimación en la causa por pasiva frente a las pretensiones de daño emergente de Air-e
H	Los gastos de las supuestas intervenciones realizadas por Air-e en la infraestructura eléctrica no configuran un perjuicio, pues fueron asumidos voluntariamente por esta
I	Improcedencia del lucro cesante reclamado
J	Prescripción
K	Validez del Contrato
L	Compensación
M	Excepción genérica

11. Pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada presentada por UFINET

En el escrito de reforma de la demanda de reconvención se formularon las siguientes pretensiones que serán objeto de pronunciamiento en el presente Laudo Arbitral:

"Pretensiones principales

"Primera pretensión principal: Declare que entre las Partes existe el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Segunda pretensión principal: Declare que en virtud del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01, Ufinet es titular del derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica, presente y futura, de Air-e.

"Tercera pretensión principal: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber intentado terminarlo unilateralmente, desconociendo lo previsto por las Partes en la cláusula decimoquinta del mismo y/o en la ley con respecto a la extinción del derecho real de usufructo, y/o el principio de la buena fe.

"Cuarta pretensión principal: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber llevado a cabo actuaciones que perturbaron, limitaron y/o impidieron el ejercicio por parte de Ufinet de su derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de Air-e.

"Quinta pretensión principal: Declare que Air-e incurrió en actos de competencia desleal de engaño, desviación de clientela, inducción a la ruptura contractual y/o violación de normas.

"Sexta pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 y, como consecuencia, la extinción del derecho real de usufructo.

"Séptima pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare que Air-e es civilmente responsable por los perjuicios ocasionados a Ufinet por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-

004-01.

"Octava pretensión principal: Condene a Air-e al pago de veintitrés mil ochocientos cuarenta y siete millones de pesos (COP\$ 23.847.000.000), por concepto de daño emergente futuro, por los gastos en los que tendrá que incurrir Ufinet para utilizar la infraestructura eléctrica de Air-e, con ocasión de la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Novena pretensión principal: Condene a Air-e al pago de ciento noventa y cuatromillones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y un pesos (COP\$ 194.522.261), por concepto de lucro cesante consolidado, por los ingresos dejados de percibir por Ufinet, con ocasión del incumplimiento de Air-e al Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Décima pretensión principal: Condene a Air-e al pago de sesenta y cuatro mil treinta y dos millones de pesos (COP\$ 64.032.000.000), por concepto de lucro cesante futuro, derivado de los ingresos que Ufinet habría percibido durante el plazo restante del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Pretensiones subsidiarias

"Primera pretensión subsidiaria: Declare que entre las Partes existió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Segunda pretensión subsidiaria: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haberlo dado por terminado unilateralmente desconociendo lo previsto por las Partes en la cláusula decimoquinta del mismo y/o en la ley con respecto a la extinción del derecho real de usufructo, y/o el principio de la buena fe.

"Tercera pretensión subsidiaria: En consecuencia, declare que Air-e es civilmente responsable por los perjuicios ocasionados a Ufinet por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Cuarta pretensión subsidiaria: Condene a Air-e al pago de

veintitrés mil ochocientos cuarenta y siete millones de pesos (COP\$ 23.847.000.000), por concepto de daño emergente futuro, por los gastos en los que tendrá que incurrir Ufinet para utilizar la infraestructura eléctrica de Air-e con ocasión de la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Quinta pretensión subsidiaria: *Condene a Air-e al pago de ciento noventa y cuatromillones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y un pesos (COP\$ 194.522.261), por concepto de lucro cesante consolidado, por los ingresos dejados de percibir por Ufinet desde la fecha de terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.*

"Sexta pretensión subsidiaria: *Condene a Air-e al pago de sesenta y cuatro mil treinta y dos millones de pesos (COP\$ 64.032.000.000), por concepto de lucro cesante futuro, derivado de los ingresos que Ufinet habría percibido durante el plazo restante del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.*

"Pretensiones comunes

"Primera pretensión común: *Condene a Air-e al pago de los intereses moratorios que se causen sobre las sumas objeto de las anteriores pretensiones, a la tasa máxima permitida por la ley.*

"Segunda pretensión común: *Condene a Air-e al pago de las costas y agencias enderecho".*

12. Los hechos en que se fundamenta la Demanda de Reconvención Reformada

La demanda de reconvención reformada se sustenta en cien (100) hechos, subdivididos en seis (6) capítulos, que se sintetizan de la siguiente manera:

1. Las relaciones contractuales de UFINET con Electricaribe y Electrocosta

1.1. El 1 de junio de 2001, UFINET celebró con Electricaribe el Contrato No. TELECORP-004-01.

1.2. Mediante el Contrato No. TELECORP-004-01, Electricaribe cedió a UFINET los derechos de paso sobre su infraestructura eléctrica.

1.3. El 1 de junio de 2001, UFINET celebró con Electrocosta el Contrato No. TELECORP-005-01.

1.4. Mediante el Contrato No. TELECORP-005-01, Electrocosta cedió a UFINET los derechos de paso sobre su infraestructura eléctrica, en los mismos términos que Electricaribe en el Contrato No. TELECORP-004-01.

1.5. Ambos contratos fueron objeto de algunas modificaciones a través de diversos otrosíes.

2. El derecho real de usufructo del cual es titular UFINET

2.1. Electricaribe otorgó a UFINET el derecho real de usufructo sobre "*toda la infraestructura eléctrica*" existente y futura de dicha sociedad, lo que le permitió a UFINET explotarla económicamente y diseñar un plan de negocios para desarrollar en beneficio propio y a través de contratos con terceros.

2.2. Este derecho se constituyó a favor de UFINET en 2001 por un plazo prorrogable de 50 años mediante la celebración del Contrato y sus otrosíes, sin necesidad de ninguna formalidad adicional.

3. La cesión de la infraestructura eléctrica de Electricaribe a AIR-E

3.1. El 14 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante "SSPD"), mediante la Resolución No. SSPD-2016000062785, ordenó la toma de posesión de Electricaribe.

3.2. El 14 de marzo de 2017, la SSPD dispuso que la toma posesión de Electricaribe tendría fines liquidatorios.

3.3. La Agente Especial para la Intervención de ELECTRICARIBE, siguiendo los procedimientos establecidos, transfirió a AIR-E todos los bienes que conformaban la infraestructura eléctrica de

Electricaribe en los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena, y, por ende, los respectivos contratos.

3.4. El 1 de octubre de 2020, AIR-E inició operaciones en los departamentos Atlántico, La Guajira y Magdalena.

3.5. AIR-E sugirió a UFINET la firma de un otrosí al Contrato para delimitar geográficamente el mercado atendido por esta. Así las cosas, las Partes celebraron el otrosí No. 3 el 19 de octubre de 2020, el cual delimitó geográficamente el ámbito territorial del Contrato a los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena. Aunque el otrosí No. 3 fue firmado el 19 de octubre de 2020, se le dieron efectos desde el 1 de octubre de 2020 y se dejaron incólumes las cláusulas relativas al derecho real de usufructo de UFINET.

4. El incumplimiento del Contrato por parte de AIR-E al alegar una terminación unilateral improcedente

4.1. En desarrollo de una supuesta auditoría interna, AIR-E solicitó información comercialmente sensible a UFINET relacionada con los contratos suscritos con sus clientes, la cual fue entregada en buena fe y de forma oportuna por UFINET.

4.2. Tres meses después, AIR-E anunció la terminación unilateral del Contrato alegando la existencia de eventos técnicos imputables a UFINET que estarían afectando la integridad de la infraestructura eléctrica, sin proporcionar los detalles necesarios para subsanar el supuesto incumplimiento ni otorgar un término razonable para su subsanación.

4.3. UFINET manifestó su disposición para solucionar los incidentes, pero AIR-E ratificó la terminación unilateral del Contrato, desconociendo lo establecido en la cláusula decimoquinta del mismo.

4.4. A juicio de UFINET, la terminación del Contrato no es válida y no está llamada a producir efecto legal alguno.

4.5. AIR-E utilizó la información recibida de UFINET para realizar actos de competencia desleal.

5. Las actuaciones ilegales, abusivas y desleales de AIR-E y la afectación al derecho real de usufructo de UFINET

5.1. La terminación unilateral del Contrato alegada por AIR-E no tiene efectos y constituye un incumplimiento contractual, al haberse desconocido lo pactado por las Partes.

5.2. Adicionalmente, AIR-E ha incurrido en otra serie de conductas que desconocen el derecho real de usufructo de UFINET y que le están ocasionando perjuicios: (i) AIR-E anunció públicamente la supuesta terminación para provocar la finalización de los contratos de UFINET con terceros; (ii) AIR-E contactó directamente a los clientes de UFINET; (iii) AIR-E impidió a UFINET el normal ejercicio de su derecho y de su operación; (iv) AIR-E continuó contactando a los clientes de UFINET provocando el rompimiento de contratos; (v) AIR-E ejerció presiones indebidas y abusivas sobre los clientes de UFINET; y (vi) las conductas de AIR-E son ajenas a la buena fe y constituyen actos de competencia desleal.

6. Los perjuicios ocasionados por AIR-E a UFINET y la terminación del Contrato

6.1. Las acciones llevadas a cabo por AIR-E al haber perturbado el derecho real de usufructo de UFINET y haber desconocido lo pactado en el Contrato, han causado perjuicios significativos a la compañía.

6.2. UFINET había pagado por ese derecho de usufructo y había elaborado un plan de negocios para explotar la infraestructura eléctrica durante 50 años.

6.3. Las acciones de AIR-E configuran incumplimientos graves al Contrato y, por tanto, son causa suficiente para su terminación y para la extinción del derecho real de usufructo, con la correspondiente indemnización de perjuicios a favor de UFINET.

6.4. Si el Tribunal aceptara que el Contrato terminó con la decisión unilateral de AIR-E, se debe calificar dicha terminación como un grave incumplimiento y como una perturbación ilegal al derecho real de usufructo de UFINET, lo que haría a AIR-E

civilmente responsable y la obligaría a indemnizar los perjuicios causados a UFINET.

13. Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada y Excepciones de la Convocante

En la contestación de la demanda de reconvención reformada, la Convocante se opuso a todas las pretensiones, explicando en detalle las razones de su oposición y solicitando la condena en costas a cargo de la Convocante en Reconvención.

Adicionalmente, y como medio de defensa, AIR-E propuso **ocho (8) excepciones**, denominadas de la siguiente manera:

Numeral	Excepción
4.1	La terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET
4.2	A la finalización del Contrato, AIR-E tomó acciones de urgencia para mitigar los sendos incumplimientos causados por negligente ejecución contractual de UFINET
4.3	Air-e no perturbó derecho real alguno de Ufinet. Por el contrario, es Ufinet quien perturba un derecho real de Air-e
4.4.	El usufructo es nulo
4.5	Air-e jamás incurrió en acto de competencia desleal alguno.
4.6	Los perjuicios solicitados son puramente hipotéticos
4.7	Compensación
4.8	Excepción genérica

14. Etapa Probatoria

Durante la etapa probatoria del presente proceso arbitral, se solicitaron, decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

14.1. Documentales

El Tribunal tuvo como tales y los incorporó, con el mérito probatorio correspondiente a cada uno, los documentos aportados por las Partes en las oportunidades legales.

Así mismo, se tuvieron como prueba, con el valor que legalmente les corresponde, los documentos allegados por las Partes al dar cumplimiento a la figura de "Aportación de Documentos" (acta 15) y los aportados por los testigos durante sus declaraciones (actas 30 y 32).

14.2. Interrogatorios de Parte y Declaración de Parte

Mediante auto núm. 35 de 21 de junio de 2022, se aceptó el desistimiento del interrogatorio de parte del representante legal de AIR-E.

El día 25 de agosto de 2022, según consta en el acta núm. 28, se practicó el interrogatorio y la declaración de parte del representante legal de UFINET.

14.3. Testimonios

En la etapa de instrucción del proceso, se recibieron los testimonios de las siguientes personas:

Nombre del Testigo	Fecha de Práctica
Leonardo Ditta Cadena	acta 29 de 31 de agosto de 2022
Claudia Cecilia Moreno Lajud	acta 29 de 31 de agosto de 2022
Cinthya Arlet Ferrer	acta 30 de 7 de septiembre de 2022
Santiago Posso Marmolejo	acta 30 de 7 de septiembre de 2022
Ramiro Antonio Vergara Rivera	acta 30 de 7 de septiembre de 2022
Mauricio Rubio Naranjo	acta 31 de 8 de septiembre de 2022
Tatiana Rubio Lesmes	acta 32 de 15 de septiembre de 2022
Adriana Milena Ojeda Moreno	acta 33 de 20 de septiembre de 2022
María Isabel Potes González	acta 33 de 20 de septiembre de 2022

Igualmente, las Partes desistieron de la recepción de los siguientes testimonios:

Nombre del Testigo	Fecha de desistimiento
Martha Elena Ruiz Díaz granados	auto núm. 35 de 21 de junio de 2022
Alexander José Samper	auto núm. 35 de 21 de junio de 2022
Hilda María Pardo	auto núm. 35 de 21 de junio de 2022
Carmen Estela Pilimur	auto núm. 35 de 21 de junio de 2022
Mary Cruz Contreras	auto núm. 48 de 7 de septiembre de 2022
Marcelo Cataldo Franco	auto núm. 49 de 7 de septiembre de 2022

Luis Fernando Rueda Tangarife	auto núm. 49 de 7 de septiembre de 2022
Antonio Rafael Bojanini	auto núm. 49 y auto núm. 50 de 7 y 8 septiembre de 2022, respectivamente.
Fermín Hernando de la Hoz	auto núm. 51 de 15 de septiembre de 2022
Fausto Alexander España	auto núm. 51 de 15 de septiembre de 2022
José Luis Ramírez Acevedo	auto núm. 51 de 15 de septiembre de 2022
Harvey Oswaldo Ríos	auto núm. 52 de 20 de septiembre de 2022
Katherine Paola Cely	auto núm. 52 de 20 de septiembre de 2022
Pedro Acuña	auto núm. 52 de 20 de septiembre de 2022
Helga Lorena Angarita	auto núm. 55 de 27 septiembre de 2022

14.4. Dictámenes Periciales

14.4.1. Dictámenes periciales de la Parte Convocante y su contradicción

Por haber sido presentados oportunamente por la Convocante, se tuvieron como prueba los siguientes dictámenes periciales:

Clase de dictamen	Objeto	Fecha de Incorporación al Expediente
Dictamen Pericial Contable y Financiero elaborado por la firma Ernst & Young Audit S.A.S.	<i>"se acreditarán los montos a los cuales ascienden los perjuicios causados por UFINET a AIR-E"</i>	autos nums. 30 de 25 de abril de 2022 y 32 de 13 de mayo de 2022
Dictamen Pericial en ingeniería elaborado por Ricardo Ramírez Carrero	<i>"analizar, desde el punto de vista técnico, la necesidad, urgencia e idoneidad de las intervenciones realizadas por AIR-E en</i>	auto num. 30 de 25 de abril de 2022

		<i>la infraestructura eléctrica, luego de la terminación del Contrato TELECORP 04.01"</i>	
Dictamen Técnico elaborado por Ricardo Carrero	Pericial Ram3rez	<i>"analizar, desde el punto de vista t3cnico, si UFINET cumpli3 o incumplió con las pr3cticas de seguridad exigibles a UFINET en relaci3n con la infraestructura que explotaba"</i>	auto num. 32 de 13 de mayo de 2022

Para surtir la contradicci3n de estos dict3menes, la Convocada ejerció los derechos que procesalmente le correspondían, como consecuencia de lo cual el Tribunal adopt3 las siguientes decisiones:

- a) Mediante auto núm. 31 de 2 de mayo de 2022 y auto núm. 33 de 19 de mayo de 2022, se orden3 el interrogatorio de los Peritos RICARDO RAM3REZ CARRERO (por sus dos experticias) y de Sandra Milena Calder3n, respecto del dictamen financiero y contable elaborado por Ernst & Young Audit S.A.S. Posteriormente, y mediante auto núm. 53 de 20 de septiembre de 2022, se acept3 el desistimiento que la Convocada formul3 respecto de los interrogatorios de los peritos Ricardo Ram3rez y Sandra Milena Calder3n.
- b) Se concedió un plazo a la Convocada para que aportara dos dict3menes de contradicci3n, luego de lo cual, mediante auto núm. 42 de 22 de agosto de 2022, se incorporaron al expediente los siguientes "contra-dict3menes":
 - 1) Dict3menes de contradicci3n elaborados por el perito JUAN MANUEL ROLD3N PEREA al "*Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminaci3n del Contrato TELECORP 004.01, realizado por el Ing MSC Ricardo Ram3rez Carrero a solicitud de Air-e de 21 de marzo de 2022*" y al "*Dictamen de Seguridad en el Marco de la Terminaci3n del Contrato TELECORP 004.01, realizado por el Ing MSC Ricardo Ram3rez Carrero a solicitud de Air-e de 4 de mayo de 2022*". El perito ROLD3N PEREA fue interrogado a petici3n de la Convocante el d3a 23 de septiembre de 2022 (acta 34).

- 2) Dictamen de contradicción financiero elaborado por MEJORACINCO S.A.S. (METRIX) al dictamen contable y financiero elaborado por Ernst & Young Audit S.A.S. Inicialmente, mediante auto núm. 46 de 2022 y en virtud de petición de la Convocante, se citó al perito MEJORACINCO S.A.S. a interrogatorio, pero por auto núm. 54 de 23 de septiembre de 2022, se aceptó el desistimiento que respecto de dicho medio de contradicción formuló la Convocante.

14.4.2. Dictámenes Periciales de la Parte Convocada y su contradicción

Por haber sido oportunamente allegado por la Convocada con la demanda de reconvencción reformada, se tuvo como prueba el siguiente dictamen pericial:

Clase de dictamen	Objeto	Fecha de Incorporación al Expediente
Dictamen Pericial Financiero elaborado por METRIX FINANZAS, suscrito por MEJORACINCO S.A.S.	<i>"calcular las indemnizaciones a que haya lugar por el incumplimiento y la terminación del Contrato entre UFINET COLOMBIA y AIR -E."</i>	auto num. 30 de 25 de abril de 2022

Para surtir la contradicción de este dictamen, la Convocante ejerció los siguientes actos procesales:

- a) Mediante auto núm. 31 de 2 de mayo de 2022, y ante la petición de la Convocante en ese sentido, se ordenó interrogar al Perito MEJORACINCO S.A.S. y a las personas naturales que participaron en la elaboración del dictamen financiero. Posteriormente, y mediante auto núm. 46 de 2022, se aceptó el desistimiento de este interrogatorio.
- b) Se concedió un plazo a la Convocada para que aportara un dictamen de contradicción, en virtud de lo cual, mediante auto núm. 47 de 31 de agosto de 2022, se incorporó al expediente el contra dictamen elaborado por KPMG Advisory, Tax & Legal S.A.S. A través del auto núm. 48 de 7 de septiembre de 2022, y por así haberlo solicitado la Convocada, se ordenó el interrogatorio de este perito, diligencia que se llevó a cabo el día 23 de septiembre de 2022 (acta 34).

14.5. Exhibición de documentos

El 25 de agosto de 2022 se inició la exhibición de documentos a cargo de UFINET, conforme a lo señalado en el literal b., numeral 3 y literal c., numeral 5, del auto núm. 30, para lo cual se allegaron una serie de documentos que, mediante auto núm. 44, fueron puestos a disposición de AIR-E.

El 25 de agosto de 2022 se inició la exhibición de documentos a cargo de AIR-E, conforme a lo señalado en el literal d., numeral 6 del auto núm. 30, para lo cual se allegaron una serie de documentos que, mediante auto núm. 45, fueron puestos a disposición de UFINET.

Mediante auto núm. 56 de 30 de septiembre de 2022, y a petición de cada una de las Partes, el Tribunal ordenó incorporar al expediente los siguientes documentos que fueron objeto de la exhibición:

A. Documentos solicitados por AIR-E:

- a. De la carpeta "1. Inventario redes", los dos documentos relacionados en dicha carpeta, esto es, el denominado "INVENTARIO DE USOS TERCEROS_DIC 2021.pdf" y el denominado "INVENTARIO PROPIO UFINET_AIR_E.pdf".
- b. De la carpeta "4. Relación de Contratos", el único archivo que contiene la carpeta, que es un archivo Excel denominado "Relación de Contratos".
- c. De la carpeta "Correspondencia", los siguientes correos electrónicos, que se identifican de la misma forma como aparecen relacionados en esa carpeta: (i) 0011680 (ii) 0014987 y (iii) 0011646.

B. Documentos solicitados por UFINET:

- a. Acta de reunión, contenida en la carpeta "4 – Informes reportes – correos – gestiones – terminación contrato".
- b. Los contenidos en la carpeta "8 – Contratos suscritos".
- c. Los contenidos en la carpeta "7 – Correos Air-e PRST"

En el mismo auto núm. 57, el Tribunal ordenó incorporar oficiosamente los contratos exhibidos por UFINET "que fueron remitidos con el memorial de 5 de noviembre de 2022" y declaró "cumplido el objeto de las exhibiciones de

documentos decretadas en el auto No. 30 del 25 de abril de 2022”, con la advertencia de que las diferentes manifestaciones realizadas por los apoderados sobre los incumplimientos o falencias de las diferentes exhibiciones serán abordadas, de ser pertinente, en el Laudo Arbitral.

En cumplimiento del auto núm. 56, UFINET remitió la documentación objeto de exhibición, esto es, “los contratos vigentes suscritos con terceros sobre la infraestructura eléctrica de Electricaribe/Air-e, con sus otrosíes o modificaciones, que se siguieron ejecutando después del 9 de marzo de 2021 y los nuevos contratos que Ufinet ha suscrito con terceros y que versan sobre la infraestructura eléctrica de Electricaribe/Air-e”, respecto de los cuales considera que “contienen información comercialmente sensible”.

Mediante auto núm. 59, el Tribunal ordenó “que los documentos exhibidos por **UFINET COLOMBIA S.A.** mediante el enlace allegado en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal mediante auto No. 56, queden a disposición de la Convocante para su revisión y eventual incorporación al expediente como pruebas, a efectos de lo cual dentro de los 5 días siguientes a esta fecha, la parte interesada deberá presentar un escrito al Tribunal en el cual **(i)** relacione los documentos exhibidos que solicita que sean incorporados al expediente como prueba y **(ii)** formule las manifestaciones que a bien tenga en relación con la exhibición. Concluido lo anterior, el Tribunal procederá a ordenar la incorporación al expediente de los documentos solicitados y, de haber lugar a ello, a resolver lo que corresponda en relación con las manifestaciones de las partes. (...) El Tribunal pone de presente tanto a **AIR-E** como a los demás destinatarios del correo remitido por **UFINET** que ciertos documentos aportados por esta última son confidenciales, por lo cual deberán adoptar las medidas dirigidas a asegurar que se mantenga la reserva de la información suministrada (...)”.

Para preservar la confidencialidad alegada por la Convocada, se creó una Carpeta especial en el expediente digital, con los contratos celebrados con terceros del año 2015 al año 2022 y el Inventario de Usos de Terceros.

14.6. Prueba por Informe

El 12 de mayo de 2022, por intermedio de la Secretaria del Tribunal, se remitieron los Oficios 1, 2 y 3 a FSCR INGENIERÍA S.A.S., BRP INGENIEROS S.A.S. y CIVEL S.A.S. conforme fue ordenado mediante auto núm. 31 del 2 de mayo de 2022 para la Prueba por Informe. Durante los días 24 y 25 de mayo de 2022, se recibieron de las mencionadas sociedades las respuestas a los

diferentes oficios, conforme fue ordenado por el Tribunal en el auto núm. 30 del 25 de abril de 2022.

Mediante auto núm. 35 de 21 de junio de 2022, se ordenó correr traslado a las Partes del contenido de las respuestas de esta prueba por el término de tres (3) días, el cual venció sin manifestación alguna.

15. Cierre de la etapa probatoria y control de legalidad

Mediante auto núm. 62 del 12 de diciembre de 2022, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria por haberse practicado todas las pruebas decretadas, salvo las que fueron desistidas. Así mismo, en los términos del artículo 132 del Código General del Proceso²⁰ se llevó a cabo un control de legalidad sobre la totalidad de la actuación, en el que el Tribunal manifestó que no encontraba causal de nulidad o vicio que ameritara su saneamiento. Las partes expresaron su conformidad con la actuación surtida.

Adicionalmente, el Tribunal realizó diversos controles de legalidad durante el trámite, tal como consta en el acta núm. 17 del 10 de marzo de 2022 (Audiencia de Conciliación); en el acta núm. 20 del 25 de abril de 2022 (Primera Audiencia de Trámite); en el acta núm. 40 de 12 de diciembre de 2022 (Cierre Probatorio); y en el acta núm. 41 del 9 de marzo de 2023 (Audiencia de Alegatos), en las que de manera expresa, además de la constatación por parte del Tribunal de que no se advertía causal de nulidad o irregularidad alguna en las actuaciones, las Partes manifestaron no haber encontrado vicio que afectara el trámite del proceso.

El Tribunal concluye, entonces, que el trámite arbitral se ha desarrollado con sujeción a la normatividad aplicable, sin que al momento de dictar el Laudo se haya advertido ninguna causal de nulidad del proceso, ni irregularidad alguna que pueda afectar la actuación o la decisión que se adopta en la fecha para decidir la controversia.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal se refiere, en los siguientes acápite, a los aspectos de índole procesal relevantes para el Proceso.

²⁰ "Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación."

1. ASPECTOS PROCESALES Y OTRAS CUESTIONES PREVIAS

1.1. Presupuestos del proceso

1. El Tribunal pone de presente que en este trámite arbitral se reúnen los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para emitir un pronunciamiento de fondo.

2. En efecto, el Tribunal constató que:

- A. Tanto la parte Convocante como la parte Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se evidencia restricción alguna al efecto; por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido debidamente representadas al proceso.
- B. Las Partes actuaron por conducto de apoderados debidamente autorizados y reconocidos por el Tribunal como tales.
- C. El Tribunal es competente para conocer y resolver de las pretensiones y excepciones, tal y como se consignó en el auto núm. 29 de 25 de abril de 2022, que no fue objeto de recurso.
- D. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas para el efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
- E. No se advierte causal de nulidad que afecte la actuación.

1.2. Sobre el desconocimiento de documentos

3. Al descorrer las excepciones de mérito contra la demanda de reconversión reformada, el apoderado de UFINET formuló, de conformidad con el artículo 272 del Código General del Proceso, una solicitud de “*desconocimiento de documentos*” en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de lo indicado, habida cuenta que los 4.000 supuestos informes aportados por Air-e aparentemente provienen de terceros, aunque no cuentan con firmas que acrediten su autoría, Ufinet se ve en la obligación de desconocer tales documentos, en los términos del artículo 272 del CGP”.

4. En virtud de lo anterior, en el numeral 2, del literal F, del resuelve primero del auto núm. 30 de 25 de abril de 2022, se corrió traslado a AIR-E de la aludida solicitud, quien pidió que se oficiara a las sociedades FSCR INGENIERIA S.A.S., BRP INGENIEROS S.A.S. y A CIVEL S.A.S. para que manifestaran *“si son de su autoría los documentos que fueron objeto de la solicitud de desconocimiento”*.

5. Estando dentro de la oportunidad concedida, la sociedad FSCR INGENIERÍA S.A.S. manifestó que *“los documentos contenidos en la carpeta 7.2.3 ‘informe de actividades de mantenimiento’ que hacen parte del siguiente archivo Onedrive son autoría de FSCR INGENIERÍA S.A.S. (...)”* y, seguidamente, detalló el proceso que llevó a la preparación de los 4950 informes que allí se incluyeron.

6. Por su parte, las sociedades BRP INGENIEROS S.A.S. y A CIVEL S.A.S. manifestaron que la documentación objeto del desconocimiento no era de su autoría.

7. Una vez el Tribunal puso las anteriores respuestas en conocimiento de las Partes, éstas guardaron silencio.

8. Visto lo anterior y para resolver la cuestión, son pertinentes los siguientes comentarios:

9. El artículo 272 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 272. DESCONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO. En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

“No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

“De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

“La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

"Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

"El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien se alega".

10. Al respecto, es preciso señalar que la norma en comento regula la figura del "desconocimiento de documentos" cuya finalidad es restar eficacia demostrativa a una prueba documental aportada al expediente ante su posible falta de "autenticidad" por no existir certeza respecto de la persona que la ha elaborado, manuscrito o firmado.

11. Para que pueda acudir a este trámite especial, la jurisprudencia ha indicado que se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

"i) Oportunidad: *Esto es, en la misma oportunidad para formular la tacha de falsedad, lo cual tiene lugar en la contestación de la demanda cuando el documento a desconocer se aporte con la demanda, o, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba.*

"ii) Legitimación: *La puede solicitar la parte a quien se le atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella o esté frente a documentos emanados de terceros ⁽³⁵⁾ con carácter dispositivo o representativo.*

"iii) Motivación: *Quien desconozca el documento debe motivar y sustentar su petición.*

"iv) Procedencia: *Respecto de cualquier medio probatorio, distinto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aduce, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte"²¹.*

12. En este caso, si bien concurrieron a plenitud las condiciones de oportunidad, legitimación y motivación, el Tribunal no "desconocerá" ni "excluirá" los informes que fueron allegados por AIR-E en la contestación de la reforma a la demanda de reconvención, pues, en virtud del trámite probatorio adelantado al interior

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 12 de julio de 2018. Expediente 2017-00024-00. C.P. Rocío Araújo Oñate.

del proceso arbitral, se pudo comprobar que el autor de dichos informes fue la sociedad FSCR INGENIERÍA S.A.S., a través del personal dispuesto para tales efectos. Así se pudo comprobar con la respuesta dada por esa sociedad, en la cual, adicionalmente, se indicó el procedimiento bajo el cual se elaboró dicha prueba documental.

13. Lo dicho es suficiente, entonces, para negar el “desconocimiento de documentos” formulado por UFINET. Consecuentemente, el Tribunal valorará la totalidad de los documentos válidamente allegados al expediente, en conjunto con los demás elementos de prueba y bajo las reglas de la sana crítica.

1.3. Sobre la tacha de sospecha

14. En la audiencia del 31 de agosto de 2022, el apoderado de la parte Convocante tachó por sospecha el testimonio de Claudia Cecilia Moreno Lajud por considerar que ella *“tiene una relación de dependencia con Ufinet”* y que además se pronunció sobre circunstancias que no había presenciado, por lo que podía estar afectada *“su credibilidad”*.

15. Sobre la tacha de sospecha o de imparcialidad, establece el artículo 211 del Código General del Proceso que cualquier parte podrá tachar un testimonio cuando considere que su credibilidad o imparcialidad podrá verse afectada *“en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*. Se trata, entonces, de una figura con la cual se busca cuestionar el valor demostrativo de un testimonio rendido por una persona que, por tener un notorio interés personal, familiar o económico en el resultado del proceso, pierde credibilidad en el relato que hace de los hechos.

16. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que la tacha de sospecha no conduce a descartar la declaración rendida, sino a evaluarla teniendo en cuenta los motivos y pruebas de la tacha. Así, en providencia del 31 de julio de 2014 la Corte Suprema de Justicia expresó²²:

“De todas formas, cabe anotar que un testimonio con «tacha de sospecha» no conlleva per se su descalificación, pues en esos supuestos, según las previsiones del canon 218 del Código de Procedimiento Civil, puede evaluarse teniendo presente las

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC10053-2014 de 31 de julio de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

circunstancias particulares y sopesándolo con mayor rigurosidad respecto del que carece de motivos de desconfianza”.

17. Sobre el tema, dicha Corporación, en otra oportunidad señaló:

“(...) la Corte ha sostenido que no puede considerarse que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las Partes, ‘va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica, puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados con otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil’; que si las personas allegadas a un litigante pueden tener interés en favorecerlo con sus dichos, no puede olvidarse que ‘suelen presentarse a menudo conflictos judiciales en los que sus hechos determinantes apenas si son conocidos por las personas vinculadas con los querellantes y por eso son solamente ellos los que naturalmente se encuentran en capacidad de transmitirlos a los administradores de justicia’ (...)”²³.

18. Así las cosas, queda claro que las relaciones laborales, personales o familiares que el testigo pueda tener con alguna de las Partes o con el objeto de litigio, no generan mérito suficiente para desechar su declaración *ipso iure*, pues, además de ello, se requiere que ese interés repercuta notoriamente en el juicio del deponente y que eso se evidencie en el desarrollo de su declaración.

19. Es cierto que la testigo manifestó que tiene una relación contractual con UFINET. Sin embargo, dicha relación de dependencia, por sí sola, no constituye una razón suficiente para concluir que tiene un interés directo en el objeto del proceso que conduzca a que ella busque beneficiar a ese extremo procesal con su declaración. Tal circunstancia no solo no se acreditó por ningún otro medio de prueba, sino que de su dicho tampoco se advierte esa situación. Por demás, la testigo estuvo presente en las diversas etapas de surgimiento del conflicto, por lo que su testimonio resulta relevante para encontrar la verdad material del presente caso.

20. Con ese fundamento, considera el Tribunal que la declaración de la testigo Claudia Cecilia Moreno Lajud merece plena credibilidad y que lo manifestado por ella será valorado en forma conjunta con las demás pruebas y bajo las reglas de la sana crítica, en la medida en que las circunstancias así lo requieran.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Exp. No. 76001-3110-010-2001-00224-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

21. Por lo expuesto, no prospera la tacha de sospecha formulada respecto del testimonio rendido por la señora Claudia Cecilia Moreno Lajud.

2. LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO OBJETO DE LA CONTROVERSIA

22. Es asunto pacífico en la controversia el hecho de la celebración del contrato de "*Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones*" TELECORP 004.01, negocio jurídico que fue objeto de tres modificaciones hechas mediante sendos otrosíes. Sus textos, que se reseñarán en lo pertinente más adelante, obran en el expediente. Las partes coinciden en la celebración y las modificaciones del referido contrato. Así pues, para el Tribunal no hay duda sobre su existencia.

23. Lo que ha sido objeto de posturas opuestas tiene que ver con algunos aspectos del derecho real de usufructo acordado entre las partes; con la validez o nulidad del Contrato, por causa, precisamente, de la forma como se pactó dicho usufructo; y con la vigencia o terminación del contrato TELECORP 004.01.

24. El Tribunal abordará enseguida los primeros dos asuntos, pues su definición es necesaria antes de considerar los otros frentes del litigio. Sin embargo, precisa que más adelante despachará la pretensión primera de la demanda principal, respecto de la cual el Tribunal entiende que busca que se declare que el contrato "existió", pero dejó de hacerlo en virtud de la terminación unilateral por parte de AIR-E, punto sobre el cual las partes tienen posiciones encontradas, pues la Convocante afirma que el negocio jurídico terminó y, de otro lado, UFINET asegura que aún existe.

2.1. Posición de las partes

25. Toda vez que en este proceso las partes han discutido, con base en su naturaleza jurídica, algunos efectos que se derivan del contrato TELECORP 004.01, en particular lo atinente a la fecha en la que se constituyó el derecho real de usufructo y los efectos de los términos en los que se pactó, el ejercicio de calificación del negocio se convierte en punto obligado de partida.

2.1.1. Posición de la Convocante

26. De una parte, para la Convocante, el derecho real de usufructo sobre su infraestructura eléctrica solo fue concedido mediante el otrosí No. 2 al Contrato. Así lo expresó el apoderado de la Demandante en sus alegatos de conclusión:

"Solo fue hasta el otrosí No.2, como se verá más adelante, que se pactó el usufructo, y, en consecuencia, se clarificó que este no recaería sobre bienes Inmuebles".

27. Al respecto, cabe resaltar que la anterior manifestación es un cambio de posición del apoderado de la Convocante, quien en la demanda reformada aseguró que el usufructo se constituyó desde el 1º de junio de 2001, debido a la consideración incluida en el otrosí No. 1:

*"En el Otrosí No. 1 del contrato, consta la siguiente manifestación, según la cual, desde la suscripción misma del Contrato TELECORP-004.01 - lo que sucedió el 1 de junio de 2001- se constituyó un usufructo sobre la infraestructura eléctrica de ELECTRICARIBE (hoy AIR-E). Al tenor de lo que preceptúan las consideraciones preliminares del Otrosí No. 1: 'a) ELECTRICARIBE suscribió el día primero de junio del año dos mil uno (2001) el Contrato No. TELECORP-004.01 con GNF TELECOMUNICACIONES en virtud del cual ELECTRICARIBE otorga a GNF TELECOMUNICACIONES el Derecho de Paso, en forma exclusiva, sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE, de los que pudiera disponer, así como de las Infraestructuras Futuras, derechos que comprenden la facultad de utilizar directamente o ceder a título oneroso a terceros la facultad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente y las Infraestructuras futuras en los departamentos de Atlántico, Cesar, Guajira y Magdalena, para la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones, **constituyéndose en un contrato de Usufructo**"* (resaltado de la Convocante en el texto de la demanda).

28. El cambio de posición de la Convocante en sus alegatos de conclusión se concretó con la negación de la constitución de un derecho real de usufructo para el 1º de junio de 2001, cuando se suscribió el Contrato, de la siguiente manera:

"[E]n ninguna parte de estos contratos [haciendo referencia a los contratos Telecorp-004.01 y Telecorp-005.01] se menciona la palabra usufructo, ni se señala tampoco que se conferiría este derecho real, razón más que suficiente para concluir que, el usufructo, no pudo surgir con la firma de los contratos en el año 2001".

29. Además de la ausencia de menciones al derecho real de usufructo, la Convocante aduce la inobservancia de la forma solemne (escritura pública) que se requiere para perfeccionar un negocio jurídico que tenga por objeto la constitución de un derecho real de usufructo cuando éste versa sobre bienes inmuebles, como es el caso del Contrato.

2.1.2. Posición de la Convocada

30. Por su parte, la Convocada ha manifestado con toda claridad que, entre las partes, debido a lo acordado en el otrosí No. 2, desde el año 2001 se constituyó un derecho real de usufructo a favor de UFINET. Así se pronunció la Convocada en la contestación a la demanda:

"17. Así, en el Otrosí No. 2 se manifestó, inequívocamente, que 'a) Electricaribe suscribió el día primero (1º) de junio del año dos mil uno (2001) el Contrato No. TELECORP-004.01 con UFINET en virtud del cual ELECTRICARIBE confirió a UFINET: (i) el usufructo sobre la capacidad que tiene la infraestructura eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión (...)' (Subrayado fuera de texto). O, de manera similar, que derechos de paso '[e]s el derecho real de usufructo sobre la capacidad que tiene la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión (...)' (Subrayado fuera de texto)".

"18. Así, es evidente que, desde el 1 de junio de 2001, a Ufinet se le concedió un derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica, presente y futura, de Electricaribe"
(se destaca).

31. Como se puede observar, la posición de la Convocada coincide con la idea originalmente expuesta por la Convocante en la demanda. Sin embargo, como ya se ha señalado, en los alegatos de conclusión AIR-E cambió su posición inicial, para contradecir la existencia de un derecho de usufructo desde el año 2001.

2.2. Problema jurídico

32. En vista de lo anterior, debe el Tribunal definir el momento en el que surgió el derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E, punto cardinal para resolver sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones planteadas por UFINET y los efectos del negocio para los contratantes. Para tal fin, como se anunció anteriormente, el Tribunal procederá a calificar el negocio

jurídico celebrado entre las partes y, de esta manera, identificar en qué momento y con qué alcance se constituyó el derecho real de usufructo sobre dicha infraestructura.

2.3. Consideraciones

2.3.1. Análisis preliminar del negocio jurídico celebrado entre las partes. Calificación jurídica del Contrato

33. La calificación jurídica es el concienzudo estudio que emprende el fallador a fin de identificar la naturaleza o especificidad del contrato, labor que se estima de gran relevancia en tanto que es a partir del reconocimiento de la modalidad del negocio jurídico, que el juez está en posibilidad de determinar, con acierto, las normas legales y convencionales que le son aplicables y, por consiguiente, los efectos jurídicos que del mismo se desprenden.

34. Este análisis está fundamentalmente soportado en la verificación de los elementos de la esencia del contrato analizado, los cuales, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, se refieren a *"aquellas cosas sin las cuales, [aquel] o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente"*. Además, está igualmente soportado en el artículo 898 del Código de Comercio, norma que establece que *"[s]erá inexistente el negocio jurídico cuando (...) falte alguno de sus elementos esenciales"*. En este sentido, para hacer la calificación, el juez necesariamente debe atender a los denominados *essentialia negotii*, pues son ellos los que definen los contornos del contrato y los que permiten singularizarlo, indistintamente de la denominación que alguna o, incluso, que todas sus partes le hubieren asignado.

35. En este sentido, es claro para el Tribunal que el juez debe analizar el negocio jurídico a fin de esclarecer si en el mismo concurren los elementos esenciales de alguna de las categorías típicas, es decir, de aquellas que cuentan con una regulación autónoma, o si, por el contrario, no se ajusta a ninguna de ellas y, por tanto, constituye un contrato atípico, cuya regulación ha de determinar.

36. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de diciembre de 2011, reiterada el 27 de marzo de 2012, resaltó que la calificación jurídica es el procedimiento encaminado a determinar, con base en los elementos esenciales, el tipo de contrato de que se trata con miras a fijar, posteriormente, el régimen legal que habrá de disciplinarlo. Al respecto, señaló lo siguiente:

*"Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de **determinar la***

naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, **distinguir los elementos esenciales del contrato** de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, **el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable.**

"Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos"²⁴ (se destaca).

37. En términos similares, Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que "[l]a calificación es muy importante: sirve para establecer, mediante una **investigación que es de naturaleza esencialmente normativa o de derecho: (I) la naturaleza del contrato, (II) qué normas jurídicas han de aplicarse y, mediatamente, (III) qué efectos derivan de la voluntad de las partes**"²⁵ (se destaca).

38. Al fallador le incumbe determinar de manera correcta el derecho aplicable a la controversia sometida a su discernimiento, mediante la subsunción, en las normas jurídicas que prevén sus efectos, de los hechos probados en el proceso. Para el caso que nos ocupa, la tarea de calificación estará enfocada en determinar, primeramente, la naturaleza típica o atípica del acuerdo y las consecuencias de ello, para luego precisar el momento en el que se constituyó el derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E y sobre qué parte de ella.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2011. Exp. No. 11001-3103-005-2000-01474-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de marzo de 2012. Exp. No. 100131030032006-00535-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

²⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Reflexiones sobre la interpretación de los Contratos. En Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo. I, Ed. Grijley, Lima (2007). Citado por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio, *Interpretación, calificación e integración del Contrato*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá (2014). Págs. 161 y 162.

39. Como ya se adelantó, en el caso que convoca la atención del Tribunal, la calificación del negocio resulta necesaria para atender pretensiones explícitas que se encuentran en la demanda y que se relacionan con el surgimiento del derecho real de usufructo mediante el contrato celebrado entre las partes. Encuentra el Tribunal que en el proceso se ha expresado una clara diferencia entre los extremos del litigio respecto a la fecha en la que se constituyó el usufructo y los efectos que se pueden derivar de las disposiciones contenidas en el respectivo negocio jurídico. De manera que, a continuación, se analizarán los elementos probatorios con los que cuenta el Tribunal para calificar e integrar el negocio jurídico celebrado entre la acá Convocante y la Convocada.

2.3.2. Cuestión previa. La sucesión de las partes en el contrato de “Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones”

40. El contrato de “Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones. Contrato No. Telecorp-004.01”, suscrito el 1º de junio de 2001 entre Electrificadora del Caribe E.S.P – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P y Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Colombia S.A. es el contrato objeto de este proceso, junto con sus otrosíes modificatorios. De tal manera, resulta pertinente aclarar que las partes que originalmente suscribieron dicho contrato, o han sido sucedidas, o han modificado su razón social.

41. Unión Fenosa Redes de Telecomunicaciones Colombia S.A. cambió su razón social por Gas Natural Fenosa Telecomunicaciones Colombia S.A. el 17 de junio de 2011, razón social que luego modificó para ser denominada, finalmente, UFINET COLOMBIA S.A., quien es la Convocada en este proceso.

42. Por su parte, Electrificadora del Caribe E.S.P – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P se fusionó en el año 2007 con Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P – ELECTROCOSTA, fusión en virtud de la cual, la primera absorbió a la segunda. Mediante resolución No. SSPD-20161000062785 del 14 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sociedad ELECTRICARIBE. Luego, en el año 2020, en virtud del contrato de compraventa de acciones que se realizó respecto de la sociedad CaribeSol de la Costa S.A.S. E.S.P, AIR-E S.A.S. E.S.P., convocante de este proceso, adquirió los activos de distribución y comercialización de energía que originalmente tenía ELECTRICARIBE en los departamentos de Atlántico, Magdalena y La Guajira.

2.3.3. El denominado contrato de “Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones”. Principales estipulaciones que orientan la calificación del contrato

43. ELECTRICARIBE y UFINET suscribieron el 1º de junio de 2001 un contrato que denominaron "Contrato de Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones" (TELECORP 004.01). Las partes acordaron en la cláusula segunda que mediante dicho contrato ELECTRICARIBE confería a UFINET los siguientes derechos:

"(a) Los Derechos de Paso, en forma exclusiva, sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICACOLOMBIANA, de los que pueda disponer, así como de las Infraestructuras Futuras. Estos derechos de paso comprenden la facultad de utilizar directamente o ceder a título oneroso a terceros la facultad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente y las Infraestructuras Futuras, para la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones. La cesión de los Derechos de Paso sobre las Infraestructuras Futuras se entiende incluida en el precio del presente contrato, y le aplicarán todos los términos y condiciones aquí estipulados

"(...)

"(e) El Derecho de Preferencia para adquirir la Red de Cable de Fibra Óptica existente, de propiedad de ELECTRICACOLOMBIANA, para su propio uso o para su cesión a título oneroso a terceros, así como la que pueda instalar en el futuro".

44. En la cláusula primera, las partes también definieron los "derechos de paso" como "la facultad de utilizar la infraestructura eléctrica para proceder, en los términos pactados en este Contrato, a la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones en sustitución o ampliación de los cables existentes propiedad de ELECTRICACOLOMBIANA". Los contratantes no definieron el "derecho de preferencia".

45. En la cláusula tercera se consagró el alcance del objeto del Contrato, tanto para lo que corresponde al derecho de paso, como para el de preferencia. En ese sentido, se estipuló lo siguiente:

"El alcance del objeto de este Contrato comprende:

(a) Derechos de Paso

- Nuevos Tendidos e Instalaciones: UFINET COLOMBIA tendrá derecho, al tendido de cables y equipos de telecomunicaciones de su propiedad o para terceros, en la Infraestructura Eléctrica Existente o en las Infraestructuras Futuras. Respecto de cualquier tendido de cables de fibra óptica que UFINET COLOMBIA ejecute, directamente o a través de terceros, para su uso o para uso de terceros, deberá reservar como mínimo dos (2) fibras ópticas para uso exclusivo de ELECTRICACOLOMBIANA, sin costo para ésta. En el evento en que se requiera un nuevo tendido para uso exclusivo de ELECTRICACOLOMBIANA, o que ELECTRICACOLOMBIANA solicite reservar para su uso exclusivo fibras ópticas adicionales, el costo de los nuevos tendidos (excluyendo los dos de reserva) o de las fibras ópticas adicionales, será pagado por ELECTRICACOLOMBIANA, según el precio que mutuamente establezcan las partes.

"UFINET COLOMBIA deberá preparar anualmente y presentar para aprobación del Comité de Operación previsto en la cláusula duodécima, un Plan General incluyendo los nuevos tendidos que desea realizar en los próximos doce meses. Dicho Plan General deberá ser plenamente explícito, incluyendo localización, elementos, fechas previstas y aquellos estudios preparatorios adicionales que considere conveniente ELECTRICACOLOMBIANA.

- Tendidos Existentes de Terceros: UFINET COLOMBIA, como cesionario exclusivo de los Derechos de Paso, estará facultado para realizar todas las gestiones necesarias a fin de legalizar la situación de terceros que puedan estar utilizando la Infraestructura Eléctrica para tendido de cables de telecomunicaciones, incluyendo la suscripción de acuerdos de uso, a título gratuito u oneroso, así como adelantar todas las acciones judiciales y extrajudiciales para proteger sus derechos de paso. ELECTRICACOLOMBIANA colaborará con UFINET COLOMBIA en esta labor, proporcionándole información y otorgándole los poderes que para ello requiera.

- Cesión de Derechos a Terceros: UFINET COLOMBIA podrá celebrar acuerdos con terceros, a título gratuito u oneroso, mediante los cuales les permita el uso de la Infraestructura Eléctrica para tendido de cables de telecomunicaciones.

- Ocupación de Instalaciones: Cuando se requiera una ocupación en instalaciones de ELECTRICACOLOMBIANA, en especial tratándose de subestaciones transformadoras, ELECTRICACOLOMBIANA cederá el

espacio correspondiente, siempre que ello sea posible, entendiéndose la contraprestación incluida en el precio de este contrato.

“(b) Derecho de Preferencia:

“UFINET COLOMBIA podrá ejercer en cualquier momento, durante la vigencia del presente Contrato, su derecho a adquirir preferentemente la Red de Fibra Óptica existente de propiedad de ELECTRICACOLOMBIANA. En tal evento, el precio de adquisición de la red será fijado según lo estipulado en la cláusula cuarta. En cualquier caso de venta de la Red de Cable de Fibra Óptica de ELECTRICACOLOMBIANA, deberá existir siempre un mínimo de dos (2) fibras ópticas reservadas, en cada uno de los Tramos, para satisfacer las necesidades derivadas del sistema eléctrico para ELECTRICACOLOMBIANA.

“En el evento en que ELECTRICACOLOMBIANA reciba una oferta de compra de su Red de Cable de Fibra Óptica o de alguno de sus tramos, por parte de un tercero, deberá comunicar dicha oferta a UFINET COLOMBIA para que ésta, dentro de un término de 30 días comunes contados a partir del recibo de la comunicación, ejerza su derecho a adquirir preferentemente dicha Red de Cable de Fibra Óptica o sus tramos. En el evento en que UFINET COLOMBIA no ejerza esta opción, quedará ELECTRICACOLOMBIANA en libertad de vender la Red de Cable de Fibra Óptica o sus tramos a ese tercero.

“PARAGRAFO: Todo lo previsto en esta cláusula estará sujeto, en todo caso, a un uso preferencial relacionado con la actividad eléctrica propia de ELECTRICACOLOMBIANA, y deberá realizarse con respecto de lo previsto en el literal a) de la cláusula cuarta”.

46. Visto lo anterior, es posible concluir que las partes, en el Contrato celebrado el 1º de junio de 2001, no incluyeron referencia alguna a la constitución de un derecho real de usufructo.

2.3.4. Los otrosíes del contrato de “Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones”. Principales estipulaciones que orientan la calificación del Contrato

47. Mediante el otrosí No. 1 del 18 de diciembre de 2013, las partes modificaron el Contrato con el fin de ajustar las condiciones y obligaciones a las Resoluciones Nos. 063 del 14 de junio de 2013 emitida por la Comisión de Regulación de

Energía y Gas – CREG y 4245 del 25 de junio de 2013 emitida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones - CRC. En el referido otrosí, respecto del cual se pactaron efectos a partir del 1º de enero del 2014, las partes modificaron el objeto; allí fijaron que ELECTRICARIBE confería los siguientes derechos a favor de GNF TELECOMUNICACIONES:

"(a) Los Derechos de Paso, en forma compartida, para hacer uso de la infraestructura eléctrica que disponga en la actualidad o pueda disponer en el futuro ELECTRICARIBE a cualquier título. Estos derechos comprenden la facultad que tiene GNF TELECOMUNICACIONES para hacer uso directo y para sí misma de la infraestructura eléctrica disponible, así como el derecho para permitir que, a título oneroso y en condiciones de igualdad, terceros hagan uso de la mencionada infraestructura para emplearla también en la instalación de redes de telecomunicaciones.

"El reconocimiento de los Derechos de Paso compartido sobre las infraestructuras futuras se entiende incluido en el precio convenido en el presente Contrato, y le aplicarán todos los términos y condiciones aquí estipulados.

"No obstante lo previsto en este literal, ELECTRICARIBE mantiene la potestad de celebrar con terceros contratos que tengan por objeto conferir y reconocer derechos de paso a terceros que también requieran hacer uso compartido de la infraestructura eléctrica con fines de telecomunicaciones, en cuyo caso se compromete ante GNF TELECOMUNICACIONES a no darles un mejor tratamiento al que se le ha conferido en este Contrato y, en caso de hacerlo, a trasladar y aplicar automáticamente las mejores condiciones que acuerde con dichos terceros a GNF TELECOMUNICACIONES, sin que para ello se requiera de formalidad distinta a la sola exigencia formulada por GNF TELECOMUNICACIONES.

"(b) El Derecho de Preferencia para que GNF TELECOMUNICACIONES pueda adquirir la red de cable de fibra óptica existente y de propiedad de ELECTRICARIBE, tanto para su propio uso como para su provisión a título oneroso a terceros, así como sobre la red que pueda instalar en el futuro ELECTRICARIBE.

"(c) El Derecho de Administración para que GNF TELECOMUNICACIONES administre, vigile, controle, cobre y recaude, durante el término del presente Contrato, todos los derechos y

obligaciones derivadas de los contratos de uso compartido de la Infraestructura Eléctrica para fines de telecomunicaciones que haya celebrado o celebre en el futuro ELECTRICARIBE con terceros, así como para aquéllos que GNF TELECOMUNICACIONES celebre directamente con terceros para el uso compartido de dicha infraestructura eléctrica”.

48. También se modificó la definición acordada sobre el significado del “derecho de paso”, así:

“a) ‘Derechos de Paso’: la facultad de utilizar de manera compartida la infraestructura eléctrica, para proceder, en los términos pactados en este Contrato, a emplearla en la instalación de redes de telecomunicaciones así como para sustituir o ampliar los cables existentes propiedad de ELECTRICARIBE”.

49. De la misma forma en que se modificó el objeto del Contrato, las partes cambiaron su alcance de la siguiente manera:

“(a) Derechos de paso

- Nuevos Tendidos e Instalaciones: GNF TELECOMUNICACIONES tendrá derecho y la potestad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente o la disponible en el futuro para tender redes, cables e instalar equipos de telecomunicaciones cuya propiedad o uso ostente a cualquier título, ya sea para su propio uso o para la provisión, aprovechamiento o uso de terceros. Respecto de cualquier tendido de cables de fibra óptica que GNF TELECOMUNICACIONES ejecute de su propiedad, directamente o a través de terceros, para su uso o para uso de terceros, deberá reservar como mínimo dos (2) fibras para uso exclusivo de ELECTRICARIBE si así lo decidiera ésta, para lo cual deberá alquilarlas a GNF TELECOMUNICACIONES al precio que acuerden entre Las Partes, bajo contrato aparte y sujeto a disponibilidad de hilos, por el mismo término temporal que le reste al presente Contrato para su vencimiento. En el evento en que se requiera un nuevo tendido para uso exclusivo de ELECTRICARIBE, o que ELECTRICARIBE solicite reservar para su uso exclusivo fibras ópticas adicionales, el costo de los nuevos tendidos (excluyendo los dos hilos de reserva) o de las fibras ópticas adicionales, será pagado por ELECTRICARIBE, según el precio que mutuamente establezcan Las Partes.*

- *Tendidos Existentes de Terceros: GNF TELECOMUNICACIONES estará facultado para realizar todas las gestiones necesarias a fin de legalizar la situación de terceros que puedan estar utilizando la Infraestructura Eléctrica sin el consentimiento de ELECTRICARIBE y/o GNF TELECOMUNICACIONES para el tendido de cables y equipos de telecomunicaciones, así como la suscripción de acuerdos para el uso compartido de dicha Infraestructura en condiciones de igualdad y no discriminación, al igual que adelantar las acciones judiciales y extrajudiciales para proteger los derechos que le han sido reconocidos para el uso compartido de la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE, quien colaborará con GNF TELECOMUNICACIONES en esta labor proporcionándole información y otorgándole los poderes que para ello requiera.*

- *Provisión de Derechos de paso a Terceros: GNF TELECOMUNICACIONES está expresamente facultada para posibilitar que terceros a título oneroso y en condiciones no discriminatorias también hagan uso compartido de la Infraestructura Eléctrica para el tendido de redes de telecomunicaciones.*

"Del mismo modo, ELECTRICARIBE mantiene la potestad de celebrar con terceros contratos que tengan por objeto conferir y reconocer derechos de paso a terceros que también requieran hacer uso compartido de la infraestructura eléctrica con fines de telecomunicaciones, en cuyo caso se compromete ante GNF TELECOMUNICACIONES a no darles un mejor tratamiento al que se le ha conferido en este Contrato de conformidad al literal a) de la Cláusula Segunda.

- *Ocupación de Instalaciones: Cuando se requiera una ocupación de instalaciones en ELECTRICARIBE, en especial tratándose de subestaciones transformadoras, ELECTRICARIBE cederá el espacio correspondiente, siempre que ello sea posible, entendiéndose la contraprestación incluida en el precio de este Contrato.*

"(b) Derecho de Preferencia

"GNF TELECOMUNICACIONES podrá ejercer en cualquier momento, durante la vigencia del presente Contrato, su derecho a adquirir preferentemente la Red de Fibra Óptica existente de propiedad de ELECTRICARIBE. En tal evento, el precio de la adquisición de la red será fijado según lo estipulado en la Cláusula Cuarta. En cualquier

caso de venta de Red de Fibra Óptica de ELECTRICARIBE, deberá existir siempre un mínimo de dos (2) fibras ópticas reservadas, en cada uno de los Tramos, para satisfacer las necesidades derivadas del sistema eléctrico de ELECTRICARIBE.

"En el evento en que ELECTRICARIBE reciba una oferta de compra de cable de Red de Fibra Óptica o de alguno de sus tramos, por parte de un tercero, deberá comunicar dicha oferta a GNF TELECOMUNICACIONES para que ésta, dentro de un término de 30 días comunes contados a partir del recibo de la comunicación, ejerza sus (sic) derecho a adquirir preferentemente dicha Red de Cable de Fibra Óptica o sus tramos. En el evento en que GNF TELECOMUNICACIONES no ejerza esta opción, quedará ELECTRICARIBE en libertad de vender la Red de Cable de Fibra Óptica o sus tramos a un tercero.

"(c) Administración de contratos celebrados con terceros

"Mediante el presente Contrato ELECTRICARIBE confiere a GNF TELECOMUNICACIONES la facultad de administrar, hacer seguimiento, controlar, vigilar, cobrar y recaudar todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido de la Infraestructura Eléctrica para fines de telecomunicaciones que ELECTRICARIBE y/o GNF TELECOMUNICACIONES hayan celebrado o celebren en el futuro entre ellas y con terceros que requieran el uso compartido de su infraestructura eléctrica. Por este concepto y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de GNF TELECOMUNICACIONES, ELECTRICARIBE se compromete a reconocer y pagar el precio que se acuerde por este concepto en la Cláusula Quinta del Contrato".

50. Luego, en el año 2015, las partes consideraron necesario introducir ajustes adicionales al Contrato, tal y como quedó consignado en la consideración j) del otrosí No. 2, con el propósito de hacer claridad sobre las responsabilidades y obligaciones de las partes, *"de cara a lo dispuesto en las Resoluciones CREG 063 de 2013 y CRC 4245 de 2013 antes citadas y al usufructo existente entre las Partes"*. En consecuencia, suscribieron el otrosí No. 2, fechado el 20 de noviembre de 2015 y respecto del cual pactaron otorgarle efectos retroactivos desde el 2 de marzo de 2015.

51. En el otrosí No. 2, las partes modificaron nuevamente la definición de *"derechos de paso"*, para fijarla de la siguiente manera:

"(a) 'Derechos de Paso': Es el **derecho real de usufructo** sobre la capacidad que tiene **la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE** para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, sea para la instalación de cables, elementos y/o equipos de telecomunicaciones y/o televisión, o sustitución o ampliación de los existentes, o para celebrar acuerdos de compartición de esta capacidad con terceros para estos mismos fines. **Sobre los bienes inmuebles sólo aplica el derecho de uso para ocupación de espacios para instalaciones con fines de telecomunicaciones.**" (se destaca).

52. De la misma forma, modificaron el objeto del Contrato, el cual quedó así:

"En virtud del presente Contrato ELECTRICARIBE confiere a UFINET, que adquiere, en los términos y condiciones aquí estipulados, los siguientes derechos:

"(a) 'Los Derechos de Paso, que para todos los efectos se entiende **el derecho real de usufructo sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE**, así como de las Infraestructuras Futuras, tal y como se indicó en los términos definidos en el literal (a) de la Cláusula Primera. La transferencia del derecho de usufructo sobre las Infraestructuras Futuras se entiende incluida en el precio del presente Contrato, y le aplicarán todos los términos y condiciones aquí estipuladas (resalta el Tribunal).

"(b) 'El Derecho de Preferencia para adquirir la red de cable de fibra óptica de propiedad de ELECTRICARIBE tanto la existente como la que pueda instalar en el futuro, tanto para uso propio de UFINET como para uso a título oneroso por terceros'" (se destaca).

53. En el otrosí No. 2 las partes también modificaron el alcance del Contrato en los siguientes términos:

"El alcance del objeto de este Contrato comprende:

"(a) 'Derechos de Paso: En virtud de los derechos conferidos por ELECTRICARIBE a UFINET sobre la capacidad que tiene la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, UFINET

adquiere la calidad de Proveedor de Infraestructura y, en consecuencia, tendrá los siguientes derechos y obligaciones:

"Nuevos Tendidos e Instalaciones: UFINET tendrá derecho al tendido de cables e instalación de equipos de telecomunicaciones de su propiedad o para terceros, en la Infraestructura Eléctrica existente o en las Infraestructuras Futuras. Respecto de cualquier tendido de cables de fibra óptica que UFINET ejecute de su propiedad, directamente o a través de terceros, para su uso o para uso de terceros, deberá reservar como mínimo dos (2) hilos de fibra óptica para uso exclusivo de ELECTRICARIBE, las cuales se entenderán recibidas a título de comodato, sin costo para ésta. En el evento en que se requiera un nuevo tendido para uso exclusivo de ELECTRICARIBE, o que ELECTRICARIBE solicite reservar para su uso exclusivo fibras ópticas adicionales, el costo de los nuevos tendidos (excluyendo los dos de reserva) o de las fibras ópticas adicionales, será pagado por ELECTRICARIBE según el precio que mutuamente establezcan las Partes.

- 'Instalaciones existentes de Terceros: UFINET estará facultada para realizar todas las gestiones necesarias a fin de legalizar la situación de terceros que puedan estar utilizando la Infraestructura Eléctrica para la instalación de sus Redes de Telecomunicaciones, incluyendo la suscripción de acuerdos para el uso compartido de dicha Infraestructura Eléctrica en los términos que en el siguiente punto (Cesión de Derechos a Terceros) se señalan, así como para adelantar todas las acciones judiciales y extrajudiciales para proteger sus Derechos de Paso. ELECTRICARIBE colaborará de forma diligente con UFINET en esta labor, proporcionándole información y otorgándole los poderes que para ello requiera, de ser necesario.*

- 'Uso por Terceros: UFINET deberá permitir el acceso y uso de la Infraestructura Eléctrica existente y la Infraestructura Futura a los proveedores de redes y/o servicios de telecomunicaciones y a los operadores de televisión, de conformidad con los términos de la regulación vigente que aplique o aquella que la modifique, subrogue o complemente, cuando éstos así lo soliciten para la prestación de sus servicios, salvo en caso de falta de disponibilidad correspondiente, cuando no sea técnicamente viable o cuando se degrade la calidad del servicio de energía eléctrica; todo ello de conformidad con el concepto técnico emitido por ELECTRICARIBE. Los acuerdos de compartición que UFINET celebre con terceros para la concesión de este acceso y*

uso deberán sujetarse a los principios y obligaciones generales aplicables establecidos en la regulación vigente que aplique en cada momento, o aquélla que la modifique, subrogue o complemente; en particular y sin que esta lista sea limitativa, a los principios de uso eficiente, libre y leal competencia, trato no discriminatorio, remuneración por costos eficientes, publicidad y transparencia.

•'Ocupación de Instalaciones: Cuando se requiera una ocupación en instalaciones de ELECTRICARIBE, en especial tratándose de subestaciones transformadoras, ELECTRICARIBE cederá el espacio correspondiente, siempre que ello sea posible, entendiéndose la contraprestación incluida en el precio de este Contrato.'

•'Mantenimiento preventivo': Para efectos de mantenimiento preventivo, de las redes de telecomunicaciones instaladas sobre la infraestructura eléctrica, UFINET podrá adelantar la poda, tala, aprovechamiento forestal y otros (en adelante los Permisos) que sea necesario para el efecto, bajo el amparo de los permisos ambientales otorgados por las autoridades a ELECTRICARIBE, siempre y cuando estos permisos no lo restrinjan o prohíban.

"Para este efecto, UFINET podrá adelantar podas, talas o aprovechamiento forestales, directamente o a través de contratistas acatando todas las instrucciones que sobre el particular emita ELECTRICARIBE.

"Para este efecto, ELECTRICARIBE remitirá una relación de los actos administrativo que contienen el permiso de poda en los Departamentos de Cesar y Magdalena y el Distrito de Barranquilla, indicando su vigencia.

"La labor de obtención de los permisos y su renovación es una obligación de medio y no de resultado, de tal manera que si algún permiso no se obtiene o pierde su vigencia no se generará ningún tipo de responsabilidad para ELECTRICARIBE. Sin embargo ELECTRICARIBE se compromete a realizar todas las acciones y procedimientos requeridos ante las respectivas autoridades para obtener los mencionados permisos o sus renovaciones.

"De acuerdo con lo anterior, si producto de una investigación ambiental se limita, suspende o restringe el permiso de poda no se le generará ninguna responsabilidad a ELECTRICARIBE.

"Para efectos de la realización de estas actividades de mantenimiento, UFINET se obliga a presentar un plan anual de poda, indicando la periodicidad de la misma sobre cada una de las redes de energía que se definan. De la misma manera, dará aviso a ELECTRICARIBE con quince (15) días de antelación a la fecha de intervención, con el objeto de tener conocimiento de las labores a realizar. Para casos de emergencia o riesgo inminente que puedan afectar la infraestructura, UFINET podrá realizar las actividades de mantenimiento que no se encuentren contempladas dentro del mencionado plan anual, con la simple notificación a ELECTRICARIBE, pero en todo caso darán cumplimiento a las obligaciones establecidas en los permisos otorgados, lo indicado por ELECTRICARIBE y lo consagrado en las normas ambientales vigentes.

"En todos los casos anteriormente señalados, UFINET se obliga a acatar las instrucciones que imparta ELECTRICARIBE o alguno de los contratistas autorizados y a dar cumplimiento a todas las normas o requisitos de seguridad adoptadas por la empresa. De la misma manera, UFINET también se obliga a dar cumplimiento a todas las obligaciones establecidas en los permisos y licencias ambientales otorgadas a ELECTRICARIBE.

"UFINET responderá ante ELECTRICARIBE, ante terceros y ante las autoridades por todos los daños y perjuicios que se deriven de estas labores de mantenimiento, así como también por las investigaciones ambientales que se inicien en caso de actos debidamente comprobados y que le sean imputables.

"En este último evento, UFINET defenderá e indemnizará a ELECTRICARIBE por las reclamaciones, demandas y acciones que se le instauren, asumirá el costo de los abogados que designe ELECTRICARIBE y cancelará el valor de las sanciones y/o indemnizaciones que se le impongan.

"PARÁGRAFO PRIMERO: En caso que (sic) UFINET encargue esta labor a un contratista, ELECTRICARIBE se reserva el derecho a solicitar su cambio, siempre y cuando existen causas justificadas y se notifique con la debida antelación a UFINET.

"PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso que (sic) las labores de mantenimiento interfieran con las redes de energía, UFINET deberá

adelantar el procedimiento de descargos definido por ELECTRICARIBE, el cual se anexa al presente otrosí”.

54. En el otrosí No. 2 resultan evidentes las referencias consignadas por las partes para identificar al Contrato como uno mediante el cual se constituye el derecho real de usufructo, específicamente, respecto de los bienes muebles que conforman la infraestructura eléctrica de AIR-E.

55. Más adelante, en noviembre de 2020, las partes suscribieron el otrosí No. 3 “[c]on el ánimo de delimitar geográficamente el ámbito territorial en donde se desarrollará el contrato cedido, designar los responsables de la administración del contrato, quienes actuarán en representación de las partes contratantes”, respecto del cual pactaron otorgarle efectos retroactivos desde el 1º de octubre de 2020.

56. Mediante dicho otrosí No. 3, las partes no modificaron el objeto o el alcance del “Contrato de Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones” (TELECORP 004.01).

2.3.5. Los bienes objeto del Contrato

57. Como se puede identificar del recuento realizado sobre el Contrato y sus otrosíes, la voluntad de las partes recayó sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E, definida como aquella que *“está constituida por **todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad o en posesión de ELECTRICACOLOMBIANA** y de los que pueda disponer, que conforma su red de distribución de energía eléctrica en los Departamentos de Atlántico, Magdalena, Cesar y Guajira, susceptibles de ser utilizados para la instalación de cables de telecomunicaciones”* (se destaca).

58. Esta definición fue precisada en el otrosí No. 2, en el que se determinó que:

*“(b) ‘Infraestructura Eléctrica’: Está constituida por **todos los bienes muebles e inmuebles de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE** y de los que pueda disponer, que conforman su red de Transmisión y Distribución de energía eléctrica en la zona de la Costa Caribe susceptibles de ser utilizados para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones y/o servicios de televisión. Dentro de estos bienes, se encuentran los postes, torres y canalizaciones (ductos y cámaras) de las redes de transmisión y de distribución de energía eléctrica, clasificados como “activos de uso” de*

acuerdo con la CREG y que son susceptible[s] de compartición para fines de telecomunicaciones y/o televisión. (Resaltado del Tribunal)

"No harán parte de esta infraestructura aquellos activos eléctricos de propiedad de terceros, del estado o de las entidades territoriales que por disposición de la regulación y la Ley son administrados, operados y mantenidos por ELECTRICARIBE en su calidad de operador de red" (se destaca).

59. Reitera el Tribunal que en el otrosí No. 2, en las definiciones acordadas, las partes hicieron explícita la diferencia en los derechos otorgados respecto de los diferentes tipos de bienes que conforman la infraestructura objeto del Contrato, de la siguiente manera:

*"(a) 'Derechos de Paso': **Es el derecho real de usufructo sobre la capacidad que tiene la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, sea para la instalación de cables, elementos y/o equipos de telecomunicaciones y/o televisión, o sustitución o ampliación de los existentes, o para celebrar acuerdos de compartición de esta capacidad con terceros para estos mismos fines. Sobre los bienes inmuebles sólo aplica el derecho de uso para ocupación de espacios para instalaciones con fines de telecomunicaciones**" (se destaca).*

60. Estas definiciones se mantuvieron casi íntegras en el otrosí No. 3, en donde se ajustó la titularidad de la infraestructura y el ámbito geográfico en el que está ubicada. De manera que, a efectos de la calificación jurídica del contrato celebrado entre las partes, el otrosí No. 3 no introdujo nuevos elementos de juicio para tener en cuenta.

61. En suma, es posible identificar que el objeto sobre el que recayó la manifestación de voluntad de las partes en el Contrato es la infraestructura eléctrica de propiedad de AIR-E, o respecto de la cual AIR-E ostenta la posesión. Igualmente, resulta claro que dicha infraestructura eléctrica está conformada por bienes muebles y bienes inmuebles y que el derecho real de usufructo recayó únicamente sobre el componente mobiliario.

2.3.6. Las normas legales aplicables al Contrato

62. El contrato TELECORP 004.01, celebrado entre las partes, en su versión inicial solamente previó como objeto del negocio el otorgamiento de los

“derechos de paso” y “derecho de preferencia” a favor de UFINET sobre la infraestructura eléctrica o respecto de algunos de sus componentes, respectivamente. Como se desarrollará más adelante con detalle, no fue sino hasta la aparición de los otrosíes modificatorios cuando el objeto del Contrato se amplió para incluir la constitución de un derecho real de usufructo sobre el componente mobiliario de la infraestructura eléctrica. Es decir, con las modificaciones que se introdujeron al Contrato, las partes incluyeron el propósito de instituir el negocio como un título apto para constituir un derecho real.

63. Para el Tribunal, el denominado “*contrato de cesión de uso derecho de paso*” se perfeccionó como un contrato atípico. El estudio de su contenido muestra que, en su conjunto, el referido acuerdo de voluntades no tiene regulación en la ley. En efecto, no existen en el ordenamiento jurídico nacional normas que regulen, de manera integrada e integral, como contrato, un acuerdo tendiente a conceder “*derechos de paso*”, de la manera como se pactó en el negocio bajo examen.

64. El carácter atípico del Contrato es claro aun cuando algunos de los elementos incorporados por las partes tengan referencias normativas explícitas. Tal es el caso del pacto de preferencia, figura prevista en el artículo 862 del Código de Comercio; su inclusión como parte del objeto contractual no torna típica toda la operación. Se trata, a juicio del Tribunal, de una estipulación conexas al objeto central del Contrato, que no definió la operación jurídica pretendida en la medida en que se trató de una prerrogativa que bien podía o no ejercerse por parte de UFINET. Nada relacionado con esta preferencia ha sido objeto de disputa particular en el proceso.

65. Lo mismo se puede decir del marco regulatorio de la compartición de infraestructura de servicios públicos domiciliarios, establecida en las leyes 680 de 2001, 1151 de 2007, 1341 de 2009, 1450 de 2011 y 1978 de 2019. Marco que ha sido objeto de un profuso desarrollo mediante las resoluciones que especifican el alcance del acceso a la infraestructura del servicio de energía eléctrica para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como son las resoluciones 144 de 2001 (derogada por la resolución 71 de 2008, que, a su vez, fue derogada por la resolución 63 de 2013, modificada por la resolución 140 de 2014), todas emitidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, o la resolución 4245 del 25 de junio de 2013 (cuyos artículos fueron compilados en la resolución 5050 de 2016 y que luego fuera modificada en algunos temas por la resolución 4657 de 2014) emitidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC. Regulación a la que se debe sumar el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE (cuya última versión se encuentra en la resolución 90708 de 2013 del Ministerio de Minas y Energía).

66. Las normas antes referidas y que tienen que ver con la operación jurídica pretendida por las partes, no constituyen una regulación completa o una descripción integral del Contrato celebrado entre UFINET y AIR-E. A pesar de que dichas normas hacen referencia a los "acuerdos de compartición" de la infraestructura eléctrica, las tarifas aplicables o, incluso, ciertas obligaciones para los proveedores de la infraestructura y de las telecomunicaciones, el vehículo contractual utilizado por las partes no está definido ni regulado.

67. También pone de presente el Tribunal que la atipicidad a la que se viene haciendo mención tampoco desaparece por el hecho de que, de manera posterior a la celebración del Contrato, las partes hayan acordado, como en efecto lo hicieron en el otrosí No. 2, que los "*derechos de paso*" se entenderían como derecho real de usufructo sobre el componente mobiliario de la infraestructura eléctrica. A pesar de tener el usufructo tipificación como derecho real, ello no significa que el acuerdo logrado en virtud de ese otrosí se torne en un contrato típico. Para el Tribunal, dicho acuerdo simplemente correspondió, en los términos del artículo 825 del Código Civil, al "*acto entre vivos*" que vino a constituir el título de adquisición del derecho real, sin que por ello la operación atípica pretendida haya mutado en otra típica.

68. Por las razones indicadas, resulta indispensable identificar cuáles son las normas legales aplicables al contrato objeto del debate, para tener el panorama normativo necesario a efectos de despachar las pretensiones y excepciones propuestas recíprocamente por las partes.

69. De acuerdo con doctrina y jurisprudencia, a los contratos atípicos les es aplicable una especie de pirámide normativa que permite disciplinar jurídicamente el acuerdo. Para el Tribunal dicha pirámide comienza, como es obvio, con las disposiciones legales generales de carácter imperativo, aplicables a los contratos y las obligaciones. Sigue, en su orden, con las estipulaciones válidas de los contratantes, pues, justamente por carecer de regulación legal este tipo de negocios, son las partes las que tienen que dar contenido al contrato. Luego, y a falta de estipulaciones, serán aplicables las disposiciones legales supletivas y dispositivas en materia contractual relativas tanto a las generalidades de los contratos como a elementos que pertenezcan a negocios típicos, relacionados o semejantes. Después, la costumbre mercantil, los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia, la

costumbre mercantil internacional, los principios generales del derecho comercial y, finalmente, la analogía general²⁶.

70. Autorizada doctrina, con algunos matices y variantes, explican la pirámide en términos similares²⁷.

71. Para el caso que nos ocupa, y frente al desencuentro de las partes respecto de los efectos generados por el Contrato, el Tribunal identifica que dentro de las normas de carácter imperativo aplicables al negocio atípico se encuentran, entre otras, las disposiciones que con tal carácter regulan en el Código Civil el derecho real de usufructo, así como las disposiciones que regulan la calidad, el acceso, la compartición y el mantenimiento de la infraestructura eléctrica. Sobre este último punto, es importante resaltar que las normas de carácter imperativo que resultan aplicables al Contrato no son solamente aquellas que las partes refirieron en los otrosíes Nos.1, 2 y 3, tales como como la resolución 063 del 14 de junio de 2013 emitida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG (modificada por la resolución 140 de 2014), o la resolución 4245 del 25 de junio de 2013 emitida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC; sino que también le resultarán aplicables todas aquellas normas de carácter imperativo que regulen la operación jurídica pretendida por las partes.

2.3.7. Algunas conclusiones con base en la calificación del “Contrato de Cesión de Uso Derecho de Paso para Telecomunicaciones” (TELECORP 004.01)

72. Como se ha mencionado, entre las partes no hay coincidencia sobre la fecha en la que se constituyó el usufructo sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E. Sobre esta diferencia, y considerando el *iter* contractual que se ha descrito con anterioridad, el Tribunal estima relevante resaltar los siguientes aspectos:

73. Sin lugar a dudas, en el documento suscrito el 1º de junio de 2001, las partes no manifestaron su voluntad en el sentido de constituir un derecho real de usufructo. Tal y como lo afirma ahora la Convocante, en el contrato original no existe mención alguna a tal derecho real. No obstante, en el otrosí No. 1 sí es posible identificar menciones al derecho real de usufructo en las **consideraciones** preliminares, a pesar de que no se incluyeron modificaciones

²⁶ Tribunal arbitral de AUTOMOTORA NACIONAL S.A. – AUTONAL S.A. v. SOCIEDAD DE FABRICACIÓN DE AUTOMOTORES S.A. – SOFASA S.A. Laudo de 25 de abril de 2017. Árbitros: Guillermo Zea Fernández, Sergio Muñoz Laverde y Fernando Pabón Santander.

²⁷ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Teoría General de los Contratos Atípicos*. Tomo III. Ed. Diké. Bogotá (2006). Pág. 36. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Ed. Temis. Bogotá (2016). Págs. 50 y 51.

al objeto del Contrato, ni a las definiciones y al alcance de los derechos otorgados. En dicho otrosí No. 1, las partes manifestaron en las consideraciones que:

*"ELECTRICARIBE suscribió el día primero (1º) de junio del año dos mil uno (2001) el Contrato No. TELECORP-004.01 con GNF TELECOMUNICACIONES en virtud del cual ELECTRICARIBE otorga a GNF TELECOMUNICACIONES el Derecho de Paso, en forma exclusiva, sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE, de los que pudiera disponer, así como de las Infraestructuras Futuras, derechos que comprenden la facultad de utilizar directamente o ceder a título oneroso a terceros la facultad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente y las Infraestructuras futuras en los Departamentos de Atlántico, Cesar, Guajira y Magdalena, para la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones, **constituyéndose en un contrato de Usufructo**. Además, GNF TELECOMUNICACIONES obtuvo de ELECTRICARIBE el derecho de preferencia para adquirir la Red de Cable de Fibra Óptica existente, de propiedad de ELECTRICARIBE, para su propio uso o para su cesión a título oneroso a terceros, así como la que pueda instalar en el futuro" (se destaca).*

74. Como ya se ha identificado, en el otrosí No. 2 las partes explícitamente modificaron la definición de los derechos concedidos a favor de la Convocada, así como el objeto del referido Contrato, para incluir, de forma expresa, la constitución de un derecho real de usufructo. Sobre el particular, se señaló lo siguiente:

"Derechos de Paso": Es el derecho real de usufructo sobre la capacidad que tiene la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, sea para la instalación de cables, elementos y/o equipos de telecomunicaciones y/o televisión, o sustitución o ampliación de los existentes, o para celebrar acuerdos de compartición de esta capacidad con terceros para estos mismos fines. **Sobre los bienes inmuebles sólo aplica el derecho de uso** para ocupación de espacios para instalaciones con fines de telecomunicaciones.

(...)

"En virtud del presente Contrato ELECTRICARIBE confiere a UFINET, que adquiere, en los términos y condiciones aquí estipulados, los siguientes derechos:

"(a) **'Los Derechos de Paso, que para todos los efectos se entiende el derecho real de usufructo** sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE, así como de las Infraestructuras Futuras, tal y como se indicó en los términos definidos en el literal (a) de la Cláusula Primera. La transferencia del derecho de usufructo sobre las Infraestructuras Futuras se entiende incluida en el precio del presente Contrato, y le aplicarán todos los términos y condiciones aquí estipuladas" (se destaca).

75. Pone de presente el Tribunal que, en dicho otrosí, en las consideraciones previas al clausulado, las partes incorporaron las siguientes manifestaciones:

"a) ELECTRICARIBE suscribió el día primero **(1 º) de junio del año dos mil uno (2001)** el Contrato No. TELECORP-004.01 con UFINET en virtud del cual ELECTRICARIBE confirió a UFINET: **(i) el usufructo sobre la capacidad que tiene la infraestructura eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, y (ii) el derecho de preferencia para adquirir la red de cable de fibra óptica existente de ELECTRICARIBE y el que llegue a tender en el futuro; todo ello por el término de 50 años, contados según lo dispuesto en la cláusula sexta del Contrato**".

"b) **Que en virtud de dicho usufructo, UFINET adquirió el derecho** de ceder o permitir a terceros el uso de la capacidad que tiene la infraestructura eléctrica para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, así como la facultad de legalizar la situación de terceros que pudieran estar utilizando la infraestructura de forma irregular".

"c) Que UFINET **se obligó a pagar a ELECTRICARIBE una contraprestación por dicho usufructo y derecho de preferencia**".

(...)

"j) Que las Partes consideran necesario realizar ajustes al Otrosí No. 1 y al Contrato, con el fin de hacer claridad sobre las obligaciones y responsabilidades de las Partes, de cara a lo dispuesto en las

Resoluciones CREG 063 de 2013 y CRC 4245 de 2013 antes citadas y al usufructo existente entre las Partes” (se destaca).

76. Las anteriores consideraciones permiten afirmar que, aunque las primeras referencias al derecho real de usufructo aparecieron en el otrosí No. 1, la redacción utilizada por las partes parece reconocer la existencia de un derecho de usufructo anterior, que se remontaría al año 2001, cuando se suscribió el Contrato.

77. Sin embargo, para el Tribunal, las partes no celebraron, desde el año 2001, un negocio jurídico que pudiera servir de título para la adquisición del derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E. Con base en el material probatorio que obra en el proceso debe concluirse que tal derecho solo fue constituido a partir del 2 de marzo de 2015, fecha en la que las partes decidieron reconocer efectos al otrosí No. 2, según se pactó en su cláusula décima.

78. Así las cosas, la simple mención, anteriormente destacada, que se incorporó en las consideraciones del otrosí No. 2, no puede llevar a concluir que, efectivamente, se hubiera constituido un usufructo con el contrato original suscrito en el 2001.

79. El Tribunal arriba a la anterior conclusión, en primera medida, considerando las normas de carácter imperativo aplicables a los contratos en los que se constituye el derecho real de usufructo. En este sentido, la constitución de un derecho real a través de un negocio jurídico, como en este caso es el usufructo, convierte a dicho negocio en uno de carácter dispositivo, negocio que, en caso de recaer sobre bienes inmuebles, debe constar por escritura pública, tal y como lo consagran los artículos 826 del Código Civil y 12 del Decreto 960 de 1970. El primero de ellos dispone:

“El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público inscrito”.

80. Y en el segundo se ordena lo siguiente:

“Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la ley exija esa solemnidad”.

81. Los "contratos" que carecen de la forma impuesta exigida por la ley, en este caso la escritura pública, se miran "como no celebrados"²⁸ o inexistentes²⁹. Y es que en el caso que ocupa la atención del Tribunal, como ya se ha reseñado, para el año 2001, cuando se suscribió el Contrato, las partes no solo guardaron silencio respecto de la constitución de un derecho real de usufructo, sino que manifestaron con toda claridad que los derechos concedidos en virtud del contrato recaían sobre bienes muebles e inmuebles.

82. Así lo expone AIR-E en sus alegatos de conclusión:

"De acuerdo con lo pactado en los contratos originales del 2001, se vio que los Derechos de Paso recaían sobre la infraestructura eléctrica, y que ésta, a su vez, estaba constituida por bienes muebles e inmuebles.

"Este aspecto excluye de tajo que se pudiera considerar que, para el año 2001, los Derechos de Paso fueran usufructo. Y la razón es elemental: el artículo 826 del Código Civil, preceptúa que el usufructo sobre inmuebles solo puede constituirse mediante escritura pública inscrita.

"Como no hubo escritura pública en este sentido, y teniendo en cuenta que los Derechos de Paso, en todo caso, también se concedieron respecto de bienes inmuebles, es apenas obvio que estos Derechos de Paso, conferidos en virtud de los contratos de 2001, no constituyeron usufructo".

83. De otra parte, la referencia al usufructo consignada en el otrosí No. 1 tampoco lleva a identificar un negocio que permita la constitución de dicho derecho real, en la medida en que en ese otrosí tampoco se diferencian los bienes objeto del contrato celebrado por las partes; de manera que, en ese momento, los derechos conferidos en virtud del Contrato aún recaían sobre bienes muebles e inmuebles de forma indistinta. Así las cosas, encuentra el Tribunal que, antes del otrosí No. 2, las partes perfeccionaron el contrato atípico que denominaron "Contrato de Cesión de Uso Derechos de Paso para Telecomunicaciones", que recaía sobre los bienes muebles e inmuebles que integran la infraestructura eléctrica de AIR-E.

84. Fue solo hasta el 2 de marzo de 2015 que, por voluntad de las partes plasmada en el otrosí No. 2, el Contrato constituyó título de adquisición del

²⁸ Artículo 1760 del Código Civil.

²⁹ Artículo 898 del Código de Comercio.

derecho real de usufructo sobre los bienes muebles que integraban la infraestructura eléctrica de AIR-E. Fue en esa modificación, no antes, cuando se hizo la diferencia entre los derechos otorgados para bienes inmuebles (derecho de uso para ocupación de espacios para instalaciones con fines de telecomunicaciones), y el derecho constituido sobre bienes muebles (usufructo).

85. En suma, para el Tribunal, solo hasta que la manifestación de la voluntad de las partes permite identificar que el contenido del Contrato se adecuó a las normas imperativas en materia de usufructo, resulta posible asegurar que se constituyó dicho derecho real. Insiste el Tribunal en que tal situación se concretó el 2 de marzo de 2015, fecha en la que las partes decidieron reconocer efectos al otrosí No. 2.

86. Considerando todo lo expuesto hasta el momento, el Tribunal encuentra que la primera pretensión principal de la demanda de reconvención reformada: *"Declare que entre las Partes existe el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01"*, tiene vocación de prosperar; no así la pretensión primera principal de la demanda reformada: *"Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso -Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01"*, en el entendido que esta última hace referencia a que el contrato "existió" y dejó de hacerlo, posición que no comparte el Tribunal y que se analizará más adelante.

87. Con el alcance antes expuesto, igualmente se abrirá paso, parcialmente, la segunda pretensión principal de la demanda de reconvención reformada: *"Declare que en virtud del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01, Ufinet es titular del derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica, presente y futura, de Air-e"*. Lo anterior, en la medida en que efectivamente UFINET es titular del derecho real de usufructo, pero solo respecto de los bienes muebles propiedad de AIR-E que conforman su infraestructura eléctrica.

3. SOBRE LA DURACIÓN DEL USUFRUCTO Y SU RELACIÓN CON LA DURACIÓN DEL CONTRATO

3.1. Posición de las partes

88. En el presente trámite arbitral las partes también han discutido sobre la duración del usufructo, motivo por el cual, luego de haber verificado el momento en el que se constituyó aquel derecho real sobre los muebles integrantes de la

infraestructura eléctrica de AIR-E, le corresponde al Tribunal analizar la duración pactada por los contratantes y sus efectos, a la luz de las normas aplicables.

3.1.1. Posición de la Convocante

89. AIR-E sostiene que la constitución del derecho real de usufructo a favor de UFINET por un período de cincuenta (50) años, que es el término de duración del Contrato, configura nulidad absoluta del negocio jurídico, por ir en contra del inciso tercero del artículo 829 del Código Civil, según el cual “[e]l usufructo, constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años”, norma que, según la Demandante, es aplicable a todas las personas jurídicas.

90. La Convocante acude a los artículos 1519 y 1741 del Código Civil para afirmar que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación y, por ende, que la estipulación violó normas que rigen el usufructo, y que la nulidad que por ello se genera es absoluta.

91. Finalmente, respecto de tal invalidez, asegura que no ha operado la prescripción, porque no han pasado diez (10) años desde el otorgamiento del derecho real a UFINET en el 2015.

92. Así lo planteó la Convocante en el segundo grupo de pretensiones subsidiarias, en las que pidió al Tribunal:

“SEGUNDA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS:

“Que DECLARE que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito.

“Pretensión subsidiaria de la anterior: Que DECLARE que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01., en (sic) nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a normas imperativas.

“Primera Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión del Segundo Grupo de Subsidiarias, o de su pretensión subsidiaria: Que DECLARE la extinción judicial del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINET COLOMBIA S.A.

*"Segunda Pretensión Consecuencial de la Segunda Pretensión del Segundo Grupo de Subsidiarias, o de su pretensión subsidiaria: Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a UFINET COLOMBIA S.A y a AIR-E S.A.S E.S.P, a que se restituyan mutuamente al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil"*³⁰.

3.1.2. Posición de la Convocada

93. Por su parte, UFINET asegura que es válido constituir usufructos a favor de sociedades comerciales por periodos superiores a treinta (30) años, porque la restricción del artículo 829 del Código Civil solo es aplicable a fundaciones y corporaciones, que corresponden a denominaciones de personas jurídicas civiles, caracterizadas por no tener ánimo de lucro; afirma que como ninguna de las partes de este litigio tiene esa categoría, no es aplicable el límite temporal señalado en la mencionada norma y que no puede aplicarse la analogía. En concreto, UFINET manifestó en su excepción "K. Validez del Contrato" lo siguiente:

"(...) el inciso 3 del artículo 829 del Código Civil, no es aplicable a este asunto. En efecto, el inciso en mención se refiere y aplica a las corporaciones o fundaciones, más no a personas jurídicas comerciantes, como lo son Air-e y Ufinet (...).

"Según el mismo Código Civil (artículo 635), las sociedades que se gobiernan por otros cuerpos normativos, como el Código de Comercio, no están comprendidas en el Título XXVI de dicho estatuto civil (...).

"Y es que, además, esta norma no se puede aplicar analógicamente ni de ninguna otra manera a las sociedades comerciales, pues la norma impone una sanción razón por la cual su interpretación debe ser restrictiva (...).

"En línea con lo anterior, se tiene que el último supuesto del artículo 829 se refiere a los usufructos concedidos por la persona natural en favor de corporaciones o fundaciones (...)".

94. En cuanto a la nulidad alegada por AIR-E, la Demandada manifiesta, adicionalmente, que la respectiva acción está prescrita y la invalidez saneada por el paso del tiempo, pues el Contrato se celebró hace más de diez (10) años.

³⁰ Demanda principal reformada, página 38.

95. Así lo planteó la Convocada en la contestación de la demanda reformada al proponer la excepción de "J. Prescripción" en los siguientes términos: "(...) *el Contrato fue suscrito hace más de 20 años, el 1 de junio de 2001. Esto pone en evidencia que ha operado el fenómeno de la prescripción (...) El artículo 1742 del Código Civil dispone que los contratos que puedan adolecer de objeto o causa ilícita se ven saneados por la prescripción extraordinaria*"³¹.

96. Así mismo, UFINET ha sostenido, tanto en la contestación de la demanda reformada como en sus alegaciones finales, que AIR-E ratificó el Contrato mediante la suscripción del otrosí No. 3 sin hacer mención alguna sobre una posible nulidad. De esta manera, para el Tribunal, la Convocada ha esgrimido el saneamiento de la nulidad por ratificación.

3.2. Problema jurídico

97. El problema jurídico radica en determinar si las partes podían pactar un plazo de cincuenta (50) años para la duración del Contrato, teniendo en cuenta la constitución, según quedó indicado, del derecho real de usufructo a favor de UFINET sobre los bienes muebles que conforman la infraestructura eléctrica de AIR-E. Lo anterior, teniendo en cuenta la limitación del inciso tercero del artículo 829 del Código Civil y que ambas partes son sociedades comerciales.

98. También le corresponde al Tribunal establecer si se configuró la nulidad del negocio, como lo plantea la Convocante, y, en ese evento, decidir sobre la prescripción y ratificación alegadas por la Convocada.

3.3. Consideraciones

3.3.1. El plazo estipulado por las partes

99. Mediante la cláusula sexta del Contrato, las partes convinieron que su duración sería de cincuenta (50) años, con lo cual expresaron su voluntad de consolidar una relación duradera, así:

"SEXTA - DURACIÓN Y PRÓRROGA DEL CONTRATO - el presente Contrato vincula en todas sus cláusulas a las partes desde el momento mismo de su firma. La efectiva puesta a disposición de UFINET de todos sus derechos conforme al mismo, se producirá por ello, a partir

³¹ Contestación de la demanda reformada, página 36.

de la fecha de este Contrato y estará vigente por el término de cincuenta (50) años”.

100. Posteriormente, como se indicó, en el otrosí No. 2, suscrito el 20 de noviembre de 2015, acordaron modificar, entre otras, la cláusula primera contentiva de las definiciones y la cláusula segunda relacionada con el objeto del Contrato. En cuanto a la cláusula sexta, sobre duración y prórroga de aquel, señalaron que la misma quedaría así:

“(a) El presente Contrato tendrá una duración de cincuenta (50) años, contados a partir del 1º de junio de 2001.

“(b) El presente Contrato se entenderá prorrogado automáticamente por un término de 10 años, en las mismas condiciones, salvo que cualquiera de las Partes manifieste por escrito su intención de no prorrogarlo, con una antelación no menor a seis (6) meses al 1º de junio 2051 (...).”.

101. Adicionalmente, pese a haber suscrito el otrosí No. 3 en noviembre de 2020, nada manifestaron allí sobre la duración del acuerdo; es más, en las cláusulas cuarta y quinta de aquel, declararon que tendría efectos retroactivos desde el 1º de octubre de 2020 y que las demás estipulaciones contractuales conservarían su “*validez y vigencia*”.

102. De lo anterior se concluye que la intención de las partes fue celebrar un negocio jurídico a largo plazo (50 años), a partir del 1º de junio de 2001, al punto que su ejecución transcurrió pacíficamente durante veinte (20) años.

103. No obstante, sobre este punto surge la controversia entre los contratantes relacionada con la validez del acuerdo, pues la Convocante sostiene que el pacto sobre la duración del usufructo vicia de nulidad todo el Contrato.

104. Por lo dicho, le corresponde al Tribunal estudiar la validez de la referida cláusula de duración y del negocio jurídico en su conjunto, conforme a las normas que rigen la materia, pues, pese a tratarse de un asunto expuesto por la Convocante en una pretensión subsidiaria, es el punto de partida necesario para analizar el resto de la controversia.

105. Sobre este punto, sea lo primero recordar que el artículo 864 del Código de Comercio define el contrato como un “*acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (...)*”; y el artículo 1602 del Código Civil establece que “*todo contrato legalmente*

celebrado es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

106. Tratándose de la libertad contractual, como expresión del postulado de autonomía privada, la ley señala con claridad que la misma no es absoluta, pues se ve limitada por el orden público, la ley imperativa y las buenas costumbres. Tal es el alcance del artículo 16 del Código Civil, según el cual “[n]o podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”.

107. Indicó recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que “[e]l postulado [de la autonomía privada] no es libérrimo, absoluto ni ilimitado. Su ejercicio encuentra cortapisa en el orden público, las normas imperativas o del *ius cogens*, la moralidad o las buenas costumbres. Si el ordenamiento no impone una restricción, prohibición o limitación, el sujeto de derecho goza, en proyección de su autonomía privada, de la facultad de pactar u obligarse en cuanto estime conveniente. Queda atado (o vinculado) a sus estipulaciones o manifestaciones, sean bilaterales o unilaterales (...)”³².

108. En ese orden de ideas, quienes celebran el negocio jurídico tienen la potestad de fijar las reglas que habrán de regir su relación, entre las que se encuentran las relativas a su duración. Esas condiciones deben ser respetadas, siempre y cuando su acuerdo atienda la normatividad vigente y al esquema de jerarquización normativa ya mencionado.

109. Visto lo anterior, procede el Tribunal a estudiar si el pacto celebrado entre AIR-E y UFINET en uso de su autonomía privada, puntualmente lo relacionado con la duración del Contrato y del derecho real de usufructo, respetó los lineamientos legales que lo disciplinan.

3.3.2. Término máximo del usufructo de conformidad con la ley

110. El artículo 829 del Código Civil preceptúa:

“El usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario.

“Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC4856-2021 del 2 de noviembre de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

"El usufructo, constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años".

111. De la disposición transcrita se desprende que el usufructo constituido a favor de una persona natural podrá ser vitalicio (mientras viva el usufructuario, cuya existencia es finita); sin embargo, tratándose de personas jurídicas, bien sean corporaciones o fundaciones, tiene una limitación temporal de treinta (30) años. Esta limitación, como se explicará, cobija a las sociedades anónimas, comoquiera que estas hacen parte de una subespecie de las personas jurídicas denominadas corporaciones.

112. Ahora, no debe olvidarse que en virtud del artículo 824 del Código Civil "[e]l usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del nudo propietario, y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad".

113. Por lo tanto, como se trata de un derecho que tiene la vocación de consolidarse con la nuda propiedad, no es admisible constituirlo sin sujeción a un término a favor de un ente que podría "vivir indefinidamente", pues, si así se permitiera, no se daría la referida consolidación para reintegrar el derecho real de dominio. Así lo ha expuesto el profesor Luis Díez-Picazo:

"Siempre se ha dicho que el derecho de propiedad posee la suficiente elasticidad para experimentar la compresión que significa el traspaso de las facultades de uso y de disfrute y, en sentido opuesto, la recuperación de su volumen inicial cuando tales facultades retornan al poder del dominio. Por eso se puede entender que la situación de nuda propiedad es una situación de duración por tiempo limitado y que, por las mismas razones, es de duración limitada el derecho de usufructo"³³.

3.3.3. La aplicación del artículo 829 del Código Civil a las sociedades

114. El Código Civil establece en su artículo 633 que "[s]e llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter".

³³ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo VI, Derechos Reales*. Ed. Civitas. 2014. Pág. 170.

115. De la citada norma, y, en general, de las disposiciones plasmadas en dicho código y en la legislación nacional vigente, se desprende que el legislador entiende a las corporaciones como asociaciones y sociedades. Así lo ha dicho la doctrina al exponer que las personas jurídicas se clasifican en corporaciones y fundaciones; aquellas, a su vez, se dividen en asociaciones en sentido estricto y sociedades.

116. Al respecto, en el oficio 220-103306 del 06 de septiembre de 2011, la Superintendencia de Sociedades reiteró que:

"Dentro de los diversos criterios de clasificación de las personas jurídicas se encuentre el relativo a la estructura, el cual solamente es predicable de las personas jurídicas de derecho privado. La legislación colombiana distingue entre las corporaciones y fundaciones. En el caso de las corporaciones, la cual corresponde a la unión de dos o más personas que vinculan un capital para la obtención de un fin determinado, tienen dos especies: las sociedades (civiles o comerciales) y las asociaciones, éstas a diferencia de las primeras no tienen ánimo o fin de lucro, es decir no persiguen la obtención de utilidades para ser distribuidas entre sus miembros. De acuerdo con lo expresado, es claro que, si bien las asociaciones y las sociedades pertenecen al género de las corporaciones, corresponden a dos figuras jurídicamente distintas"³⁴.

117. También sostuvo esa entidad que:

"(...) las personas jurídicas se clasifican, en personas de derecho público y privado:

"I. Las personas jurídicas de derecho público: son creadas por normas jurídicas tales como la constitución, la ley, acuerdos y ordenanzas. Entre estas se encuentran los departamentos, municipios, la nación, entre otras.

"II. Las personas jurídicas de derecho privado: son aquellas creadas por un acto de voluntad de los particulares, estas son de dos tipos, tal como lo dispone el segundo inciso del artículo 633 del Código de Comercio:

³⁴ Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos año 2000. Pág. 234 y ss.

"A. Corporaciones: son agrupaciones de personas naturales, que buscan satisfacer los intereses de los asociados, (...) estas se dividen en:

"1. Asociaciones: son personas jurídicas desprovistas de ánimo de lucro que se rigen en principio, por las normas de la legislación civil y específicamente, por las disposiciones especiales relacionadas con las entidades sin ánimo de lucro. Característica esencial de estas últimas, como su denominación lo indica, es la ausencia del ánimo de lucro, lo que quiere decir que ellas no responden al interés capitalista de obtener una utilidad como remuneración de la inversión.

"2. Sociedades: Definidas por el artículo 98 del Código de Comercio, como el producto de un acuerdo entre dos o más personas en el que los asociados se comprometen a realizar un aporte en dinero o en especie, con el objeto de que al final del ejercicio social se repartan las utilidades. (Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, en relación a (sic) las Sociedades por acciones simplificadas, en las que se permite que exista un socio único).

"B. Fundaciones, son aquellas que están conformadas por un conjunto de bienes predestinados a cumplir con una finalidad específica de beneficencia"³⁵.

118. Adicionalmente, el artículo 635 del Código Civil señala de manera expresa que a las sociedades industriales, cuya existencia reconoce, no se les aplican las reglas contenidas en el Título XXXVI del Libro Primero, toda vez que su regulación se encuentra contenida en otros de sus títulos³⁶ y en la codificación mercantil. Es decir, según la disposición referida lo que no resulta aplicable a las sociedades son únicamente las disposiciones del título mencionado, de donde se colige que a este tipo de personas jurídicas les son aplicables, en lo conducente, las disposiciones de los demás títulos.

119. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que a partir de la ley 222 de 1995 se unificó el régimen de las sociedades en Colombia, por lo que desde ese momento aquellas se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio, sin perjuicio de las normas especiales sobre cada materia y de la regulación que sobre cada contrato trae el Código Civil, por lo que forzoso es concluir que la

³⁵ Superintendencia de sociedades. Oficio 220-192086 del 16 de septiembre de 2020.

³⁶ Los artículos 2079 a 2141, que integraban el Título XXVII del Código Civil, fueron expresamente derogados por la ley 222 de 1995.

limitación contenida en el artículo 829 citado es de obligatoria observancia para todas las personas jurídicas.

120. En ese orden de ideas, cuando el artículo 829 del Código Civil limita temporalmente la constitución del usufructo, lo hace respecto de todas las personas jurídicas, como lo son las sociedades comerciales.

121. Por su parte, la doctrina nacional, al abordar el tema de la limitación temporal del usufructo, tratándose de personas jurídicas, es clara en no circunscribirla a las fundaciones y a las corporaciones civiles en sentido estricto (asociaciones). La doctrina es coincidente en considerarla aplicable a las personas jurídicas en general. Valgan para ilustración los siguientes ejemplos:

122. Valencia Zea y Ortiz Monsalve:

*"[e]l usufructo constituido en favor de una **persona jurídica**, no podrá pasar de treinta años (art. 829) (...)"³⁷ (se destaca).*

123. Alfonso Barragán:

*"Finalmente, si el usufructuario es **una persona jurídica** y en el acto de constitución del usufructo no se dijo nada acerca del plazo para su extinción, se entiende que se derecho habrá de durar solamente por un término de treinta años, contados a partir de la fecha de la delación. Esta regla tiene fácil explicación, si se considera que las personas jurídicas son entidades que pueden durar indefinidamente en el tiempo, por lo cual bien podría suceder que, voluntaria o involuntariamente, se incurriera en una violación del carácter de temporal del derecho de usufructo al constituirlo en favor de una persona jurídica y no señalarle plazo para su extinción. La ley tenía que prever el caso y solucionarlo en esta forma, que es la más justa y adecuada" (se destaca).*

124. Jorge Angarita Gómez:

*"Cuando el usufructo está constituido en favor de **una persona jurídica**, su plazo no puede exceder de treinta años, todo de acuerdo con los arts. 824 y 829 del C.C."³⁸ (se destaca).*

³⁷ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales*. Editorial Temis (1999). Pág. 353.

³⁸ Angarita Gómez, Jorge. *Derecho Civil. Tomo II. Bienes*. Segunda edición. Ed. Temis. Bogotá (1984). Pág. 83.

125. Luis Guillermo Velásquez Jaramillo:

*“El usufructo en favor de **personas jurídicas** únicamente rige hasta por un plazo no mayor de 30 años. (...) De no ser así, la duración indefinida de una sociedad podría atentar contra el carácter temporal del usufructo”³⁹ (se destaca).*

126. Jaime Arteaga Carvajal:

*“(...) también puede ser el plazo indeterminado pero cierto, como la vida de una persona o hasta que alcance cierta edad (...); pero como además puede ser designada usufructuaria una **persona jurídica**, la ley establece para estos casos un plazo máximo improrrogable de treinta años...”⁴⁰ (se destaca).*

127. Así las cosas, es claro para el Tribunal que la prohibición de extender el usufructo a más de treinta (30) años es aplicable a UFINET COLOMBIA S.A.

128. Ahora bien, es importante aclarar que, pese a que el usufructo celebrado entre las partes recae solamente sobre los bienes muebles que conforman la infraestructura eléctrica de AIR-E, la operación jurídica integral no puede escindirse, de tal manera que la limitación temporal que se desprende de la ley termina necesariamente comprendiendo todo el acuerdo de voluntades a partir de la constitución del usufructo. En efecto, el examen del contrato objeto de este debate pone de presente que su ejecución debía darse de manera uniforme, sin que hubiese efectos o consecuencias negociales propias o exclusivas según se tratara de los derechos sobre el componente mobiliario o sobre el inmobiliario. Nada hay en la operación jurídica acordada que suponga la anotada distinción, la cual se hizo con el exclusivo propósito de dejar claro que el usufructo, por no recaer sobre el componente inmobiliario, no requería del otorgamiento de escritura pública. Por lo demás, de cara a la ejecución del Contrato es claro que la infraestructura eléctrica la tomaron los contratantes como un todo indivisible, lo que sin lugar a dudas hace que el mandato sobre la duración del usufructo resulte aplicable a todo el Contrato. Así pues, con excepción de lo ya referido en relación con la forma impuesta que debe observar el negocio jurídico por medio del cual se constituye usufructo sobre bienes raíces, la identificación y singularización de cuáles son los muebles y cuáles los inmuebles objeto del

³⁹ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. *Bienes*. Primera edición 1987. Señal Editora. Medellín (1987). Pág. 241.

⁴⁰ Arteaga Carvajal, Jaime. *De los Bienes y su Dominio*. Segunda edición. Editorial Facultad de Derecho. Bogotá (1999). Pág. 515.

Contrato, no tiene efecto alguno en la decisión del problema jurídico planteado y discutido por las partes.

129. No encuentra el Tribunal necesario individualizar uno a uno los bienes muebles y los bienes inmuebles objeto del negocio. Ninguna de las pretensiones y excepciones mutuamente expuestas por las partes requiere de tal discriminación, porque, se reitera, la ejecución del Contrato partió del supuesto de entender la infraestructura eléctrica como una unidad inescindible.

130. Así pues, no resultaría posible considerar que la duración del acuerdo pueda ser una en cuanto hace al componente mobiliario de la infraestructura y otra para el inmobiliario. Tal distinción tornaría imposible el desarrollo del Contrato tal como fue concebido por las partes.

3.3.4. La nulidad alegada por AIR-E. El efecto de pactar 50 años de duración para el Contrato

131. En cuanto a la nulidad alegada por AIR-E, como ya se dijo, pese a tratarse de una pretensión subsidiaria, el Tribunal debe abordarla antes de despachar las demás pretensiones, pues, por tratarse de la validez misma del Contrato, es un asunto que condiciona y permea el estudio y la decisión del litigio en su integridad.

132. Así entonces, se hace necesario estudiar las peticiones del segundo grupo de pretensiones subsidiarias propuestas por la Convocante en la demanda, las cuales fueron transcritas anteriormente.

133. En este punto, resulta forzoso analizar la consecuencia de haber pactado el usufructo por un período superior al establecido en el artículo 829 del Código Civil, porque entre el año 2015, fecha de constitución del derecho real, y el 2051, año previsto para la terminación del Contrato, transcurrirían más de treinta (30) años. De igual manera corresponde decidir si el vicio de esa estipulación afecta la totalidad del negocio jurídico o si solo es predicable de la cláusula de duración.

134. Para decidir este frente de discusión, el Tribunal comienza su análisis poniendo de presente que, en materia mercantil, el artículo 899 del Código de Comercio distingue entre violación de normas imperativas y objeto ilícito, al incluir estos vicios en causales diferentes: "*Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando **contraría una norma imperativa**, salvo que la ley disponga otra cosa; 2. Cuando tenga causa u **objeto ilícitos**, y 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz*" (se destaca).

Es claro, pues, que el legislador mercantil diferenci6 la ilicitud del objeto de la vulneraci6n de norma imperativa.

135. Para el Tribunal, si bien una ilicitud del objeto puede provenir de la transgresi6n de norma imperativa, ello no necesariamente ocurre. Es posible, como en este caso, identificar una estipulaci6n contraria a una norma imperativa, sin que se afecte por ilicitud el objeto del Contrato.

136. En este litigio, por la naturaleza del Contrato y de las partes que aqu6 convergen, debe acudirse a la norma especial en materia comercial, esto es, a lo dispuesto en el C6digo de Comercio.

137. Entonces, para lo que ahora debe resolver el Tribunal, debe diferenciarse la nulidad por objeto il6cito, que es la que se observa cuando el objeto o finalidad del acuerdo est6 prohibido o va en contrav6a de preceptos legales de orden p6blico, de la nulidad por violaci6n de norma imperativa en los eventos en los que dicha trasgresi6n no se relaciona con el objeto negocial integralmente considerado.

138. En efecto, con base en los diferentes textos legales que en la ley se refieren al "objeto" de los contratos, puede concluirse que dicho vocablo es anfibol6gico en la medida en que en algunas ocasiones lo emplea el legislador como sin6nimo de **cosa** o bien, material o inmaterial⁴¹, al paso que en otras lo usa para denotar el **fin** o **prop6sito** al que se endereza la correspondiente declaraci6n de voluntad⁴².

139. Cuando el legislador emplea la palabra "objeto" para efectos de su licitud o ilicitud, no se refiere a las cosas o bienes, sino a los fines o prop6sitos que tienen los agentes. En palabras de autorizada doctrina, "(...) *para apreciar la licitud o ilicitud del **objeto** de los actos jur6dicos, no es necesario tener en cuenta la naturaleza de las **cosas** que son materia de estos (...). En efecto, las cosas, en s6 mismas, escapan a toda calificaci6n jur6dica o moral; es el destino que los hombres les dan y los actos que sobre ellas realizan los que pueden ser l6citos o il6citos*"⁴³.

⁴¹ Tal es el caso del art6culo 1517 del C6digo Civil, seg6n el cual toda declaraci6n de voluntad "debe tener por **objeto** una o m6s **cosas**, que se trata de dar, hacer o no hacer" (se destaca), o del 1518 de esa codificaci6n que se6ala que no solo "las **cosas** que existen pueden ser **objeto** de una declaraci6n de voluntad, sino las que se espera que existan...".

⁴² Como se desprende del art6culo 1521 del C6digo Civil que se6ala que hay "**objeto** il6cito en la **enajenaci6n**" de cosas embargadas o que no est6n en el comercio, entre otras.

⁴³ Ospina Fern6ndez, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo. *Teor6a General del Contrato y del Negocio Jur6dico*. S6ptima Edici6n. Ed. Temis. Bogot6 (2016). P6g. 244.

140. Así pues, encuentra el Tribunal que el objeto del Contrato, esto es, su propósito o fin último—incluida la constitución de un derecho real de usufructo—no se hace ilícito por haberse pactado una duración de más de treinta (30) años. Pero sí comporta la vulneración de la norma imperativa contenida en el inciso tercero del artículo 829 del Código Civil, aplicable a este caso, según quedó suficientemente explicado, desde la fecha en la que se incorporó al Contrato el referido derecho real.

141. Dicho con otras palabras, aunque la cláusula sexta del Contrato (duración) transgredió la disposición imperativa contenida en el artículo 829 del Código Civil por fijar el término de vigencia negocial en cincuenta (50) años, no es ello constitutivo de ilicitud en el objeto del Contrato como lo afirma la Convocante.

142. Es claro, entonces, que la estipulación sobre el plazo del Contrato, aunque no constituye objeto ilícito del mismo, sí viola una regla legal cuya aplicación era de obligatoria observancia para las partes, quienes no podían desconocerla so pretexto de la autonomía de la voluntad.

143. Es menester precisar que la cláusula sexta del Contrato, al establecer en la época de su celebración que el término de vigencia del negocio sería de cincuenta (50) años, resultaba ajustada a Derecho pues con dicha estipulación ninguna disposición de carácter superior se transgredía. Sin embargo, cuando con ocasión de la suscripción del otrosí No. 2 se incorpora al Contrato el establecimiento de un derecho real de usufructo, el referido término deviene en contrario al ordenamiento jurídico en la medida en que la duración del Contrato resultó excediendo el término máximo que es permitido pactar para la referida prerrogativa de carácter real.

144. Así, queda constatada la configuración en este caso de la causal primera de nulidad absoluta consagrada en el artículo 899 del Código de Comercio, razón por la cual procede definir si esta circunstancia afecta o no íntegramente la validez del acuerdo.

145. Para el Tribunal, la respuesta se impone negativa en virtud del denominado principio de conservación del negocio, reconocido en nuestro medio, entre otros, en el artículo 902 del Código de Comercio, según el cual “[l]a nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad **de alguna de sus cláusulas**, (se destaca) solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

146. El mencionado principio, en palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta, “*consiste en preferir un tratamiento [para los negocios jurídicos] que conduzca a que estos produzcan el máximo de sus efectos, en vez de otro que los redujera a la ineficacia*”⁴⁴.

147. Así lo expuso la Corte Constitucional al indicar que:

*“En materia contractual existen principios orientados a proteger las situaciones jurídicas de suerte que prevalezca la supervivencia del contrato en lugar de su ineficacia con el fin de amparar los derechos adquiridos. Por ejemplo, el principio de conservación de los contratos o favor contractus o negotii maximiza la protección de la supervivencia del contrato (...) en los eventos de vicios que no se trasladan a todo el negocio jurídico. (...) La segunda aplicación, se encuentra consagrada en el artículo 902 del Código de Comercio, según la cual “[l]a nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”*⁴⁵.

148. En el caso que ocupa la atención del Tribunal, no está probado, ni lo han alegado las partes, que éstas se habrían abstenido de celebrar el contrato por un término menor a cincuenta (50) años. Así las cosas, y acudiendo a los citados principios y normas, debe el juzgador velar porque el negocio cumpla su función práctica, económica y social, declarando la nulidad parcial de la cláusula viciada y dando prevalencia a la conservación del resto del acuerdo.

149. Para que la nulidad de una cláusula contractual pueda conducir a la del negocio en su conjunto, es necesario establecer que las partes no lo habrían celebrado sin aquella y, en este caso, eso no está acreditado.

150. Por lo anterior, el Tribunal, con apoyo en los artículos 829 del Código Civil y 899 y 902 del Código de Comercio, numeral 1º, declarará la nulidad absoluta de parte de la cláusula sexta del Contrato, por cuanto, contra prohibición expresa de norma imperativa, fijó la duración del negocio jurídico en cincuenta (50) años. Nulidad que cobija todo aquello que supere los linderos que la ley ha establecido para la duración del usufructo a favor de personas jurídicas; esto es, el vicio se predica del término que supera los 30 años a partir de la constitución del citado derecho real, lo que es consistente con el texto y el sentido del inciso tercero del

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 476.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

artículo 829 del Código Civil en cuanto dispone que el usufructo constituido a favor de una persona jurídica “**no podrá pasar de treinta años**” (se destaca).

151. En este orden de ideas, el Tribunal declarará absolutamente nula la estipulación contenida en el ordinal (a) de la cláusula sexta del Contrato, en cuanto fijó en cincuenta (50) años su duración a partir del 1 de junio de 2001, debiendo entenderse que, desde el 2 de marzo de 2015, fecha desde la cual las partes decidieron dar efectos al otrosí No. 2, el Contrato sólo podía extenderse por 30 años más.

152. Vale recordar que al otrosí No. 2, fechado el 20 de noviembre de 2015, las partes decidieron otorgarle efectos retroactivos desde el 2 de marzo del mismo año, luego, es desde esta fecha que deben contarse los 30 años que el ordenamiento autoriza. En este contexto, el término de duración del Contrato vencería el 2 de marzo del año 2045.

153. Por supuesto, dada la referida nulidad, se desprende necesariamente que el primer párrafo del ordinal (b) de esa misma cláusula, contraría también la ley imperativa.

154. En efecto, dispone la aludida estipulación: “(b) *El presente Contrato se entenderá prorrogado automáticamente por un término de 10 años, en las mismas condiciones, salvo que cualquiera de las Partes manifieste por escrito su intención de no prorrogarlo, con una antelación no menor a seis (6) meses al 1º de julio de 2051*”.

155. Fluye con claridad que, si la estipulación de plazo contractual resultó nula, en lo pertinente, por sobrepasar el término legal máximo permitido para el derecho de usufructo, una estipulación que, adicionalmente, consagró una prórroga automática, contraría también la misma disposición.

156. Comoquiera que el Tribunal dispondrá, con apoyo en la correspondiente declaración de nulidad, que la duración del Contrato solo podrá extenderse por 30 años —término legal máximo— contados a partir del 2 de marzo de 2015, no es posible dejar incólume el pacto de prórroga automática. Por tanto, el Tribunal declarará igualmente nulo el primer párrafo del ordinal (b) de la cláusula sexta del Contrato.

3.3.5. Sobre el saneamiento de la nulidad alegado por UFINET

157. Respecto de la nulidad alegada por AIR-E, la Convocada alega su saneamiento por prescripción, fundamentando su dicho en que el Contrato se

celebró hace más de diez (10) años, situación frente a la cual dice que ha operado el saneamiento previsto en el artículo 1742 del Código Civil.

158. Sobre el punto, vale recordar que las partes pactaron la duración del Contrato en el documento contentivo de su acuerdo de voluntades suscrito el 1º de junio del 2001; posteriormente, firmaron el otrosí No. 2⁴⁶ el 20 de noviembre de 2015⁴⁷ y modificaron la cláusula primera del acuerdo para indicar que el derecho de paso es “*el derecho real de usufructo sobre la capacidad que tiene la infraestructura eléctrica*”, que ese otrosí tendría “*efectos retroactivos*” desde el 2 de marzo de 2015, y, respecto de la cláusula sexta, que “*(...) El presente contrato tendrá una duración de cincuenta (50) años, contados a partir del 1º de junio de 2001. (b) El presente contrato se entenderá prorrogado automáticamente por un término de 10 años, en las mismas condiciones, salvo que cualquiera de las Partes manifieste por escrito su intención de no prorrogarlo, con una antelación no menor a seis (6) meses al 1º de junio de 2051 (...)*”.

159. Como se expuso anteriormente, el usufructo nació con el otrosí No. 2, de manera que la transgresión a la norma imperativa se produjo el día en el que se constituyó el mencionado derecho real —teniendo en cuenta que las partes le dieron efectos al mencionado acuerdo modificatorio desde el 2 de marzo de 2015—, fecha desde la cual no han transcurrido los diez años necesarios para el saneamiento de la nulidad absoluta por el transcurso del tiempo, según lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 791 de 2002.

160. Así las cosas, se observa que, pese a que la suscripción del contrato primigenio fue hace más de veinte (20) años, desde la firma del otrosí No. 2 solo han pasado siete (7) años, por lo que no es de recibo el argumento de UFINET, según el cual operó el saneamiento de la nulidad.

161. Ahora bien, también ha afirmado UFINET que “*Air-e **ratificó** el contenido del Contrato mediante la celebración del Otrosí No. 3 y en ningún momento mencionó o alegó una posible nulidad de lo pactado en el mismo*” (se destaca)⁴⁸.

162. Si esta manifestación se endereza a afirmar un saneamiento de la nulidad por ratificación, encuentra el Tribunal que tal forma de convalidación no se produjo. En efecto, la ratificación, como modo de saneamiento de las nulidades,

⁴⁶ En el otrosí No. 1 suscrito el 18 de diciembre de 2013 nada se acordó en materia de duración del contrato.

⁴⁷ Fecha tomada de la anotación manuscrita de Benjamín Payares, quien suscribió el documento como representante de Electricaribe.

⁴⁸ Alegatos de conclusión de UFINET, párrafo 27, página 8.

requiere necesariamente de una inequívoca manifestación de voluntad con base en la cual pueda concluirse la intención de superar el vicio advertido, por supuesto con la correspondiente corrección o ajuste, de ser el caso, del contenido viciado de nulidad. Para el Tribunal es claro que la mera suscripción del otrosí No. 3 no puede ser tenida como ratificación pues, de todas maneras, se mantuvo vigente la estipulación del otrosí No. 2 según la cual la duración del contrato sería de cincuenta (50) años, con lo que la transgresión de la norma imperativa permaneció tal y como se produjo en su momento.

163. Así pues, no hubo, tampoco, saneamiento de la nulidad por ratificación.

3.3.6. Efectos de la nulidad parcial de la cláusula sexta del Contrato frente a su duración

164. A partir de la declaración de nulidad parcial de la cláusula sexta, debe el Tribunal precisar el entendimiento sobre la duración del Contrato, de cara a otras decisiones que en este laudo se habrán de adoptar.

165. En aplicación del ya referido principio de conservación del negocio, el Tribunal entiende que, no obstante la nulidad advertida, se debe proteger, todo cuanto sea posible, el consentimiento de los contratantes. Por esta razón no es que la cláusula sexta desaparezca del acuerdo de voluntades, sino que ha de entenderse, por razón de la nulidad, ajustada o reducida, en cuanto al término máximo legal posible, dejando incólume lo restante de su contenido original.

166. En ese orden de ideas, precisa el Tribunal que, anulada la cláusula por las razones advertidas, la duración del contrato debe ajustarse, como se dijo, de tal manera que a partir de la constitución del usufructo en el 2015, el negocio jurídico no sobrepase los 30 años (término máximo permitido por la ley).

167. Dicho con otras palabras, al prosperar la nulidad parcial de la cláusula, debe concluirse que el plazo máximo de 30 años debe contarse desde la fecha en la que las partes dieron efectos al otrosí No. 2, esto es, el 2 de marzo de 2015, con lo que el vencimiento del término de duración se daría el 2 de marzo de 2045.

3.4. Conclusión

168. En virtud de todo lo anterior, el Tribunal despachará desfavorablemente la (i) segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias de la demanda reformada, mediante la cual se pidió: "*Que DECLARE que el Contrato de Cesión*

de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, es nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito”.

169. Declarará que prospera parcialmente la (ii) pretensión subsidiaria de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias de la demanda reformada, en la que se pidió: *“Que DECLARE que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01., en (sic) nulo, de nulidad absoluta, por ser contrario a normas imperativas”,* en la medida en que la nulidad, por violación de norma imperativa, solo se refiere a la cláusula sexta en cuanto dispuso la duración del Contrato en cincuenta (50) años contados a partir del 1º de junio de 2001, lo que condujo a que la duración del usufructo superara los treinta (30) años, pues se constituyó el 2 de marzo de 2015 cuando aún restaban treinta y seis (36) años de ejecución del Contrato. Igualmente, se declarará que la nulidad se extiende al primer párrafo del ordinal (b) de la cláusula sexta del Contrato, en cuanto estableció una prórroga automática por diez (10) años, que se daría al vencimiento del término de duración originalmente pactado.

170. Despachará desfavorablemente la primera pretensión consecencial de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias o de su subsidiaria de la demanda reformada, en la que se pidió: *“Que DECLARE la extinción judicial del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINET COLOMBIA S.A”,* y la segunda pretensión consecencial de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias o de su subsidiaria de la demanda reformada, en la que se pidió: *“Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a UFINET COLOMBIA S.A y a AIR-E S.A.S E.S.P, a que se restituyan mutuamente al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil”.*

171. En el mismo sentido, no prosperará la excepción formulada por la Demandada en Reconvención denominada *“El usufructo es nulo”,* así como tampoco está llamada a prosperar la excepción denominada *“Prescripción”* que planteó la Convocada en su contestación.

172. Finalmente, y en consideración a los argumentos antes expuestos, encuentra el Tribunal que la excepción planteada por la Convocada, y que denominó *“Validez del contrato”,* sí está llamada a prosperar, salvo en relación con la parte de la cláusula sexta cuya nulidad absoluta se declarará.

4. LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DE AIR-E Y SUS EFECTOS

4.1. Posición de las Partes

4.1.1. Posición de la Convocante

173. De manera general, en la demanda principal reformada la Convocante solicita que se declare que el Contrato terminó el 10 de marzo de 2021 por incumplimientos imputables a la Convocada, que motivaron la decisión unilateral de AIR-E de dar por finalizada la relación contractual. En concreto, la Demandante formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S. E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.

"(...)

"Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal: Que DECLARE, como consecuencia de la responsabilidad contractual, que el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01. terminó por actos imputables a UFINET COLOMBIA S.A.S., el 10 de marzo de 2021

"(...)

"Tercera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal: Que DECLARE que la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01, implicó la terminación del derecho real de usufructo estipulado en favor de UFINET COLOMBIA S.A. desde el 10 de marzo de 2021.

"(...)

"PRIMERA PRETENSIÓN DEL PRIMER GRUPO DE SUBSIDIARIAS: Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S. E.S.P., y UFINET COLOMBIA S.A. existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01.

"(...)

*"PRIMERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS:
Que DECLARE que entre AIR-E S.A.S., y UFINET COLOMBIA S.A.
existió un Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para
Telecomunicaciones identificado como TELECORP 04.01."*

174. Como fundamento de su petición, la Convocante señala que entre los meses de octubre de 2020 y enero de 2021 llevó a cabo una inspección sobre el estado de las redes de telecomunicaciones instaladas y apoyadas en la infraestructura eléctrica de su propiedad, en diferentes municipios de los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena. Como resultado de la mencionada auditoría, se habrían identificado diversos hallazgos que darían cuenta de la existencia de eventos generadores de riesgo eléctrico, que fueron recogidos en un Informe de Auditoría Interna. Dichos hallazgos han sido calificados por AIR-E como constitutivos de *"serios y graves"* incumplimientos contractuales y regulatorios por parte de UFINET, pues han sido *"persistentes en el tiempo, sistemáticos y reiterados"*.

175. La Demandante afirma que, ante los *"graves, cualificados y reiterados"* incumplimientos de la Convocada, el 24 de febrero de 2021 se realizó una reunión en la que se le *"socializaron"* a UFINET los hallazgos del Informe de Auditoría Interna, aunque, según lo sostiene AIR-E, la Convocada ya los debía conocer *"dada [su] magnitud, recurrencia y severidad"*. En la mencionada oportunidad —y hasta la fecha—, UFINET se habría negado a admitir los incumplimientos que se le imputan, circunstancia que la Convocante considera demostrativa de que (i) *"UFINET estaba tan desligada de sus obligaciones contractuales que ni siquiera se había percatado de todos los hallazgos que AIR-E tuvo que ponerle de presente"*, o de que (ii) *"UFINET conocía de sus sendos incumplimientos contractuales y regulatorios, y a sabiendas, adoptó un actitud silente y aletargada de cara al cumplimiento de sus obligaciones"*.

176. Adicionalmente, la Convocante manifiesta que *"UFINET debió adoptar inmediatamente, a más tardar cuando ocurrió la reunión del 24 de febrero de 2021 (...), acciones inmediatas para subsanar sus incumplimientos"*, lo que no habría sucedido. Así las cosas, *"transcurrido un plazo razonable y ante la inactividad de UFINET"*, mediante misiva de 9 de marzo de 2021 se le comunicó a la Convocada la terminación del Contrato. Esta determinación se habría adoptado, además, *"ante el inminente peligro que suponían los graves incumplimientos encontrados, no solo para el servicio de distribución de energía eléctrica, sino para la vida, integridad y seguridad de los habitantes"*. Sobre esto último, menciona que el 9 de marzo de 2021 se presentó un accidente fatal en el que un motociclista perdió la vida al ser impactado por un elemento de la red de telecomunicaciones operada por UFINET.

177. Finalmente, la Convocante destaca que, con posterioridad a la terminación del Contrato, tuvo que realizar intervenciones prioritarias en la infraestructura eléctrica para *“mitigar los riesgos y peligros”* que estaba generando el *“estado crítico”* de las redes. Esas actividades de mitigación consistieron, entre otras, en el retiro de equipos y redes sin uso, y en el tensionado y re tensionado de cables.

178. Por otra parte, en el escrito de contestación de la demanda de reconvencción reformada, la Convocante (y Convocada en Reconvencción) afirma que la terminación unilateral del Contrato surtió plenos efectos desde el 10 de marzo de 2021, pues *“visto el volumen de las incidencias encontradas en el informe de Auditoría de AIR-E, la naturaleza y sensibilidad de los riesgos que dichas incidencias generan -considerando que los incumplimientos de UFINET han ocasionado y podrían seguir ocasionando accidentes fatales (...)-, los incumplimientos regulatorios, el desconocimiento de normas técnicas aplicables, la contaminación ambiental, entre otras, todas imputables a la deficiente ejecución contractual a cargo de UFINET que constituyen un incumplimiento cualificado, el contrato debió terminar, pues incluso cuando se le notificó a UFINET de sus incumplimientos aunado al hecho inocultable [de] que UFINET no tenía disposición (ni capacidad) real de subsanar los incumplimientos, solo es posible concluir que el Contrato terminó válidamente”*.

179. En ese sentido, reitera que en la reunión del 24 de febrero de 2021 se le *“comunicaron a UFINET los incumplimientos y se socializaron con detalle los hallazgos de auditoría -que UFINET de antemano debía conocer, dada la magnitud, recurrencia y severidad de estos”*. Insiste, entonces, en que en esa fecha UFINET debió adoptar inmediatamente las acciones para subsanar los incumplimientos, lo que no habría ocurrido. Así las cosas, *“transcurrido un plazo razonable y ante la inactividad de UFINET”*, la Convocante tomó la decisión de terminar el Contrato.

180. Además, precisa que, como consecuencia de la terminación del Contrato, el derecho real de usufructo se habría extinguido. Esto, de conformidad con lo establecido en el artículo 863 del Código Civil, norma según la cual el usufructo se extingue, entre otras causas, por la ocurrencia de la condición prevista para su terminación. En este caso, la Convocante sostiene que en la cláusula decimoquinta del Contrato se habría pactado una condición resolutoria del negocio jurídico, cuyo acaecimiento comprendía igualmente la resolución del mencionado derecho real.

181. Así las cosas, respecto de las pretensiones de la demanda de reconvencción reformada, AIR-E formuló la excepción de mérito que denominó *“4.1. La*

terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET”, que sustenta con los argumentos antes reseñados.

182. En sus alegatos de conclusión, la Convocante señaló nuevamente que se presentaron “*graves, cualificados y reiterados incumplimientos contractuales y regulatorios*” por parte de UFINET, que eran conocidos por la Convocada de tiempo atrás. Por consiguiente, a la mayor brevedad, esto es, desde el momento en el que se le comunicaron los hallazgos del Informe de Auditoría Interna en la reunión del 24 de febrero de 2021, debió presentar un plan de acción inmediata para subsanarlos. Para ese propósito, considera que “*irrelevante era si tenía el detalle específico de cada uno de los apoyos del informe de auditoría, pues el incumplimiento en las redes era generalizado, como ellos mismos lo sabían*”. En ese orden de ideas, la Convocante concluye que, transcurrido un plazo razonable luego de la reunión del Comité Operativo, se debió presentar el plan de acción que la testigo Claudia Moreno habría afirmado que UFINET tenía, lo que no se habría verificado. Por lo tanto, ante la inactividad de la Convocada, se procedió a dar por terminado el Contrato.

4.1.2. Posición de la Convocada

183. En la contestación a la demanda principal reformada, UFINET se opuso a la prosperidad de las pretensiones primera principal y primera consecencial de la séptima principal, comoquiera que considera: (i) que el Contrato aún existe, toda vez que la terminación unilateral comunicada por AIR-E no habría surtido efectos pues desconoce la ley —en lo que respecta a las causales de extinción del usufructo—, así como lo pactado en el Contrato sobre el plazo que se le debía conceder a UFINET para subsanar cualquier presunto incumplimiento; y (ii) que el Contrato no podía terminar por la sola existencia de un presunto incumplimiento, sino que era necesario informarle expresamente esa situación a UFINET y otorgarle un plazo para subsanarlo o para adoptar las medidas que resultaran pertinentes, lo que habría sido omitido por AIR-E.

184. En ese orden de ideas, la Convocada formuló las excepciones de mérito que denominó: “*A. La terminación del Contrato no produjo efectos*” y “*B. Air-e incumplió gravemente el Contrato al no respetar lo previsto en la cláusula decimoquinta*”.

185. En síntesis, en los medios de defensa enunciados UFINET argumenta, en primer lugar, que el ordenamiento jurídico no prevé una facultad para que el nudo propietario, de manera unilateral, declare el incumplimiento del usufructuario y extinga el usufructo, sino que únicamente es el juez quien se

encuentra habilitado para adoptar una determinación en ese sentido, según se desprendería del artículo 868 del Código Civil.

186. Adicionalmente, sostiene que, si en gracia de discusión se admitiera que el derecho real de usufructo puede extinguirse por la decisión unilateral del nudo propietario, lo cierto es que AIR-E habría incumplido lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y habría actuado en contravía de los postulados de la buena fe, de manera que la terminación unilateral no habría producido efectos extintivos. En concreto, señala que la determinación adoptada por la Convocante (y Convocada en Reconvención) habría sido sorpresiva, arbitraria y abusiva, toda vez que: (i) AIR-E no le informó, de manera expresa, los supuestos incumplimientos que le atribuye, pues UFINET solo vino a conocer el Informe de Auditoría Interna con la presentación de la demanda principal; (ii) los hallazgos del Informe de Auditoría Interna no constituyen un incumplimiento grave del Contrato, pues se inspeccionó una cantidad de postes que no es representativa (1.028 de un total de 230.000 postes, aproximadamente) y, además, se trataría de circunstancias que son normales en la operación de la infraestructura de telecomunicaciones y que pudieron haber sido corregidas por UFINET; y (iii) no se le concedió a la Convocada un plazo razonable para subsanar el presunto incumplimiento, pues entre el 24 de febrero de 2021 y el 9 de marzo de 2021 transcurrió un periodo que era insuficiente para corregir las irregularidades identificadas, debido a que dependen de los operadores de telecomunicaciones y de las autoridades públicas, entre otros factores.

187. Con fundamento en los mismos argumentos, en el escrito de reforma de la demanda de reconvención UFINET solicita que se declare que entre las partes todavía existe el Contrato. En concreto, la Convocante en Reconvención elevó la siguiente pretensión:

“Primera pretensión principal: Declare que entre las Partes existe el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01”.

188. Como sustento de la pretensión antes citada, UFINET reitera que era improcedente la terminación unilateral del Contrato por parte de AIR-E, pues: (i) no existió un “abandono” del Contrato por parte suya; (ii) los incumplimientos que se le atribuyen no son graves ni reiterados, comoquiera que son los primeros que se le han notificado desde que inició el Contrato y, teniendo en cuenta el tamaño de la infraestructura eléctrica, son circunstancias marginales; (iii) UFINET estaba en condiciones de subsanar los supuestos incumplimientos, pero no se le concedió un plazo razonable para realizar las respectivas correcciones;

y (iv) AIR-E no le dio información transparente ni completa a UFINET sobre los presuntos incumplimientos.

189. Por último, en el alegato de conclusión la Convocada expuso que se habría acreditado que AIR-E no cumplió con lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato al intentar darlo por terminado, además de que se habría vulnerado el principio de la buena fe, principalmente porque: (i) en la reunión del Comité Operativo del 24 de febrero de 2021 se le anunció a UFINET, sorpresivamente, la decisión de terminar unilateralmente el Contrato, según consta en el correo electrónico de 25 de febrero de 2021 remitido por la señora Claudia Moreno a Tatiana Rubio, además de que así se desprendería de las declaraciones de los testigos Jorge Ditta, Cinthya Ferrer, Mauricio Rubio, Santiago Posso y Claudia Moreno; (ii) ni antes de la reunión del 24 de febrero de 2021, ni de la comunicación de 9 de marzo del mismo año, se le hizo advertencia expresa a la Convocada de sus incumplimientos, pues estaría acreditado que solo con la presentación de la demanda principal fue que UFINET pudo conocer el Informe de Auditoría Interna; y (iii) AIR-E se negó a concederle un plazo razonable para la subsanación, inicialmente bajo el argumento de que cualquier término “*resultaría inocuo*” (demanda principal inicial), y luego con fundamento en que los incumplimientos debieron corregirse antes del 24 de febrero de 2021 o, a más tardar, antes del 9 de marzo de la misma anualidad.

190. Concluye, entonces, que la decisión unilateral de terminación no produjo efectos extintivos, de manera que el Contrato y el derecho real de usufructo subsisten hasta que el Tribunal declare lo contrario en caso de encontrar acreditados los presupuestos de la resolución por incumplimiento imputable a AIR-E (y no a UFINET).

4.2. Problema jurídico

191. Precisada la posición de las partes en los términos anteriormente reseñados, se advierte que el problema jurídico sometido a la decisión del Tribunal consiste en determinar si AIR-E ejerció la facultad unilateral de terminación, pactada en la cláusula decimoquinta del Contrato, en los términos convenidos y con sujeción a los parámetros de comportamiento que impone el principio de la buena fe.

192. En caso afirmativo, el Tribunal deberá establecer en qué situación se encuentra el derecho real de usufructo que se constituyó a favor de UFINET, esto es, si resultaba viable su extinción por la decisión unilateral de AIR-E en el sentido de dar por terminado el Contrato que sirvió de título para la constitución del mencionado derecho real.

193. Por el contrario, si la respuesta a la problemática planteada es negativa, el Tribunal tendrá que analizar: (i) si el Contrato continuó vigente con posterioridad a la comunicación de terminación de 9 de marzo de 2021; (ii) si, en todo caso, los incumplimientos que se le imputan a UFINET efectivamente se materializaron y si, por lo tanto, AIR-E tiene derecho a solicitar la resolución del Contrato por incumplimiento y la respectiva indemnización de perjuicios; o (iii) si el comportamiento de AIR-E al ejercer la facultad unilateral de terminación configura un incumplimiento grave que le permita a UFINET solicitar la resolución del Contrato junto con la indemnización de perjuicios correspondiente. En todo caso, las cuestiones identificadas en los numerales (i) y (ii) serán tratadas en apartes posteriores del presente laudo, según la decisión que se adopte sobre la legalidad o eficacia —en sentido amplio— del ejercicio de la facultad unilateral de terminación del Contrato por parte de AIR-E.

4.3. Consideraciones

194. Para efectos de resolver la controversia suscitada entre las partes en relación con la terminación unilateral del Contrato por parte de AIR-E, el Tribunal procederá de la siguiente forma: (i) en primer lugar, se hará referencia al régimen jurídico aplicable a la facultad unilateral de terminación por incumplimiento; (ii) seguidamente, se examinará la cláusula decimoquinta del Contrato con el fin de establecer cuáles fueron las condiciones y el procedimiento pactados por las partes para que cualquiera de ellas pudiera dar por terminado el Contrato en caso de incumplimiento de la otra; y (iii), finalmente, se evaluará el comportamiento de AIR-E en el ejercicio de la mencionada prerrogativa con el propósito de definir si se ajustó a lo convenido y a los parámetros de la buena fe.

4.3.1. Aspectos generales sobre la facultad unilateral de terminación por incumplimiento

195. En la actualidad, en el derecho privado colombiano se admite la posibilidad de que las partes de un determinado negocio jurídico pacten cláusulas de terminación o resolución unilateral. En efecto, la jurisprudencia⁴⁹ y la doctrina⁵⁰

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC12122-2014 de 9 de septiembre de 2014. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz.

⁵⁰ Ver, entre otros: Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Págs. 103-164; Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 943-982; y Oviedo Albán, Jorge. *La cláusula de terminación unilateral del contrato*. Revista Vniversitas. No. 138 (enero-junio de 2019). Pontificia Universidad Javeriana.

mayoritarias son pacíficas en reconocer, como una manifestación de la autonomía privada, que los contratantes pueden convenir mecanismos particulares para la extinción de la relación contractual que los une —además, claro está, de aquellos previstos en la ley de manera general para todos los actos y contratos, así como de manera específica para determinadas modalidades contractuales⁵¹—. Entre esos mecanismos se encuentra la decisión autónoma de una de las partes de ponerle fin al contrato por motivos previamente definidos por ellas o, eventualmente, sin necesidad de invocar justificación alguna (este último es el caso de las denominadas facultades unilaterales *ad nutum*). No obstante, las estipulaciones de esa estirpe están sujetas a los límites de la autonomía privada y, además, son susceptibles de ser objeto de control judicial posterior, tanto en lo que respecta a la eficacia y validez de su inclusión en el contrato, como en lo relativo a su ejercicio, conforme pasa a explicarse.

196. La facultad unilateral de terminación del contrato, entendida, según se mencionó, como la prerrogativa que legal o convencionalmente se les confiere a los contratantes de ponerle fin al negocio jurídico que las vincula por la sola decisión de uno de ellos, comporta una excepción a los principios de normatividad y de conservación del contrato. El primero se encuentra consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, de conformidad con el cual *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Por su parte, el principio de conservación del contrato, también denominado *“principio favor contractus”*, es aquel que impone adoptar los comportamientos y las medidas que permitan salvaguardar la realización del fin práctico perseguido por las partes mediante la preservación del vínculo y sus efectos, pues *“no obstante que se pueden observar imperfecciones en el curso de la ejecución del contrato, las partes normalmente tienen interés en mantener vigente el negocio originario, ya que lo contrario supondría comenzar de nuevo con la consecuente pérdida de tiempo y de recursos”*⁵². Se trata, entonces, de *“propender porque [el negocio jurídico] siga produciendo efectos”*⁵³.

⁵¹ En atención a las características propias de algunos contratos (v. gr. la confianza o la duración), el legislador ha contemplado hipótesis de terminación unilateral, entre las que se encuentran, por ejemplo, las siguientes: (i) el contrato de obra, por decisión del comitente (artículo 2056 del Código Civil); (ii) el mandado, por revocación del mandante o por desistimiento del mandatario (artículos 2185, 2189, 2191 y 2193 del Código Civil, y 1279, 1283 y 1286 del Código de Comercio); (iii) el suministro mercantil (artículo 973 del Código de Comercio); y (iv) la agencia mercantil (artículos 1324 y 1325 del Código de Comercio).

⁵² Consejo de Estado, Sala de Servicio y Consulta Civil. Concepto de 5 de julio de 2016. Rad. No. 2278. C.P. Germán Bula Escobar (E).

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2929-2021 de 14 de julio de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

197. Lo anterior, toda vez que una atribución de la naturaleza de la que es objeto de estudio implica restarle efectos al negocio jurídico por la decisión de uno de los contratantes que opta por su extinción. De allí la importancia de que el pacto y el ejercicio de una facultad unilateral de terminación deban sujetarse a los límites que se le imponen a la autonomía privada, esto es, a las restricciones tradicionales que se derivan de la ley imperativa, del orden público y de las buenas costumbres⁵⁴, así como las que más modernamente surgen del principio de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho⁵⁵. Sobre el particular, se destaca que el referido principio de la buena fe, especialmente en el ámbito contractual, *“presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (...)”*⁵⁶. Corresponde, entonces, a un parámetro de comportamiento en virtud del cual los contratantes deben actuar de forma leal, honesta y correcta en la gestión de sus intereses, de manera que *“cada una de las partes debe hacer lo que sea necesario para lograr que la otra obtenga el fin previsto al contratar, sin que ello implique sacrificios desproporcionados”*⁵⁷.

198. La buena fe, concebida en los anteriores términos, ha conducido a que se considere que el negocio jurídico es, además de un acto dispositivo de intereses, un instrumento de colaboración o cooperación mutua. Esto significa que, si bien cada contratante está naturalmente motivado por sus propias necesidades y por sus intereses particulares, debe obrar en conjunto con su contraparte negocial para efectos de la consecución del fin común que las ha llevado a contratar. Por lo tanto, ambos extremos de la relación deben tomar en consideración el interés del otro y adaptar su comportamiento en el sentido de facilitar —o evitar entorpecer— el cumplimiento de las prestaciones recíprocas y la obtención del resultado práctico buscado con la celebración del contrato. Esto, siempre y cuando una conducta de esa naturaleza no implique sacrificios, cargas o renunciaciones desproporcionadas, como lo precisa la doctrina antes citada.

199. Ahora bien, dentro de las distintas circunstancias en las que las partes pueden fundamentar el pacto de una facultad unilateral de terminación se destaca, para efectos de la presente decisión, aquella que se refiere al incumplimiento obligacional. Esas estipulaciones, también denominadas por la doctrina como cláusulas resolutorias expresas, tienen por objeto configurar

⁵⁴ Así se desprende, entre otros, de los artículos 16, 1518 y siguientes del Código Civil.

⁵⁵ Artículos 1603 del Código Civil, y 830 y 871 del Código de Comercio.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de agosto de 2001. Exp. No. 6146. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵⁷ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Contratos. Notas de Clase*. Primera Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2021). Pág. 14.

convencionalmente la posibilidad de resolver el contrato en caso de inobservancia de las prestaciones que surgen de él, reconocida de manera general para los contratos bilaterales en los artículos 1546 del Código Civil⁵⁸ y 870 del Código de Comercio⁵⁹. Tratándose de normas dispositivas, los contratantes pueden convenir reglas particulares sobre las condiciones en las que habrá de proceder la finalización del contrato por incumplimiento (*v. gr.* de antemano podrán definir qué incumplimientos consideran relevantes, fijar términos de preaviso y precisar los requisitos que deberá reunir el acto de comunicación de la decisión al deudor incumplido), con una particularidad que caracteriza a las cláusulas resolutorias expresas y que explica su uso frecuente en el tráfico jurídico: la resolución opera de manera automática desde que la decisión le es comunicada a la otra parte, por lo que sus efectos se producen sin necesidad de un pronunciamiento judicial.

200. Al respecto, precisa la doctrina que *“la cláusula resolutoria expresa es aquella en virtud de la cual las partes otorgan trascendencia resolutoria a un determinado incumplimiento”*⁶⁰, y sobre sus efectos se ha señalado que *“la resolución opera automáticamente, el juez simplemente verificará la inclusión de la cláusula, que la obligación cuyo incumplimiento aduce el demandante se encuentre dentro de ese ámbito, obviamente en el entendido de que el alcance de la cláusula esté circunscrito a las obligaciones estipuladas en el contrato, y el hecho mismo el incumplimiento”*⁶¹.

201. De lo anteriormente expuesto se desprende que, debido a que en virtud de una cláusula resolutoria expresa se le concede a uno de los contratantes, particularmente al acreedor de una determinada prestación, la facultad de calificar el comportamiento de su deudor y de extinguir el negocio según esa apreciación —potestad que, por regla general, está reservada al juez del contrato—, la observancia de los postulados de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho cobran especial importancia en esta materia. En efecto, aunque a las partes les asiste una libertad de configuración y de decisión, esta se encuentra limitada, por lo que en cada caso concreto será necesario valorar el marco fáctico que rodeó el pacto y el ejercicio de la facultad unilateral de

⁵⁸ “ARTÍCULO 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”.

⁵⁹ “ARTÍCULO 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

⁶⁰ Gregoraci, Beatriz. *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*. Primera Edición. Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado - BOE. Madrid (2015). Pág. 27

⁶¹ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 964-965.

terminación por incumplimiento, con el propósito de verificar si los contratantes se circunscribieron a los límites que les eran exigibles.

202. Al respecto, sobre la eficacia de ese tipo de cláusulas y los límites para su ejercicio, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente:

"La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

"Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél.

"Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción"⁶².

203. Por su parte, la doctrina nacional se ha referido a los requisitos que debe reunir una cláusula resolutoria expresa en los términos que se transcriben enseguida:

"(...) en lo que toca con la concepción y redacción de las cláusulas resolutorias por incumplimiento es atinente reiterar que ellas han de preservar el equilibrio entre las partes, lo cual se proyecta en la

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

reciprocidad de la prerrogativa, que impida o excluya el ejercicio intempestivo de esta, o sea que prevenga que el contratante que toma la iniciativa denuncie anticipadamente a la contraparte el incumplimiento en que ha incurrido y el riesgo consiguiente que corre, y la 'preavise'; de manera que ella sepa que dentro del término del preaviso podrá enmendar su conducta, o que al vencimiento de aquel, sin más, el contrato quedará terminado. A lo que ha de agregarse que la redacción de la cláusula exige una buena fe severa, que implica una carga de claridad y precisión, a la vez que el otorgamiento al juez de poderes de interpretación de sus términos y alcances”⁶³.

204. Con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales anteriormente reseñados, y para los efectos que interesan a la presente decisión arbitral, es posible señalar que la eficacia del pacto de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento y su correcto ejercicio depende, principalmente, de los siguientes requisitos: (i) que los incumplimientos sean graves, trascendentes o relevantes, lo que, en principio, se presume cuando las partes han especificado de manera previa y expresa los comportamientos que consideran lo suficientemente trascendentes como para habilitar a una de las partes a terminar el contrato; (ii) que en la cláusula se indiquen de manera clara, expresa y precisa las obligaciones cuya desatención conduce a la extinción del vínculo, y, cabría añadir, que cuando se ejerza la facultad se le comuniquen al deudor, igualmente con precisión y claridad, los incumplimientos que motivan el ejercicio de dicha prerrogativa; y (iii) que se le dé un preaviso razonable al deudor con el fin de permitirle subsanar su incumplimiento. Seguidamente se desarrollará el entendimiento del Tribunal respecto del alcance de cada uno de estos requisitos.

205. En primer lugar, se ha sostenido que no cualquier distanciamiento de los compromisos adquiridos por el sujeto pasivo de la relación obligatoria permite a su contraparte ponerle fin al contrato, pues, conforme se explicó en párrafos anteriores, los principios de normatividad y de conservación del contrato exigen la preservación de la relación negocial. En ese sentido, se ha aclarado que debe tratarse de un incumplimiento grave o resolutorio, esto es, una desatención de tal magnitud que objetivamente conduzca a la pérdida de la confianza del acreedor en que su contraparte contractual honrará sus deberes de prestación. Sobre el particular, la jurisprudencia ha caracterizado el incumplimiento resolutorio de la siguiente forma:

⁶³ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 968-969.

"(...) no toda separación por parte del deudor respecto del 'programa obligacional' previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

"En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesoria, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento, determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato"⁶⁴.

206. Adicionalmente, es indispensable que en el acto o contrato se especifiquen las obligaciones cuya desatención puede conducir a la terminación de la relación contractual, pues una afirmación genérica en el sentido de que cualquier incumplimiento permite dar por terminado unilateralmente el acuerdo, además de que puede prestarse para ejercicios abusivos o arbitrarios, necesariamente habilitará al juez del contrato para valorar si el comportamiento reprochado por quien ha ejercido la facultad unilateral verdaderamente comporta un incumplimiento grave. Así, aunque podría admitirse la posibilidad de pactar una cláusula abierta, referida a cualquier incumplimiento, el juez del contrato podrá controlar su validez según las circunstancias en las que dicha facultad se haya pactado y, en caso de que el acreedor opte por ejercer esa prerrogativa, igualmente será el juez quien deberá determinar si el comportamiento que censura quien decide terminar el vínculo, constituye o no un incumplimiento grave o esencial.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Rad. No. 41001-3103-004-1996-09616-01.

207. En línea con lo anterior, es necesario, en el ejercicio de la facultad unilateral de terminación, comunicarle al deudor la decisión adoptada, pues se trata de un acto recepticio que sólo producirá efectos en la medida en que dicha determinación sea puesta en conocimiento de su destinatario. Sobre la forma en la que este requisito se debe cumplir, en materia arbitral se ha expresado lo siguiente:

“(...) se impone una carga trascendental en cabeza del contratante que desee hacer uso de la facultad de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, en cuanto que está obligado a señalar e individualizar con precisión el incumplimiento en que se afina el ejercicio de la mencionada prerrogativa, en tanto que la lealtad y la buena fe contractual exigen transparencia y claridad en el ejercicio de facultades de esta estirpe, de tal manera que se pueda controlar adecuadamente su ejercicio abusivo en sede judicial y, asimismo, se permita a la parte contra la que se la aduce conocer las razones que la fundamentan para su efectiva contradicción, cuestión que no sería posible si se permitiera su ejercicio con base en manifestaciones genéricas o abstractas”⁶⁵.

208. Así las cosas, para que el ejercicio de la facultad unilateral de terminación produzca su efecto extintivo se requiere, entre otras condiciones, que el acreedor que pretende hacer valer esa prerrogativa le informe al deudor, de manera clara, expresa, precisa y suficiente, los incumplimientos que ha identificado y que motivan su decisión. Esto implica que, en cada caso, el contratante que pretende dar por terminado el contrato debe indicarle a la otra parte: (i) cuál es, en concreto, la conducta que le reprocha; y (ii) cuál es la obligación que, con ese comportamiento —que podrá ser activo u omisivo—, se ha incumplido. No es suficiente, entonces, con afirmaciones ambiguas, vagas, imprecisas o indeterminadas, pues esto le impediría al deudor poder ajustar su comportamiento para corregir el incumplimiento, prerrogativa esta última cuya garantía corresponde al tercer requisito de efectividad del ejercicio de la facultad unilateral de terminación. En consecuencia, habrá que tener en cuenta el contexto en el que se adoptó la decisión unilateral de terminación, esto con el fin de determinar si el acreedor puso en conocimiento de su deudor de manera adecuada la existencia de un incumplimiento, de forma tal que: (i) se prevengan arbitrariedades o abusos; y (ii), se insiste, que el deudor pueda comprender el

⁶⁵ Tribunal arbitral de C&CO DRILLING S.A.S. v. TALISMAN COLOMBIA OIL & GAS LTD. Laudo de 9 de diciembre de 2015. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Arturo Solarte Rodríguez y Hernando Yepes Arcila.

alcance y las consecuencias del comportamiento que se le reprocha, para poder ajustarlo según corresponda.

209. Finalmente, la jurisprudencia⁶⁶ y la doctrina⁶⁷ anteriormente citadas destacan la necesidad de que exista un preaviso, esto es, una comunicación efectuada por el acreedor al deudor respecto del incumplimiento resolutorio y de la intención de dar por terminado el contrato, adoptada con la suficiente antelación respecto de la fecha en la que la terminación se habrá de concretar. Con la exigencia de este requisito lo que se pretende es prevenir que se sorprenda al deudor con una decisión de no le fue anticipada, lo que resultaría contrario a la buena fe. Adicionalmente, cuando la facultad unilateral de terminación se inscribe en el marco de un contrato de larga duración, ya sea a término definido o indefinido, el mencionado principio de la buena fe demandaría que la manifestación de voluntad en el sentido de dar por terminado el contrato se le comunique a la otra parte con una antelación adecuada.

210. Sobre este requisito, la doctrina extranjera ha ilustrado lo siguiente, con referencia especial al contrato de suministro:

"La vigencia del principio de la buena fe en la aplicación de este instituto lleva a que se priorice la aplicación del deber de colaboración con el afectado ante el receso unilateral. Para ello es necesario el preaviso (...) o adoptar las medidas que se entiendan necesarias para evitar los daños lícitos que puede causar el receso del contrato. (...)

"El preaviso, (...) tiene por finalidad tutelar la situación del otro contratante. Se trata de evitar los daños que puedan causarse con el desistimiento inmediato e imprevisto"⁶⁸.

211. Por su parte, la doctrina nacional, en relación con la terminación unilateral por incumplimiento en los contratos de larga duración, se ha referido al alcance y a la finalidad del preaviso en los términos que se transcriben *in extenso* por su relevancia:

"Un contrato de larga duración es aquel en que su cumplimiento se dilata en el tiempo, o mejor, en que este es condición para que el

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

⁶⁷ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 968-969.

⁶⁸ Ordoqui Castilla, Gustavo. *Daño producido por el abuso en el ejercicio del derecho de rescisión unilateral sin causa del contrato de suministro*. Págs. 21-22.

contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable y continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento, y no accesorio, como ocurre en la ejecución diferida. El interés del acreedor no es satisfecho sino a través de una prestación continua o reiterada en el tiempo. (...).

"En contratos de larga duración, basados en la confianza, diluida o deteriorada esta, la parte afectada puede dar por terminado unilateralmente el contrato, mediando por su puesto un preaviso razonable. Como el tiempo está vinculado al objeto del contrato, su terminación no puede quedar sujeta al capricho o al humor de uno de los contratantes. Por ello, las causas de terminación de un contrato de larga duración son de apreciación estricta y rigurosa, precisamente por tratarse de la cesación unilateral del vínculo y de ser una excepción al principio de la preservación del contrato.

"(...) se requiere que el acreedor le comunique al deudor su decisión de la revocación y de otorgarle un plazo razonable para que aquel tenga la oportunidad de ajustar su conducta al comportamiento requerido en el vínculo.

"(...) por regla general el contrato a término definido termina por expiración del plazo, es decir que el vencimiento del término implica la extinción natural del vínculo; si durante su ejecución hay un incumplimiento esencial del programa contractual, en virtud de la cláusula resolutoria, se le debe notificar esa circunstancia al deudor incumplido para que corrija su comportamiento, si no lo hace, el contrato termina. Si el contrato es a término indefinido o de duración indeterminada, habrá necesidad de un preaviso razonable. (...)"⁶⁹.

212. De las referencias jurisprudenciales y doctrinales anteriormente realizadas se desprende que el preaviso cumple una doble finalidad en el contexto particular que es objeto de estudio —la terminación unilateral de un contrato de larga duración por incumplimiento grave—: (i) por una parte, tiene por objeto permitirles a los contratantes anticiparse a las consecuencias que les generará la extinción del contrato y adoptar las medidas para minimizar el impacto de esa circunstancia; y (ii), por otra, busca darle al deudor la posibilidad

⁶⁹ Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Págs. 115-116 y 137 y 141.

de rectificar su comportamiento y remediar su incumplimiento, de manera que se conserve la relación, en la medida en que resulte posible.

213. En todo caso, el Tribunal advierte que bien puede entenderse que, en realidad, la referencia al “preaviso” puede comportar la exigencia de dos requisitos independientes: (i) el preaviso, en sentido estricto, entendido como la anticipación en la comunicación sobre la efectividad de la terminación; y (ii) por regla general, la concesión de un plazo de subsanación a favor del deudor. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina citadas en párrafos anteriores se refieren, de manera integral, al otorgamiento de un preaviso para que el deudor rectifique su conducta, lo que trae como consecuencia que, si el deudor no ajusta su comportamiento dentro del periodo respectivo, el contrato terminará. En ese sentido, se les da un tratamiento unitario a ambas exigencias.

214. Debido a la importancia que reviste el requisito al que se ha hecho alusión, debe señalarse que únicamente en casos excepcionales podría admitirse la terminación unilateral por incumplimiento sin que medie un preaviso al deudor, ya sea porque el legislador así lo ha previsto o porque las circunstancias particulares del caso autorizan prescindir de dicha exigencia. Al respecto, explica la doctrina que *“en el derecho común de los contratos, dicha terminación puede producirse, incluso prescindiendo de preaviso, cuando media un ‘motivo importante’ (justa causa): incumplimiento especialmente grave o la desaparición de una condición fundamental del contrato, y habría de agregarse, a mi juicio, la condición de que las circunstancias exijan o permitan obrar in continenti (...). Cabría hablar entonces de razones o circunstancias de urgencia”*⁷⁰. Es así que solo en ciertos casos es admisible prescindir del plazo de preaviso y del derecho a la subsanación, principalmente: (i) cuando el incumplimiento que justifica la terminación unilateral es de suyo insubsanable, ya sea porque se trata de una falta de ejecución total o definitiva que no es susceptible de corregirse, o porque está acreditado que el deudor no está en capacidad de subsanar su propia infracción; (ii) cuando las condiciones que rodearon el incumplimiento, además de que permiten calificarlo como grave o resolutorio —siendo este un requisito autónomo para el ejercicio de la facultad unilateral de terminación— son especialmente significativas, tanto así que justifican la terminación inmediata del vínculo, conforme lo sostiene la doctrina al hacer referencia a un incumplimiento “especialmente” grave; y (iii) cuando circunstancias de urgencia o celeridad justifican que se separe inmediatamente al deudor del contrato. Todos estos supuestos, se reitera, son excepcionales, pues por regla general el principio de buena fe ordena que se le conceda al deudor el derecho a permanecer en el contrato mediante la rectificación de su conducta.

⁷⁰ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Pág. 954.

215. Lo anterior deberá armonizarse, en cada caso, con lo pactado por las partes en el contrato y con las exigencias que se deriven del principio de la buena fe en atención a la naturaleza del negocio (v. gr. de duración definida o indefinida). Por lo tanto, será necesario evaluar si las partes expresamente acordaron un término de preaviso y si, además, contemplaron en él el reconocimiento de un derecho a la subsanación a favor del deudor y, eventualmente, las excepciones que autorizarían prescindir de este último.

216. Además de lo expuesto, resta por señalar que el preaviso debe ser razonable, lo que significa que debe hacerse *“pensando también en el otro, en sus circunstancias y no solo en el que lo produce”*⁷¹. Asimismo, la doctrina arbitral ha precisado que *“el límite que por antonomasia se le exige a los contratantes que deciden terminar un contrato a todas luces indeseable o insostenible, es que se ejerza dicha facultad teniendo en cuenta por lo menos el interés y la justa expectativa de su cocontratante; es decir, sin abuso del derecho, lo cual se traduce palabras más o palabras menos en dar un preaviso adecuado en el que se tengan en cuenta o se contemplen, las siguientes circunstancias: (i) la economía del contrato; (ii) la recuperación de las inversiones realizadas con base en esa expectativa; (iii) el tiempo razonable que se necesite para reorganizar la operación y, en algunos casos, (iv) una eventual compensación o apoyo económico temporal que permita la recuperación de la crisis causada por el ejercicio de la facultad unilateral”*⁷². Esto implica, entonces, que la duración del preaviso debe guardar correspondencia y proporcionalidad: (i) con la naturaleza y la duración del contrato; (ii) con el contenido de la conducta que debería adoptar el deudor para subsanar el incumplimiento; y (iii) con el alcance de las medidas que las partes tendrían que adoptar para mitigar los efectos de la terminación.

217. Ahora bien, cuando la facultad unilateral de terminación por incumplimiento se ha ejercido en contravía de lo pactado por los contratantes, con desconocimiento de las pautas de comportamiento derivadas de la buena fe o con abuso del derecho, el contratante que se ve lesionado en sus intereses tiene a su alcance las siguientes alternativas: (i) el reconocimiento de la ineficacia –en sentido amplio– del ejercicio de la facultad y la consecuente continuidad de la relación contractual junto con la indemnización de los perjuicios que haya padecido; o (ii) puede optar porque se mantenga el efecto

⁷¹ Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Pág. 120.

⁷² Tribunal arbitral de COMUNICACIONES SATELITALES COMSAT S.A.S. v. DIRECTV COLOMBIA LTDA. Laudo de 17 de marzo de 2021. Árbitros: Marcela Castro Ruíz, Florencia Lozano Revéz y Juan Manuel Garrido Díaz.

extintivo de la decisión de su contraparte y reclamar únicamente la reparación de los daños sufridos como consecuencia de esa conducta antijurídica. En uno y otro caso, el contenido y alcance de la indemnización de perjuicios podrá variar, toda vez que, en el primer supuesto, se parte de la base de que el contrato subsiste, mientras que en el segundo habría fenecido.

218. Al respecto, la doctrina ha señalado que *“la ineficacia de la retractación conlleva a la tutela del contratante frustrado y este podría, entonces, ser resarcido, así: (i) con el interés negativo como si se trata de la hipótesis de la ruptura inopinada de las tratativas de un contrato; (ii) mediante el resarcimiento del interés positivo, esto es, daño emergente y lucro cesante (sin desconocer que el incumplimiento contractual puede dar origen a compensar los daños extrapatrimoniales); y (iii) declarar la ineficacia de la retractación y ordenar la ejecución in natura del contrato”*. Respecto de esta última posibilidad, el mismo autor destaca que, *“en razón a que con seguridad la empresa dependiente ha ajustado su estructura para satisfacer las necesidades de la empresa principal con quien se ha vinculado —ha invertido energía, tiempo y dinero—, la mejor forma de tutelar al contratante frustrado sería ordenar la ejecución in natura del vínculo, esto es, la realización del contrato originalmente diseñado”*⁷³.

219. En similar sentido, en sede arbitral se ha reconocido la posibilidad del “restablecimiento” del contrato en los siguientes términos:

“Puede afirmarse que la tendencia actual en los distintos ordenamientos (doctrina, jurisprudencia e incluso ley), a la cual no tendría por qué sustraerse el nuestro, es la de aceptar la legitimidad de la ‘cláusula resolutoria expresa’, que se volvió usual en los contratos de ejecución sucesiva o escalonada de larga duración, que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor, sin necesidad de intervención judicial ex ante, pero con interpretación restrictiva y sujeta a requisitos severos, tanto en su formulación, como, especialmente, en su empleo, y dejando a salvo la protestad de la contraparte y su derecho a acudir al juez para que declare la ilegalidad o la falta de justificación de su aplicación, y de ese modo obtener, según sea del caso, un pronunciamiento que restablezca el contrato, con

⁷³ Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Págs. 162-163.

indemnización, o sin más, el resarcimiento de todos los daños y perjuicios ocasionados por la ruptura indebida"⁷⁴.

220. Delimitado en los anteriores términos el marco jurídico que regula el ejercicio de la facultad unilateral de terminación por incumplimiento contractual, procede el Tribunal a estudiar la cláusula de terminación convenida en el Contrato y su ejercicio por parte de AIR-E.

4.3.2. La facultad unilateral de terminación por incumplimiento pactada en el Contrato

221. En la cláusula decimoquinta del Contrato —que no fue objeto de modificación en los distintos otrosíes que se suscribieron— se pactó la facultad unilateral de terminación en favor de ambas partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas. La validez de dicha estipulación no ha sido cuestionada por las partes, ni tampoco observa el Tribunal irregularidad alguna que deba ser declarada de oficio (v. gr. nulidad absoluta). El debate reside, entonces, en la forma en la que la prerrogativa contemplada en la cláusula decimoquinta fue ejercida por AIR-E, pues UFINET considera que la Convocante no se ajustó a las pautas allí previstas, ni tampoco se comportó conforme a la buena fe.

222. En ese contexto, lo primero que se debe analizar es el contenido de la mencionada cláusula decimoquinta, que es del siguiente tenor:

"DECIMOQUINTA – INCUMPLIMIENTO:

"El incumplimiento por cualquiera de las partes de sus obligaciones derivadas del presente Contrato (Parte Incumplida) dará derecho a la otra Parte que haya cumplido o allanado a cumplir (Parte Cumplida), a escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial. La Parte Cumplida no podrá dar por terminado de pleno derecho el contrato sino transcurrido un plazo razonable desde que le hubiese hecho advertencia expresa de su incumplimiento a la Parte Incumplida y aquella no lo hubiese subsanado o adoptado las medidas adecuadas conducentes a su subsanación.

⁷⁴ Tribunal arbitral de TERPEL DE LA SABANA S.A. v. TETHYS PETROLEUM COMPANY LTD. y META PETROLEUM LTD. Laudo de 19 de agosto de 2005. Árbitros: Fernando Hinestrosa, Carlos Lleras De la Fuente y Felipe Navia Arroyo.

"En caso de terminación por incumplimiento, la Parte Incumplida deberá indemnizar a la otra todos los perjuicios que su incumplimiento le hubiese causado, incluyendo daño emergente y lucro cesante".

223. De lo convenido por las partes se desprende que, para el ejercicio de la facultad unilateral de terminación incorporada en el Contrato, resultaba necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) la existencia de un incumplimiento contractual que, si bien las partes no lo calificaron, en línea con los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales sobre el particular, debe revestir una entidad particular, esto es, debe tratarse de una desatención grave o significativa de los deberes de prestación; (ii) el cumplimiento o el allanamiento a cumplir del contratante que pretende hacer efectiva la prerrogativa objeto de análisis; (iii) la "advertencia expresa" del incumplimiento a la "Parte Incumplida", lo que significa que era indispensable comunicarle al deudor al que se atribuía el incumplimiento, de forma explícita y clara, las infracciones contractuales que se le atribuían; y (iv) la concesión de un "plazo razonable" que le permitiera al deudor rectificar su incumplimiento o adoptar las medidas adecuadas para su subsanación, que debía ser posterior al acto de comunicación en el que se advirtiera sobre la infracción del Contrato.

224. Adicionalmente, teniendo en cuenta las pautas de comportamiento que se derivan del principio de la buena fe, se destaca: (i) que la "advertencia expresa" debía consistir en la individualización de los incumplimientos que se le atribuyeran a la "Parte Incumplida", sin que resultaran admisibles imputaciones vagas o genéricas; (ii) que el plazo razonable que se le concediera a la "Parte Incumplida" para la rectificación del incumplimiento debía ser suficiente y proporcional, es decir, se debía fijar teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación incumplida y el contenido de las medidas que se debían implementar para subsanarlo, teniendo en cuenta que las partes no definieron previamente su duración; y (iii), además, era necesario que ese plazo razonable, que operaba como un preaviso, también se determinara de forma que les permitiera a las partes adoptar medidas para reducir el impacto que produciría la terminación del Contrato —que, por lo demás, era de larga duración—, comoquiera que, en caso de que no fuere factible subsanar el incumplimiento y preservar el vínculo, debía considerarse que había derechos de terceros involucrados, particularmente de los Prestadores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones PRST con los que se habían celebrado contratos de compartición de redes y de la comunidad en general, en la medida en que está involucrada la prestación de un servicio público como lo es el de telecomunicaciones.

225. El Tribunal procederá, entonces, a evaluar si la decisión adoptada por AIR-E de terminar unilateralmente el Contrato se ajustó a lo convenido en la citada cláusula decimoquinta del Contrato y a los postulados de la buena fe.

4.3.3. Sobre la legalidad o eficacia (en sentido amplio) de la decisión unilateral de terminación adoptada por AIR-E

226. Efectuado por el Tribunal el análisis que le corresponde, así como la valoración probatoria respectiva, su conclusión apunta a considerar que la decisión unilateral de terminación adoptada por AIR-E se ejerció en contravía de lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y de los postulados de la buena fe, toda vez que: (i) no se le hizo advertencia expresa y completa de los presuntos incumplimientos a UFINET, comoquiera que la decisión estuvo motivada por los hallazgos de un Informe de Auditoría Interna elaborado por AIR-E, pero ni en la reunión del Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, ni en la comunicación del 9 de marzo de 2021, se le especificaron a UFINET de manera individualizada los incumplimientos que se le imputaban con fundamento en aquel y que se encontraban identificados en la mencionada documentación. Está acreditado que en tales oportunidades AIR-E solo hizo una referencia genérica a las conclusiones del Informe de Auditoría Interna, pero la copia del mismo y de sus anexos no fue entregada a UFINET ni conocida por esta entidad con ocasión de la decisión de terminación del Contrato, sino que solo pudo tener acceso a dichos documentos hasta que se adelantó el trámite arbitral; y (ii) no se le concedió a UFINET un plazo razonable para que subsanara las infracciones que genéricamente se le imputaron, sin que existiera alguna razón que, de manera excepcional, justificara que se hubiera privado a la Convocada de ese derecho.

227. A continuación, se desarrolla en detalle el análisis probatorio que sirve de sustento a la conclusión anunciada, efectuado, obviamente, teniendo en cuenta el marco teórico inicialmente planteado.

4.3.3.1. La ausencia de “advertencia expresa” de los presuntos incumplimientos

228. El 9 de marzo de 2021, AIR-E le remitió una comunicación a UFINET con el asunto “*APLICACIÓN CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – RESOLUCIÓN DEL CONTRATO*”⁷⁵. En la misiva mencionada se señaló, en lo pertinente, lo siguiente:

“Respetado Doctor Sánchez:

⁷⁵ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 4_ Reforma de la demanda. AIR-E_13122021. PRUEBAS. 7.1.5. Oficio del 9 de marzo de 2021 de AIRE a UFINET.

"En atención a la comunicación fechada 03 de marzo de 2021 y enviada por medios electrónicos el día 4 del mismo mes y anualidad, nos dirigimos a ustedes para manifestarles que tal y como se informó en la reunión celebrada el pasado 24 de febrero, AIR-E efectuó una revisión detallada al desarrollo y ejecución del contrato Telecorp 004-01, vigente desde el 1o de junio de 2001 (el 'Contrato'), cuyo resultado puso de manifiesto **graves y delicados incumplimientos** por parte de UFINET que imponen la **resolución inmediata** del Contrato dado el peligro inminente a la vida e integridad personal y a los bienes, así como también la afectación en la prestación del servicio público de energía.

"Tan delicada es la situación y tan graves los incumplimientos que tal como quedo (sic) evidenciado el pasado 5 de marzo del año en curso en la carrera 22 con calle 35 de la ciudad de Barranquilla, se reportó evento de un afectado por descarga eléctrica, que tuvo origen cuando un vehículo particular tropezó con cable de fibra óptica, lo revienta, y al caer éste hace contacto con líneas de baja tensión. Lo cual materializó la ocurrencia de un riesgo extremo que no es tolerable para la Compañía.

"Es claro que la posición de UFINET de **abandonar la ejecución del Contrato**, hacen (sic) **inviable otorgarle un plazo para que proceda a subsanar los graves, reiterados y múltiples incumplimientos**. UFINET no está en condiciones de adelantar un plan de mejora como **tampoco está en condiciones ni tiene la intención de ejecutar el Contrato en debida forma**, pues los incumplimientos reflejan la clara **desidia de UFINET** de cumplir con lo más mínimo del Contrato.

"Los incumplimientos son de tal magnitud que requieren que el operador de red como propietario y responsable de la reposición y mantenimiento de la infraestructura eléctrica asuma directamente la administración para permitir el acceso a las empresas de telecomunicaciones. De esta manera, reiteramos que **otorgar un plazo para que UFINET adelante un plan de acción constituiría un acto de negligencia de parte de AIR-E** y de su administración, pues es más que evidente que UFINET no está en condiciones de cumplir con el Contrato.

"(...)

"Visto el volumen de las incidencias encontradas, la naturaleza y sensibilidad de los riesgos que dichas incidencias generan (vida e integridad de las personas), los incumplimientos regulatorios, el desconocimiento de las normas técnicas aplicables, la grave afectación en imagen y reputación y la contaminación ambiental, entre otras, evidencian un claro incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales: (...).

*"El **cúmulo de incumplimientos anotados, su recurrencia, la sensibilidad que representan** por su peligro o riesgo potencial o inminente y exteriorización a bienes esenciales y constitucionalmente protegidos, **hacen insubsanables sus incumplimientos** y, por ende, no resulta procedente otorgar ningún plazo para su remedio.*

"(...)

"Sean las anteriores consideraciones elementos de convicción suficientes para tener por acreditados los supuestos de hecho y derecho que ameritan la resolución del contrato por incumplimiento grave generados por parte de UFINET en el desarrollo y ejecución del contrato Telecorp 004-01.

"(...)" (se destaca).

229. Se observa que en la comunicación formal de terminación del Contrato, AIR-E manifestó que su decisión se fundamentaba en las siguientes consideraciones: (i) la presencia de "*graves y delicados*" incumplimientos que imponían la resolución "*inmediata*" del Contrato, pues representarían un peligro inminente para la vida y la integridad personal, así como para la prestación del servicio público de energía; (ii) el "*abandono*" del Contrato por parte de UFINET, lo que hacía inviable otorgarle un plazo para subsanar los incumplimientos que, además, calificó de "*reiterados*" y de "*insubsanables*"; (iii) la falta de capacidad e intención de UFINET para adelantar un plan de mejora y para ejecutar el Contrato en debida forma; y (iv) la magnitud de los incumplimientos, que hacía necesario que el operador de red asumiera directamente la administración del Contrato.

230. Como sustento de las afirmaciones anteriormente mencionadas, AIR-E transcribió algunos apartes del Informe de Auditoría Interna de enero de 2021, en los que se señala que se verificó el estado de 1.028 "apoyos" de la infraestructura eléctrica de la que UFINET es usufructuaria, distribuidos en los

departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena. Seguidamente, expresó que la revisión se orientó al análisis de dos aspectos: (i) seguridad de las personas, red eléctrica y red de telecomunicaciones; y (ii) disposición de la red de telecomunicaciones. Para cada aspecto, se identificaron las condiciones que derivarían en un incumplimiento contractual o regulatorio, y respecto de cada uno de ellos se relaciona el porcentaje de los apoyos que no cumpliría con los requerimientos correspondientes. Asimismo, se incluyeron diversas fotografías con las que se ejemplifica cada uno de los hallazgos. Finalmente, se agregó una valoración del riesgo, y se relacionaron las obligaciones⁷⁶ y las disposiciones reglamentarias⁷⁷ que presuntamente se habrían incumplido.

231. Pues bien, valorada en su integridad la comunicación del 9 de marzo de 2021, en lo relativo a la necesidad de hacer advertencia expresa de los incumplimientos, el Tribunal encuentra que en el documento remitido por AIR-E a UFINET se citan algunas conclusiones del Informe de Auditoría Interna en el que se exponen unos porcentajes sobre la presunta falta de conformidad de las redes de telecomunicaciones con los parámetros contractuales y técnicos que debían observarse, y se presentan algunas fotografías a manera de ejemplo, pero no se le entregaron a UFINET los soportes en los que se individualizaban los 1.028 postes analizados, su ubicación puntual y el estado en el que se encontraba cada uno. Esto resultaba indispensable si se tiene en cuenta que la decisión de terminación estuvo precedida de la elaboración de dicho Informe de Auditoría Interna, que tomó casi cuatro meses, y en cuyos anexos sí consta ese detalle, pero que no le fue entregado a UFINET a pesar de que lo solicitó. Es decir, AIR-E no puso en conocimiento de su contraparte contractual el fundamento completo que lo condujo a su decisión de terminación, a pesar de tenerlo en su poder.

232. Sobre el particular, también se observa que la comunicación de 9 de marzo de 2021 estuvo precedida de una reunión del Comité Operativo que se realizó el 24 de febrero de 2021, en la que no se hizo una advertencia expresa de los presuntos incumplimientos en los términos en los que dicho acto de comunicación debía producirse, teniendo en cuenta que, se reitera, para esa época AIR-E ya contaba con el Informe de Auditoría Interna y sus anexos, con base en el cual optó por terminar unilateralmente el Contrato. En efecto, sobre lo ocurrido en dicha oportunidad, en el trámite se acreditó lo siguiente:

⁷⁶ Se citan las siguientes cláusulas: Cláusula Tercera – Alcance del Objeto; Cláusula Cuarta; Cláusula Tercera bis 5; y Cláusula Décima.

⁷⁷ Se hace referencia al Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas – RETIE.

233. El 10 de febrero de 2021, la señora Cinthya Arleth Ferrer Bermúdez, trabajadora de AIR-E, le envió un correo electrónico al señor Santiago Posso Marmolejo, igualmente funcionario de AIR-E, en el que señaló lo siguiente:

"Cordial Saludo Ing. Santiago.

"Remito la propuesta de Comité de operación con los cambios acordados entre las partes luego de la reunión del jueves 4 de febrero. Adicionalmente se agregó el numeral 5 para efectos de la actuación a adoptar en caso de diferencias en la toma de decisiones en la medida en que el comité solo quedo (sic) integrado por dos miembros. De igual forma agradezco enviar firmado para remitirlo a Claudia y programar la primera reunión para el día lunes 15 de febrero, en horas de la tarde. La idea es presentar en este comité los resultados de la auditoría y tomar decisiones frente al trámite a seguir. Se debe previamente reunirnos con Secretaria General y Legal para acordar la estrategia"⁷⁸.

234. Posteriormente, el 16 de febrero de 2021 la señora Cinthya Arleth Ferrer Bermúdez le remitió el siguiente correo electrónico al señor Santiago Posso Marmolejo:

"Buenos días Ing Santiago; por fa dar trámite con carácter prioritario.

"La idea es colocar la reunión entre este jueves 18 y viernes 19 para presentar el tema de la auditoría de Ufinet y otros temas y que jurídica ya empiece con sus correspondientes actuaciones"⁷⁹.

235. Finalmente, el 19 de febrero de 2021 la señora Cinthya Arleth Ferrer Bermúdez convocó a la señora Claudia Moreno Lajud, de UFINET, a una reunión del Comité operativo en los siguientes términos:

"Buenas tardes Estimados.

⁷⁸ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 5_ Contestación Reforma. AIR-E_03022022. Pruebas. 7.2. DOCUMENTALES CUYO APORTE SE SOLICITO EN EL AUTO NO. 11. 7.2.2. Correos electrónicos y o comunicaciones cruzadas. Enviados. 1. Enviados. 3. Desde Correo de Cinthya Ferrer. Claudia C. Moreno Lajud. 3_RE_CONFORMACION COMITÉ DE OPERACIÓN Contrato Aire-UFINET CABLEOPERADORES.

⁷⁹ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 5_ Contestación Reforma. AIR-E_03022022. Pruebas. 7.2. DOCUMENTALES CUYO APORTE SE SOLICITO EN EL AUTO NO. 11. 7.2.2. Correos electrónicos y o comunicaciones cruzadas. Enviados. 1. Enviados. 3. Desde Correo de Cinthya Ferrer. Claudia C. Moreno Lajud. 3_RE_CONFORMACION COMITÉ DE OPERACIÓN Contrato Aire-UFINET CABLEOPERADORES.

"De manera respetuosa propongo que la primera sesión del comité se realice el día miércoles 24 de febrero a las 3pm, en las oficinas de Centro Ejecutivo, en sala pendiente por confirmar"⁸⁰.

236. Ahora bien, sobre lo sucedido en el Comité Operativo, en el Acta de la Reunión del 24 de febrero de 2021⁸¹, suscrita por ocho (8) miembros de AIR-E y dos (2) de parte de UFINET, simplemente se consignó lo siguiente:

DESARROLLO DE LA REUNIÓN

0. REVISIÓN DEL ACTA ANTERIOR	— No Aplica —
1.	Presentación de Resultados Auditoría UFINET ^{Ing. Jorge Ditta}
2.	Participación UFINET al resultado de Auditoría
3.	Intervención SSTJ - Incumplimiento UFINET
4.	No hubo propuestas y varias

COMPROMISOS

No.	Actividad	Responsable	Fecha límite
1.	Comunicación a UFINET	SSTJ Aire	05/03/21
2.			

237. Con fundamento en las comunicaciones cruzadas internamente antes de la reunión del Comité Operativo se puede concluir que AIR-E pretendía "socializar" con UFINET los hallazgos del Informe de Auditoría Interna, propósito para el que resultaba extraño que, desde esa etapa primigenia, se hubiera vinculado al área jurídica de la Convocante para que "empezara sus actuaciones". Ese comportamiento, valorado en conjunto con lo expresado en sus declaraciones por quienes asistieron a la reunión del 24 de febrero de 2021, a las que se hará referencia seguidamente, resulta indicativo de que AIR-E ya había adoptado una decisión interna en el sentido de no continuar con la relación contractual que la vinculaba con UFINET, que tendría efectos inmediatos en la medida en que no se concedería un plazo para la subsanación.

238. Respecto de los detalles sobre lo ocurrido en la reunión a la que se ha hecho referencia, en su declaración, la señora Claudia Cecilia Moreno Lajud, líder

⁸⁰ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 5_ Contestación Reforma. AIR-E_03022022. Pruebas. 7.2. DOCUMENTALES CUYO APOORTE SE SOLICITO EN EL AUTO NO. 11. 7.2.2. Correos electrónicos y o comunicaciones cruzadas. Enviados. 1. Enviados. 3. Desde Correo de Cinthya Ferrer. Claudia C. Moreno Lajud. 3_RE_CONFORMACION COMITÉ DE OPERACIÓN Contrato Aire-UFINET CABLEOPERADORES.

⁸¹ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 17_Exhibición de Documentos a cargo de AIR-E_ auto 56 del 120922_ordena incorporar a petición de UFINET_080922. Acta Reunión.

del proceso de gestión de infraestructura de UFINET y administradora del Contrato, señaló lo siguiente:

"TESTIGO CLAUDIA MORENO: (...) Comenzaron a **mostrarme los resultados del informe de auditoría**, muy diferentes al informe que me habían explicado en el mes de diciembre. Era un informe que ya no era administrativo, era un informe que más bien tenía un enfoque como que en 90% técnico asociado a incumplimientos en el uso de la infraestructura eléctrica por parte de redes de telecomunicaciones, donde **enseñaban registros fotográficos y evidencia, desde su punto de vista, de incumplimientos de la norma técnica**. En ese proceso, en esa reunión, yo le dije: 'bueno, pero entonces entrégueme el informe, deme las evidencias, la ubicación de estas anomalías, y nosotros a través de nuestro seguimiento diario lo confrontamos con eso y mostramos la gestión que nosotros [hemos] hecho frente a esa problemática puntual que tienen en esa cantidad de postes que están entregando como muestras'. **Quedaron de entregarlo, pero no fue entregado sino ya cuando llegó la demanda.**

"(...)

"APODERADO AIR-E: se ha dicho que (...) en la reunión del 24 de febrero de 2021 a ustedes les comunicaron los hallazgos del informe de auditoría y les presentaron unas zonas en fotografías donde había deficiencias. ¿Usted recuerda que eso haya pasado?

"TESTIGO CLAUDIA MORENO: Sí, claro, si mostraron unas zonas. (...) **estaban mostrando en PowerPoint.**

"APODERADO AIR-E: UFINET, luego de conocer en esa reunión esas ubicaciones, ¿intervino esas zonas? ¿O hizo requerimientos en relación con las deficiencias que la infraestructura presentaba en esas zonas?

"TESTIGO CLAUDIA MORENO: Bueno, **realmente nosotros no tuvimos el informe detallado, o sea, fue un PowerPoint que nos mostraron con unas camisetas a gran escala, gráficas a gran escala, donde no se veía exactamente la ubicación de los postes.** (...)”⁸² (se destaca).

⁸² Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir de los minutos 13:34 y 50:36.

239. En un sentido semejante, Cinthya Arlet Ferrer, gerente de auditoría de AIR-E para la época de los hechos, manifestó lo siguiente:

"DR. SOLARTE: ¿Qué significa socializar el informe con UFINET?"

*"TESTIGO CINTHYA FERRER: Bueno, nosotros, en el marco de esa reunión, como punto a desarrollar, se incluyó la socialización de los hallazgos de la auditoría. En esa presentación de los hallazgos de la auditoría, que fue realizada por Jorge Ditta, se pone de presente a UFINET, a través de una presentación en PowerPoint, es decir, no fue simplemente leído, fue una explicación con apoyo de la herramienta de PowerPoint, los hallazgos de la auditoría como tal. (...) Presentamos los hallazgos por parte de la auditoría, en cabeza de Jorge Ditta, la presentación fue una presentación que contenía la totalidad de los hallazgos, no solamente los hallazgos a nivel técnico, sino los hallazgos a nivel administrativo. Para efectos de los hallazgos a nivel técnico, se hizo una presentación que contenía: primero, cómo había sido el ejercicio de las inspecciones técnicas y dónde habían sido los municipios donde se había abordado el ejercicio de la auditoría en terreno. Se presentó los resultados de la auditoría. **Como era tan amplia, presentamos, de cada tipología de hallazgo, unos casos particulares. Las fichas eran aproximadamente 10-12 casos en particular, por tipología, y se las pusimos de presente a UFINET**"⁸³ (se destaca).*

240. Por último, el testigo Jorge Leonardo Ditta, quien participó en la elaboración del Informe de Auditoría Interna y asistió al Comité Operativo de 24 de febrero de 2021, afirmó lo siguiente:

"DR. MUÑOZ: ¿Usted puede, entonces, informarle al Tribunal lo acontecido en esta reunión [Comité Operativo de 24 de febrero de 2021]? Hágame un resumen al Tribunal de lo que pasó, de cómo se le planteó a UFINET, cómo reaccionó UFINET. Nárrenos el desarrollo de esa reunión.

*"TESTIGO JORGE DITTA: (...) **hicimos una presentación en PowerPoint, algo muy ejecutivo**, en donde lo primero que hicimos fue mostrar los antecedentes: cómo nace el Contrato, cómo están los Otrosíes, cómo se modificaron, cómo entran las regulaciones y demás. Posterior a ello les dijimos que la auditoría estuvo enfocada, como lo*

⁸³ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 11_Audiencia 07 de septiembre de 2022. A partir del minuto 36:37.

mencioné anteriormente, en dos aspectos: un aspecto técnico y un aspecto administrativo. El primer aspecto que nosotros socializamos fue el aspecto técnico. En este sentido, nosotros le dijimos que habíamos seleccionado una muestra de 1.028 apoyos y que estaban distribuidos en 15 municipios dentro de nuestra zona de operación. (...) Se le pone en conocimiento cuál la muestra que se tomó y cómo está distribuida esta muestra. Incluso, traíamos por municipio, traíamos unos mapas en donde se veía toda la distribución de la ciudad o del municipio y en dónde estaban los postes que nosotros seleccionamos como muestra. Es decir, allí se podía ver cuáles eran los postes y en dónde estaban ubicados los postes. (...) Posterior a ello, a que se le socialice cuál fue la muestra y dónde estaba ubicada, se le muestran los resultados de la auditoría, o sea, se le muestra lo que hicimos.: 'mira, tenemos una ficha y realizamos una inspección en terreno'. Y a su vez se le socializan los resultados. (...) Se le detalló punto a punto cuáles fueron los resultados obtenidos para cada uno de [los] componentes y, a su vez, se ilustra por medio de fotos la materialización de ese incumplimiento y de eso que nosotros evidenciamos”⁸⁴ (se destaca).

241. Los testimonios citados, que corresponden a la declaración de tres (3) de los participantes en el Comité Operativo del 24 de febrero de 2021 (dos de ellos, funcionarios de AIR-E), son coincidentes en señalar que la “socialización” de los hallazgos del Informe de Auditoría Interna se concretó en realizar una presentación de PowerPoint en la que se expusieron las conclusiones de la auditoría realizada y se seleccionaron algunos ejemplos de la totalidad de los 1.028 postes que habían sido analizados, sin mayores detalles sobre el contenido integral del Informe de Auditoría Interna. Al respecto, es importante precisar que, si bien el testigo Jorge Leonardo Ditta manifestó que la presentación incluía los mapas que permitían identificar dónde estaban ubicados los 1.028 postes, lo cierto es que no existe evidencia de cuáles eran esos mapas y, si se comparan con los que constan en el Informe de Auditoría y se contrasta lo dicho por el testigo con las demás declaraciones antes citadas, lo cierto es que, si bien los delegados de UFINET pudieron observar en una pantalla la presentación, a ellos no se les suministró la información específica que UFINET necesitaba para tomar acciones de corrección o rectificación.

242. Además de lo anterior, es claro que, ni en la reunión del 24 de febrero de 2021, ni tampoco en oportunidad posterior, se le hizo entrega a UFINET del Informe de Auditoría Interna junto con sus anexos, circunstancia que no fue

⁸⁴ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 de agosto de 2022. A partir del minuto 57:00.

desvirtuada por AIR-E, quien nada dijo sobre la falta de entrega del mencionado Informe ni aportó prueba en contrario. En contraste, obra en el expediente la comunicación de 3 de marzo de 2021 remitida por UFINET a AIR-E, en la que aquella manifestó, en lo pertinente, lo siguiente:

"Asunto: Presunto incumplimiento del contrato No. TELECORP-004-01 (el 'Contrato') entre AIR-E S.A.S. E.S.P. ('Air-e') y UFINET COLOMBIA S.A. ('Ufinet')

"Señor Toro,

"(...)

"Como es de su conocimiento, el pasado 24 de febrero tuvo lugar el primer Comité Operativo en el marco del Contrato, cedido a Air-e como consecuencia de la adquisición de parte de la infraestructura eléctrica de Electricaribe S.A. E.S.P. (...).

"En dicho Comité, los representantes de Air-e, de manera sorpresiva y apartándose de la agenda previamente propuesta, hicieron alusión a un informe técnico cuyos resultados, en concepto de Air-e, ponían en evidencia el presunto incumplimiento del Contrato por parte de Ufinet, e informaron que dicho presunto incumplimiento daría lugar a la rescisión del Contrato por parte de Air-e mediante notificación que sería enviada formalmente a Ufinet junto con dicho informe técnico.

*"Al respecto, nos permitimos recordarles que, conforme a lo establecido en la cláusula decimoquinta del mismo, **una vez Air-e entregue a Ufinet el informe técnico, detallando el presunto incumplimiento, Ufinet dispondrá de un plazo razonable para subsanar o adoptar las medidas conducentes a la subsanación de dicho presunto incumplimiento**"⁸⁵ (se destaca).*

243. Así las cosas, está probado que el primer requisito para el ejercicio de la facultad unilateral de terminación, esto es, la advertencia expresa de los presuntos incumplimientos, no se satisfizo de manera completa ni adecuada, pues nunca se le entregó a UFINET, con anterioridad a la fecha en la que se hizo efectiva la terminación del Contrato, el contenido íntegro del Informe de Auditoría Interna con sus anexos. Estima el Tribunal que la entrega de dicho documento era indispensable para que ese acto de comunicación fuera claro,

⁸⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 3_Contestación DDA Reconv. UFINET_20092021. Pruebas y Anexos. Pruebas contestación y reconvención.

preciso y completo, pues está demostrado que, en este caso particular, la decisión de terminación unilateral se fundamentó en los hallazgos que se identificaron en el referido Informe y que estaban especificados en el Anexo 1, en el que constan las fichas individuales de cada poste, con su ubicación precisa (municipio, barrio, latitud y longitud) y el detalle sobre el estado en el que se encontraban, soportado en los registros fotográficos respectivos. Sin embargo, a pesar de las solicitudes formuladas por UFINET, la Convocante guardó silencio injustificado, fue renuente a entregar el Informe y nunca suministró esos soportes, por lo que la “socialización” que tuvo lugar el 24 de febrero de 2021 y lo expuesto en la comunicación de 9 de marzo de 2021 pueden calificarse como una imputación genérica o abstracta del incumplimiento, por las particularidades antes mencionadas. Además, se trata de una conducta contraria a la buena fe, pues no existe motivo que justificara privar a UFINET de tener acceso al mencionado documento, más aún cuando su comportamiento fue calificado como un incumplimiento “grave” y “delicado”, y se afirmó que hubo un “abandono del contrato”.

4.3.3.2. La ausencia de un plazo razonable para la subsanación

244. Por otra parte, es claro que tampoco se le concedió a UFINET un plazo razonable para la subsanación de su presunto incumplimiento, sin que esté acreditado que hubiera existido alguna circunstancia excepcional que justificara prescindir de ese requisito contractual.

245. En primer lugar, destaca el Tribunal que la posición de AIR-E sobre el particular ha sido contradictoria, pues en la carta de terminación de 9 de marzo de 2021 y en la demanda inicial sostuvo que era improcedente otorgarle a UFINET un plazo para la subsanación de los incumplimientos que le atribuyó. Sin embargo, posteriormente, en la reforma de la demanda principal afirmó que, antes del 24 de febrero de 2021, UFINET ya debía conocer los supuestos incumplimientos y, por lo tanto, debía haber adoptado medidas de corrección en esa misma oportunidad, o, a más tardar, antes del 9 de marzo de 2021.

246. En efecto, en la comunicación de esta última fecha, que fue citada *in extenso* anteriormente, AIR-E manifestó lo siguiente:

*“Es claro que la posición de UFINET de abandonar la ejecución del Contrato, hacen (sic) **inviabile otorgarle un plazo para que proceda a subsanar los graves, reiterados y múltiples incumplimientos.** (...).*

"Los incumplimientos son de tal magnitud que requieren que el operador de red como propietario y responsable de la reposición y mantenimiento de la infraestructura eléctrica asuma directamente la administración para permitir el acceso a las empresas de telecomunicaciones. De esta manera, reiteramos que **otorgar un plazo para que UFINET adelante un plan de acción constituiría un acto de negligencia de parte de AIR-E** y de su administración, pues es más que evidente que UFINET no está en condiciones de cumplir con el Contrato.

"(...)

"El cúmulo de incumplimientos anotados, su recurrencia, la sensibilidad que representan por su peligro o riesgo potencial o inminente y exteriorización a bienes esenciales y constitucionalmente protegidos, hacen insubsanables sus incumplimientos y, por ende, **no resulta procedente otorgar ningún plazo para su remedio**" (se destaca).

247. Es claro que, de manera reiterada, en la misiva de 9 de marzo de 2021 se señaló que no había lugar a concederle a UFINET un plazo para que corrigiera las deficiencias advertidas en la ejecución del Contrato. Igualmente, del comportamiento previo a la remisión de la carta mencionada se desprende que AIR-E no tenía intención de conceder un plazo para la subsanación, pues en la reunión del Comité Operativo de 24 de febrero de 2021 se le anunció a UFINET la decisión que la Convocante había adoptado en el sentido de dar por terminado el Contrato. Al respecto, la testigo Claudia Moreno declaró lo siguiente:

"TESTIGO CLAUDIA MORENO: (...) En esa reunión, yo le dije: 'pero, ven acá, o sea aquí hay un tema, ustedes hablan de unos incumplimientos técnicos y nosotros tenemos unos planes que estamos ejecutando y que me gustaría mostrárselo para que sea de conocimiento de ustedes', precisamente la reunión yo la había citado y la había pedido, porque la pidió fue UFINET, o sea, UFINET fue quien pidió la reunión de ese primer comité operativo, interesado en salir a flote de estos aspectos técnicos (...). Entonces les expliqué: 'denme la oportunidad para explicarle todo esto, la problemática que hemos tenido para poder llevar a ejecución nuestras acciones en campo', y **me dijeron que no, que la verdad no había ninguna opción, que realmente el incumplimiento era gravísimo, que era de alto riesgo para los usuarios, y que no podían darnos la oportunidad de emprender unos planes de acción para**

poder mitigar los riesgos que ellos habían identificado en estas muestras que nos habían enseñado en esa reunión”⁸⁶ (se destaca).

248. En la misma línea, la testigo Cinthya Arlet Ferrer, gerente de auditoría de AIR-E para la época de los hechos, señaló:

*“TESTIGO CINTHYA FERRER: Una vez se cierra la presentación del informe, las personas delegadas por UFINET hacen una manifestación frente al informe y particularmente ellos consintieron en la existencia de esos hallazgos a nivel técnico. ¿Por qué asumo yo que consintieron? Porque ellos **nos hablaron de que tenían unos planes de acción en un horizonte de seis meses, donde habían definido que iban a intervenir este tipo de situaciones y que estaban gestionando con la gerencia de UFINET los recursos para la ejecución de ese plan de acción.** (...) Luego de que interviene UFINET, se hace una intervención desde el área de servicios jurídicos de la compañía, donde **básicamente le comunican a UFINET que ante la gravedad de los hechos presentados o revelados en el informe de auditoría, se consideraba la terminación del contrato**”⁸⁷ (se destaca).*

249. Igualmente, Santiago Posso Marmolejo, director de gestión de red de AIR-E y quien participó en la reunión del Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, manifestó lo siguiente:

*“TESTIGO SANTIAGO POSSO: (...) como un punto de esa reunión, si no fue el primero o el segundo, íbamos a hablar de aspectos generales del contrato, y precisamente ahí fue donde se presentó el informe de la auditoría. (...) Una vez se termina de presentar el informe, **recuerdo vagamente que Claudia dijo que no, que ellos estaban viendo cómo aprovisionar unos recursos para entrar a hacer los correctivos** (...). Finalmente, pues yo dije ‘igual eso no lo van a arreglar en un día, ni en meses, eso va para años’, de hecho nosotros no hemos podido arreglar el problema que hay ahora en este momento con eso, eso va a tocar seguir invirtiéndole. Entonces, **ya ahí si mal no recuerdo fue de parte del área jurídica donde se dijo ‘no, el contrato ya no va más, son demasiados los daños’** (...). **Ahí se le da a UFINET la terminación del contrato, o se le dice,***

⁸⁶ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir del minuto 13:34.

⁸⁷ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 11_Audiencia 07 de septiembre de 2022. A partir del minuto 36:37.

*no sé si es la forma jurídica de hacerlo, pues no sé si realmente después se envió oficio o no (...)*⁸⁸ (se destaca).

250. Por último, el testigo Jorge Leonardo Ditta, quien participó en la elaboración del Informe de Auditoría y asistió al Comité Operativo de 24 de febrero de 2021, afirmó lo siguiente:

*“TESTIGO JORGE DITTA: (...) Después de esto, interviene el equipo jurídico de AIR-E y lo que dicen es que el contrato lo van a finalizar. (...) El equipo jurídico interviene e indica que el contrato se va a finalizar de manera unilateral”*⁸⁹.

251. Los cuatro testigos cuyas declaraciones fueron anteriormente citadas coinciden en señalar: (i) que en el Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, el equipo jurídico de AIR-E le informó a UFINET que la compañía había optado por terminar unilateralmente el Contrato; y (ii) que, aunque la representante de UFINET en el Comité Operativo, esto es, la señora Claudia Moreno, anunció que contaban con un plan de acción para intervenir la red, AIR-E descartó toda posibilidad de subsanación porque consideró que los incumplimientos que le atribuyó a la Convocada no podían ser corregidos por ella. Lo anterior es indicativo, entonces, de que no existía voluntad alguna de AIR-E de concederle un plazo razonable a UFINET para que adoptara medidas en relación con los hallazgos del Informe de Auditoría Interna.

252. Igualmente, se observa también que, antes de la reunión del 24 de febrero de 2021, AIR-E suscribió el Contrato No. C00752021 con la compañía CIVEL S.A., que tenía por objeto el *“desarrollo de actividades para identificación, inspección para la incorporación de usuarios no clientes, levantamiento de información de aforos de alumbrado público, cableoperadores, telemáticos, conectados de manera ilegal a las redes de distribución de energía en media y baja tensión, en los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena”*⁹⁰. Este acuerdo se celebró el 19 de febrero de 2021 y es demostrativo, en conjunto con las demás pruebas a las que se ha hecho referencia, de que AIR-E ya había adoptado la decisión de terminación del Contrato y no tenía interés en concederle un plazo de subsanación a UFINET, pues había optado por realizar las gestiones correspondientes con el concurso de un contratista.

⁸⁸ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 12_Audiencia 07 de septiembre de 2022. A partir del minuto 34:00.

⁸⁹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 de agosto de 2022. A partir del minuto 57:00.

⁹⁰ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 4_ Reforma de la demanda. AIR-E_13122021. PRUEBAS. 7.1.10 Contrato C00752021 suscrito entre AIR-E S.A.S E.S.P y CIVEL S.A.S., del 19 de febrero de 2021.

253. Aunado a lo anterior, en la demanda principal inicial AIR-E afirmó lo siguiente:

*“VGIÉSIMO NOVENO. Si bien el contrato TELECORP 04.01 estableció en la cláusula décimo quinta que para la resolución del contrato debía previamente establecerse un plazo razonable a fin de subsanar los incumplimientos contractuales, se examinó cuidadosamente que **cualquier término resultaría inocuo para atender la multiplicidad de incumplimientos evidenciados**, en tanto, la protección y amparo a derechos fundamentales no dan espera, imponiendo la necesidad de acciones urgentes y concretas, entre ellas, finiquitar un contrato que durante un tiempo considerable de ejecución no logró ser atendido por el ente demandado reflejando profunda desidia y falta de interés por cumplir lo pactado”* (se destaca).

254. El hecho antes transcrito no fue reproducido en la reforma de la demanda principal, en la que AIR-E planteó una tesis contraria que se recoge en los siguientes hechos, principalmente:

*“55. En este contexto, se destaca que UFINET **debió adoptar inmediatamente, a más tardar cuando ocurrió la reunión del 24 de febrero de 2021** -considerando que previo a esta fecha ya tenía que haber conocido de sus propios incumplimientos, acciones inmediatas para subsanar sus incumplimientos, de acuerdo con la cláusula decimoquinta del Contrato. No obstante, ello no sucedió, lo cual denota que la intención de UFINET no era la de subsanar los incumplimientos.*

*“56. **Luego de transcurrido un plazo razonable** y ante la inactividad de UFINET (...), y ante el inminente peligro que suponían los graves incumplimientos encontrados (...), mi representada se vio en la obligación de comunicarle formalmente la terminación del Contrato a UFINET, mediante oficio del 9 de marzo de 2021”* (se destaca).

255. De lo manifestado en la reforma de la demanda se colige que AIR-E cambió su tesis inicial para plantear que sí le otorgó un plazo razonable a UFINET para que subsanara el incumplimiento que le atribuye, que correspondería: (i) al mismo 24 de febrero de 2021, pues con anterioridad a dicha fecha ya debía

conocer sus incumplimientos y debió haber adoptado acciones inmediatas; o (ii) al transcurrido entre el 24 de febrero de 2021 y el 9 de marzo del mismo año.

256. Sobre el particular, se observa lo siguiente: (i) para efectos del ejercicio de una facultad unilateral de terminación, el conocimiento previo que el deudor pueda tener de su incumplimiento no exime al acreedor de los deberes que le corresponden para el correcto ejercicio de dicha prerrogativa, lo que significa que, en todo caso, debe ponerle de presente al deudor expresamente cuáles son los incumplimientos que le imputa y es a partir de ese acto de comunicación que debe conceder un plazo para que, enterado de los reproches que se le formulan, proceda a rectificar la situación; y (ii) debido a la naturaleza de los hallazgos y de las actividades que se requerían —retiro de equipos y redes sin uso, y en el tensionado y re tensionado de cables, como lo manifiesta AIR-E en su demanda— un plazo de menos de un (1) día o, incluso, un plazo de trece (13) días calendario si se tiene en cuenta la distancia temporal entre la fecha del Comité Operativo y la de la comunicación formal de terminación, es evidentemente irrazonable, pues es insuficiente para desarrollar cualquier acción, más aún si se tiene en cuenta que UFINET no conocía el detalle ni la ubicación exacta de los 1.028 postes respecto de los que se identificaron hallazgos, pues no se le hizo entrega del Informe de Auditoría Interna con sus anexos, es decir, dadas las particularidades del caso, no se le hizo advertencia expresa del alegado incumplimiento. Así las cosas, para poder tomar medidas correctivas, el plazo que supuestamente se le habría concedido no puede considerarse razonable, tanto así que el testigo Santiago Posso, vinculado a AIR-E, reconoció que las medidas que debían adoptarse para subsanar los hallazgos requerían de varios meses, pues no podían arreglarse “*en un solo día*”⁹¹.

257. Por otra parte, tampoco se demostró que se hubiera configurado algún supuesto excepcional que justificara privar a UFINET de la posibilidad de corregir su presunto incumplimiento. En efecto, contrario a lo afirmado por AIR-E en la misiva del 9 de marzo de 2021, el Tribunal encuentra: (i) que los calificativos utilizados por AIR-E, en el sentido de que se trataría de incumplimientos reiterados e insubsanables, carecen de sustento, pues, como se analizará seguidamente, está acreditado que era el primer requerimiento por incumplimiento que, en veinte (20) años de ejecución contractual, se le formulaba a UFINET, además de que sí fue posible adoptar medidas de mitigación y corrección, para lo cual AIR-E contrató a terceros; (ii) que no existió un “*abandono*” del Contrato por parte de UFINET, toda vez que, dada la magnitud del alcance contractual, que comprendía más de 230.000 postes —o de 190.000 según otros documentos—, y múltiples actividades de

⁹¹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 12_Audiencia 07 de septiembre de 2022. A partir del minuto 34:00.

mantenimiento y de administración de contratos celebrados con terceros, y las manifestaciones de intención de UFINET de proceder a la subsanación (quien incluso había anunciado un plan que sería ejecutado en los próximos seis meses⁹²), no es posible considerar que los hallazgos implicaran una desatención absoluta de sus compromisos, más aún si se tiene en cuenta que UFINET había desarrollado un Modelo de Interventoría que tenía por objeto “asegurar el cumplimiento de normas y procedimientos técnicos vigentes ante el uso de la infraestructura eléctrica por parte de Operadores de Telecomunicaciones”⁹³; y (iii), que, teniendo en cuenta todo lo anterior, no se trató de hechos constitutivos de incumplimientos que objetivamente justificaran privar a UFINET del derecho a la subsanación y hacer efectiva, de manera inmediata, la terminación.

258. En primer lugar, no está probado que los incumplimientos que la Convocante le imputa a UFINET hayan sido “reiterados”, pues además de que no aportó prueba alguna que dé cuenta de requerimientos previos por incumplimientos contractuales o regulatorios durante los veinte (20) años de ejecución del Contrato, la testigo Claudia Moreno señaló lo siguiente:

“APODERADO UFINET: ¿Usted recuerda si alguna vez Electricaribe le llamó la atención o le envió algún tipo de requerimiento a UFINET por incumplir el contrato al generar riesgos eléctricos o poner en riesgo la vida de las personas?

“TESTIGO CLAUDIA MORENO: No, no lo recibí”⁹⁴.

259. En el mismo sentido, la testigo Tatiana Rubio, directora del área legal de UFINET y vinculada a dicha compañía desde el año 2017, expresó lo siguiente

“DR. SOLARTE: (...) en esos tres años, ¿ustedes tuvieron algún tipo de reclamación o requerimiento por parte de Electricaribe sobre el uso de la red compartida?

“TESTIGO TATIANA RUBIO: El área legal no, no hemos tenido conocimiento. Hago precisión del área legal porque en la gerencia de infraestructura, por la naturaleza de los asuntos que generalmente está ligada a temas de contratación, esa área tenía una abogada

⁹² Sobre las alternativas propuestas por UFINET en el Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, se encuentran las declaraciones de Claudia Moreno Lajud, Cinthya Arlet Ferrer y Santiago Posso.

⁹³ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS_12_DICTÁMENES DE CONTRADICCIÓN. 01_DICTÁMENES DE CONTRADICCIÓN Ufinet_20220802. Anexos Contradictámenes Ufinet. 1 Contra-Dictamen 1. 16 Anexo 16 – Proceso de Interventoría.

⁹⁴ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir de del minuto 1:31:33.

adscrita 100% y de uso exclusivo para el área. Ella no dependía de mi área, sino directamente del área de infraestructura. Lo que superara el manejo legal de esa abogada era escalado a mi área legal. En mi área legal nunca tuvimos conocimiento de una reclamación de Electricaribe, desde que yo estoy acá, por parte de Electricaribe”⁹⁵.

260. Por su parte, Adriana Milena Ojeda Moreno, quien precisamente se desempeñó como abogada del área de infraestructura de UFINET desde el año 2017 hasta el año 2022, declaró lo siguiente:

“DOCTOR SOLARTE: ¿Qué conocimiento tuvo usted, en ese periodo que trabajó con UFINET a partir del año 2017, sobre los contratos de compartición de infraestructura de energía entre, en su momento, Electricaribe, luego AIR-E, y UFINET? Cuéntenos el conocimiento que usted tiene sobre la ejecución de ese contrato, las dificultades que se hayan presentado, los problemas que se hubieran presentado con terceros respecto de la utilización eventualmente inadecuada de esa infraestructura. Cuéntenos qué le consta a usted sobre esos hechos.

*“TESTIGO ADRIANA MILENA OJEDA: (...) una de mis funciones precisamente era revisar y avalar los contratos de uso de infraestructura con PRST. Los mismos se derivaban del contrato de usufructo suscrito entre UFINET y Electricaribe. La ejecución del contrato de usufructo como tal se hizo bajo términos normales, o sea, **nunca conocí de inconvenientes o reclamaciones del contrato de usufructo como tal por parte de Electricaribe.** (...). Desde ese punto de vista, el de la ejecución o del desarrollo del contrato como tal de usufructo, **no tuvo ningún tipo de reclamación**, o sea, fue en términos normales. (...)”⁹⁶ (se destaca).*

261. Asimismo, no está acreditado que UFINET careciera de la capacidad para corregir los presuntos incumplimientos, pues, además de que se trata de un profesional en este campo específico de actividad, era el empresario que por más de veinte (20) años se había dedicado a operar la red de telecomunicaciones que funciona sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E, por lo que era quien se encontraba en una mejor posición para proceder a realizar los ajustes o correcciones que se derivaban de los hallazgos.

⁹⁵ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 15_Audiencia 15 de septiembre de 2022. A partir de del minuto 37:00.

⁹⁶ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 16_Audiencia 20 de septiembre de 2022. A partir del minuto 13:36.

262. En similar sentido, tampoco se demostró que las circunstancias que supuestamente eran constitutivas de un incumplimiento fueran insubsanables ni que la urgencia de las medidas ameritara separar inmediatamente a UFINET del Contrato. Por el contrario, se probó que AIR-E pudo celebrar contratos con terceros para intervenir las redes y algunos de ellos se suscribieron incluso seis (6) meses después de la comunicación de terminación. En efecto, los Contratos No. C02722021, suscrito entre AIR-E y FSCR INGENIERÍA⁹⁷, y No. C02732021, suscrito entre AIR-E y BRP INGENIEROS S.A.S.⁹⁸, se celebraron el 31 de agosto de 2021. Además, ambos tenían prevista una duración inicial de doce (12) meses, lo que es indicativo del tiempo que toma la ejecución de las labores y demás medidas que debían adoptarse.

263. De lo anterior se desprende, entonces, que sí era posible adelantar actividades para corregir las circunstancias identificadas en el Informe de Auditoría Interna, por lo que no se trataba de un incumplimiento que, por su naturaleza, no fuera susceptible de rectificación. Igualmente, como se señaló, transcurrieron varios meses entre la fecha en la que se le remitió a UFINET la comunicación de terminación y aquella en la que se celebraron dos (2) de los tres (3) contratos que, según la Convocante, tenían por objeto intervenir la red para solucionar las deficiencias que se encontraron en la auditoría interna. Esto significa que, para AIR-E, los hallazgos identificados en el Informe de Auditoría Interna y sus consecuencias no eran de tal entidad o urgencia que la apremiaran a actuar inmediatamente. Lo anterior, sin que el Tribunal desconozca que el 19 de febrero de 2021 ya se había celebrado el contrato No. C00752021 para el *“desarrollo de actividades para identificación, inspección para la incorporación de usuarios no clientes”*, previamente referenciado, que en todo caso no desvirtúa la conclusión expuesta en el sentido de que no existían razones de urgencia que objetivamente justificaran privar a la Convocada de su derecho a la subsanación. Esto, toda vez que el objeto del referido acuerdo era adelantar labores de legalización de redes, lo que tiene como propósito principal permitir que el propietario de la infraestructura obtenga la remuneración que le correspondería por el uso que terceros hacen de ella. Así las cosas, la desatención de los compromisos relativos a la legalización del uso de las redes por parte de terceros no corresponde a un incumplimiento que, por su naturaleza y efectos, ameritara medidas de urgencia que justificaran prescindir del derecho a la subsanación de UFINET.

⁹⁷ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 4_ Reforma de la demanda. AIR-E_13122021. PRUEBAS. 7.1.8. Contrato C02722021 suscrito entre AIR-E S.A.S E.S.P y FSCR INGENIERIA S.A.S., del 31 de agosto de 2021.

⁹⁸ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 4_ Reforma de la demanda. AIR-E_13122021. PRUEBAS. Contrato C02732021 suscrito entre AIR-E S.A.S. E.S.P y BRP INGENIEROS S.A.S., del 31 de agosto de 2021.

264. Por último, conviene precisar que el accidente fatal que ocurrió el 9 de marzo de 2021, en el que un motociclista lamentablemente perdió la vida, tuvo lugar en la misma fecha en la que se remitió la comunicación de terminación, por lo que resulta evidente que esa circunstancia particular, que sin duda es desafortunada y deplorable, no fue en realidad un motivo de la determinación que adoptó AIR-E.

265. Lo expuesto anteriormente es indicativo, además, de que AIR-E actuó en contravía de los postulados de la buena fe contractual, pues no tomó en consideración los intereses de su contraparte y de manera injustificada se negó a colaborar con UFINET en la búsqueda de una solución conjunta, teniendo en cuenta la antigüedad de la permanencia de UFINET en la ejecución del Contrato, la ausencia de requerimientos previos por incumplimiento, la posible afectación de los intereses de terceros (*v. gr.* los PRST y Redes de Telecomunicaciones) y la magnitud del alcance contractual, entre otros aspectos.

4.4. Conclusión

266. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que las pretensiones "*PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL*", "*Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal*", "*Tercera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal*", "*Primera pretensión del primer grupo de subsidiarias*" y "*PRIMERA PRETENSIÓN DEL SEGUNDO GRUPO DE SUBSIDIARIAS*" de la demanda principal reformada, no están llamadas a prosperar y así lo declarará. Lo anterior, por cuanto está acreditado que, en el ejercicio de la facultad unilateral de terminación, AIR-E contravino lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y se apartó injustificadamente de los parámetros de comportamiento que le imponía el principio de la buena fe. En concreto, se demostró que: (i) no se hizo advertencia expresa y completa de los presuntos incumplimientos a UFINET, quien solo hasta la presentación de la demanda arbitral pudo conocer en su integridad el Informe de Auditoría Interna y sus anexos, documentos estos en los que AIR-E fundamentó la decisión de terminación; y (ii) tampoco se le concedió a UFINET un plazo razonable para subsanar su eventual incumplimiento, sin que existiera un motivo que objetivamente autorizara a AIR-E para privar a UFINET de ese derecho contractualmente establecido.

267. En consecuencia, se declarará probada la excepción de mérito formulada por UFINET, denominada "*A. La terminación del Contrato no produjo efectos*", pues, de conformidad con lo solicitado por UFINET, el efecto extintivo de la terminación unilateral no se materializó.

268. Igualmente, por las razones expuestas se declarará la prosperidad de la "Primera pretensión principal" de la demanda de reconvencción reformada.

5. LOS INCUMPLIMIENTOS QUE AIR-E LE ATRIBUYE A UFINET Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ESTA ÚLTIMA

269. Como se explicó anteriormente, la Convocante presentó diez Pretensiones Principales, nueve de las cuales están relacionadas con supuestos incumplimientos de la Convocada, dentro de las que están incluidas cuatro pretensiones consecuenciales de la Séptima Pretensión Principal. Además de las anteriores, la Convocante presentó dos grupos de Pretensiones Subsidiarias, el primero de los cuales contiene peticiones que son muy similares a las Principales, salvo en un punto, en el que la Convocante solicita al Tribunal resolver o declarar resuelto el Contrato, mientras el segundo grupo busca fundamentalmente que se declare que el Contrato suscrito entre las Partes es nulo de nulidad absoluta, por objeto ilícito.

270. En este aparte del Laudo, el Tribunal analizará las Pretensiones Principales Segunda a Novena en el orden en que fueron presentadas por la Convocante. Empero, antes de proceder, el Tribunal pone de presente que, aunque las Pretensiones Principales son diferentes entre sí y se basan en distintos apartes del Contrato, una parte de los hechos que se alegan para sustentarlas, así como buena parte de las pruebas aportadas para demostrar su dicho, son similares y se entremezclan entre unos y otras, de manera tal que varias pretensiones se basan en casi los mismos hechos, pruebas y argumentos. Esto ocurre, en particular, en el caso de las pretensiones Segunda Principal y Cuarta Principal, así como en los casos de las pretensiones Tercera Principal y Quinta Principal, que son muy similares y están íntimamente relacionadas.

271. Antes de entrar en el análisis de las pretensiones específicas, el Tribunal considera necesario hacer referencia a diversos temas comunes a todas ellas, que serán de gran relevancia para el análisis de la mayoría de las pretensiones presentadas por AIR-E.

5.1. Consideraciones Iniciales

5.1.1. Marco de Referencia

272. La jurisprudencia y la doctrina sobre derecho de obligaciones han determinado que, en estricto sentido, se presenta un incumplimiento cuando

quiera que hay una desatención de cualquier prestación a cargo del deudor que, adicionalmente, trae como consecuencia la insatisfacción del acreedor.

273. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

*"Es decir, es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor"*⁹⁹.

274. Para la Corte, es claro que para que exista un incumplimiento contractual deben presentarse dos elementos simultáneos: (i) inobservancia de un deber de prestación a cargo del deudor y (ii) insatisfacción del interés del acreedor. Fernando Hinestrosa lo explicó de la siguiente manera:

*"De ahí surgen los conceptos y las realidades de cumplimiento y de incumplimiento: el primero, ya se dijo, consistente en la conducta conforme a derecho; el segundo, en la inversa: la conducta contraria a derecho, la insatisfacción del acreedor por hecho o culpa del deudor o por acontecimiento extraño o propio aunque no culposo, más sí asumido por el deudor dentro de sus riesgos, ya por mandamiento legal, ya por estipulación negocial"*¹⁰⁰.

275. Ahora bien, de la jurisprudencia y de la doctrina se desprende claramente que para que un juez pueda determinar que se ha presentado un incumplimiento por parte del deudor, es necesario que aquél tenga claridad sobre el contenido y alcance de la prestación a cargo de la parte obligada, esto es, a qué realmente se obligó el deudor pues, de no ser así, no podría establecerse con claridad si existió o no un incumplimiento. Adicionalmente, para poder afirmar que se presentó un incumplimiento, el juez debe tener también certeza sobre los hechos en los que se fundamentaría esa afirmación, claridad sobre el incumplimiento mismo y convencimiento de que dicho incumplimiento obedeció a una acción u omisión del deudor.

276. Sobre el particular, la jurisprudencia ha reconocido que no siempre es fácil determinar cuándo se presenta un incumplimiento, en la medida en que con frecuencia las estipulaciones de los contratos no son precisas, ni contienen todos

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre 2009. Exp. No. 1996-09616.

¹⁰⁰ Hinestrosa, Fernando. *Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones*. Revista de Derecho Privado. No. 36 (diciembre de 2018). Universidad Externado de Colombia.

los elementos suficientes para que el juez pueda determinar cuándo hay cumplimiento y cuándo no lo hay. Más aún si se trata de contratos atípicos, como el que nos ocupa, caso en el cual, si existen estipulaciones ambiguas, el juez deberá recurrir a fuentes supletorias para la interpretación de las mismas. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

"Los contratos atípicos o innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y la libertad contractual de las partes, por fuera de modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para ellas en los términos del artículo 1602 del Código Civil.

*"Precisamente ante la falta de regulación legal, cuando se presenten controversias la interpretación de los contratos de esta naturaleza puede generar perplejidades que deban ser resueltas por vía jurisdiccional. Al respecto, por la preponderancia de la autonomía negocial, **es evidente que la primera fuente de interpretación se halla en las estipulaciones convencionales, no obstante, si estas lucen contradictorias o ambiguas, es preciso acudir a fuentes supletorias (...)**" (se destaca)¹⁰¹.*

277. Consecuencia necesaria de lo anterior es que, cuando existe esa falta de claridad o certeza sobre el alcance de una o varias de las obligaciones pactadas, sea deber del juez interpretar el sentido de las prestaciones contempladas en el contrato con el objeto de desentrañar su contenido y alcance.

278. Para esta labor, el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado criterios de gran utilidad para que el intérprete pueda comprender el sentido de las estipulaciones de un contrato. Así lo resumió Armando Celis Vega:

"Los artículos 1618 a 1624 c.c., el artículo 822 c.co. y el artículo 34 de la Ley 1480 de 2011 regulan la interpretación del negocio jurídico. A partir de tales disposiciones, en la jurisprudencia ordinaria se han identificado siete reglas de interpretación contractual. El aspecto principal de la interpretación del negocio jurídico sería la intención común de los contratantes, cuyo punto de partida es el clausulado del contrato. La intención determina tanto el presupuesto como el fin de la interpretación contractual y se establecería a partir de los siguientes

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de junio de 2021. Exp No. 11001310300120170021301. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

*criterios auxiliares: 1) limitación del pacto a su materia, 2) interpretación efectiva y útil, 3) interpretación según la naturaleza del contrato, 4) interpretación sistemática, 5) interpretación por aplicación práctica, 6) interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y contra el estipulante y 7) interpretación pro consumatore. Si una cláusula admite múltiples interpretaciones, la elección interpretativa hecha en las instancias judiciales constituiría el significado del negocio jurídico salvo que fuese arbitraria*¹⁰².

279. En línea con lo anterior, la doctrina ha sostenido que la aplicación de las reglas de interpretación de contratos consagradas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil no son discrecionales de los jueces sino, por el contrario, son de obligatoria aplicación por parte de estos. Al respecto se ha sostenido lo siguiente:

"Las reglas sobre interpretación de los contratos a que se refieren los artículos 1618 a 1624 del Código, son normas sustantivas de ineludible aplicación por los jueces y tribunales del país. En un tiempo se pensó que los artículos 1618 y 1624 del Código Civil sobre interpretación de los contratos eran meros consejos dados al juez, que bien podía este aplicar o abstenerse de aplicar. A partir del año 1891 había dicho la Corte Suprema de Justicia que los tribunales del país eran soberanos en 'la interpretación de los contratos, de tal suerte que la Corte solo puede variar la sentencia objeto del recurso en el caso de que esta contenga errores de derecho o de hecho, siempre que este último resulte evidente en los autos'.

"Especialmente en una sentencia de 1955, se dijo que las reglas de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil no son sino simples reglas dadas a los jueces en materia de la interpretación de contratos, cuya inobservancia no puede dar lugar a recurso de casación. En resumen: las reglas que contienen los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, se consideran como orientaciones que la ley daba al juez, cuando se trataba de interpretar los contratos; no consagraban ningún derecho, y por lo tanto su infracción, suponiendo que existió, no daba lugar al recurso de casación y este tampoco podía prosperar cuando se alegue infracción directa o indebida aplicación de las normas sustantivas contenidas en los artículos citados por el recurrente (1618-1624).

¹⁰² Celis Vela, Dúber Armando. *La naturaleza de las reglas para la interpretación de los contratos. Análisis sobre su alcance conceptual en la atribución de significado a cláusulas contractuales.* Revista de derecho Privado. No. 44. Universidad Externado de Colombia. Págs. 117-141.

*"Pero a partir de la sentencia de la Corte Suprema de 23 de febrero de 1961, se cambió de criterio al sostenerse que los preceptos de interpretación de los contratos son normas de observancia obligatoria. **'la ley no da consejos, sino que establece normas de conducta, bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarlas'**. 'No son simples normas formales, sino preceptos que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de estas'. 'De aquí que, en punto de interpretación contractual puede ocurrir la infracción de la ley sustancial como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que se comenten en la apreciación de las pruebas'" (se destaca)¹⁰³.*

280. En esa misma línea, la jurisprudencia ha resaltado que el fin último de la labor interpretativa del juez al analizar el alcance de un contrato es el de determinar cuál fue la verdadera intención de las partes al celebrarlo, intención que, como lo establece el Código Civil, prima aún sobre la literalidad de las palabras:

"Por eso la Corte, en jurisprudencia reiterada, ha resaltado que 'Si la misión del intérprete (...) es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas' (cas. civ. 14 de agosto de 2000, exp. 5577). De allí que 'la operación interpretativa del contrato parta necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él'"¹⁰⁴.

281. Ahora bien, aunque el Código Civil consagra varios criterios de interpretación de los contratos en los artículos 1618 a 1622 mencionados, el Tribunal considera que, para efectos del presente caso, resultan pertinentes los artículos 1618 y 1622, que establecen:

¹⁰³ Valencia Zea, Arturo y Ortíz Monsalve Álvaro. *Derecho Civil, Tomo III, "De las obligaciones"*. Décima Edición. Editorial Temis S.A.. Bogotá (2015). Pág. 165.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2005. Exp. No. 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

"Artículo 1618. Conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

"Artículo 1622. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

"Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

"O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte" (se destaca).

282. En el mismo sentido, en materia arbitral se ha sostenido que, para evidenciar la intención de las partes, resulta relevante analizar las actuaciones previas de las mismas:

"En conclusión, el criterio de interpretación auténtica es la regla subjetiva de interpretación por excelencia y es prevalente frente a otros criterios.

"Cómo se determina la voluntad de los contratantes según el criterio de interpretación auténtica? Para determinar la voluntad de las partes, es preciso evaluar sus acciones previas durante toda la relación contractual: tanto sus manifestaciones y aquiescencias (interpretación expresa) como sus conductas (interpretación tácita).

"Toda acción ejecutada dentro del marco contractual puede convertirse en hito para determinar la voluntad de las partes excepto si se demuestra que corresponde a una falsa apreciación, a una inadvertencia de un contratante o a un cumplimiento imperfecto del contrato" (se destaca)¹⁰⁵.

283. A partir de lo señalado en los párrafos anteriores, el Tribunal considera necesario realizar algunas consideraciones sobre la intención de las partes y la aplicación práctica de Contrato con respecto a las prestaciones que surgieron de él.

¹⁰⁵ Tribunal Arbitral de INTEGRA DE COLOMBIA S.A.S. Y OTROS v. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI. Laudo de 29 de marzo de 2019. Árbitros: Jorge Enrique Ibáñez, Miguel Hernando González y Jesús María Carrillo.

5.1.2. Algunos elementos relevantes de la relación contractual con incidencia en las Pretensiones objeto de estudio

5.1.2.1. La voluntad de las partes y la aplicación práctica del Contrato

284. Como se verá más adelante, en el caso presente las Partes celebraron un contrato cuyas estipulaciones literales en las materias a las que se refiere la controversia parecerían *prima facie* ser claras; sin embargo, al revisarlas con detenimiento el Tribunal observa que algunas no lo son tanto, pues resultan ambiguas a la hora de determinar su alcance. Aunque sus textos son fáciles de leer, de esa simple lectura no se desprende con claridad cuál es el contenido material y el alcance obligacional de algunos de los compromisos pactados, ni cuál sería la manera de ejecutar las obligaciones o de cumplir con los estándares necesarios para satisfacer los intereses de las Partes y de todos los interesados en el Contrato, incluyendo las autoridades que velan por la debida prestación de los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones. La situación anterior lleva a que, para entender dicho contenido y alcance, sea indispensable interpretar su texto recurriendo a la intención de los contratantes al celebrar el Contrato, o al sentido que se deriva de la aplicación práctica que ellos han hecho de las cláusulas durante su ejecución.

285. Empero, lo anterior no es fácil en la medida en que el Contrato ha tenido dos contratantes diferentes, uno de ellos Electricaribe, quien ostentó tal calidad desde 2001 hasta 2020, y otro de ellos AIR-E, quien adquirió esa calidad a partir de año 2020 y la sigue teniendo a la fecha; sin embargo, durante toda la ejecución del Contrato solo ha existido una contraparte contractual, que es UFINET.

286. De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, y que fueron destacadas en un acápite anterior del Laudo, la ejecución del Contrato se desarrolló durante sus primeros veinte años en forma pacífica, sin que se hubiera presentado controversia o conflicto alguno entre Electricaribe y UFINET. Aparentemente, una y otra compañía tenían clara cuál era su intención, expectativas para el cumplimiento y, además, tenían claro cómo debían entenderse y aplicarse las estipulaciones pactadas en el Contrato. Por ese motivo, el Tribunal considera que Electricaribe entendía que, al menos hasta el año 2020, UFINET estaba cumpliendo adecuadamente con sus obligaciones, pues entre ellas nunca se presentó controversia alguna sobre los temas que son materia del presente caso ni, particularmente, sobre si UFINET había actuado de manera poco diligente; sobre si estaba o no cumpliendo con las normas y reglamentos técnicos o con sus deberes de seguridad, mantenimiento,

reparación, reposición y mantenimiento preventivo, o sobre si existía una mala o buena administración del Contrato; o sobre si dicha sociedad estaba haciendo una buena labor de seguimiento, control y vigilancia por sobre los contratos celebrados con los cableoperadores. Más aún, no hubo controversia alguna sobre si UFINET estaba actuando de buena o mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones, ni sobre si ella estaba incumpliendo o no con sus deberes secundarios de comportamiento.

287. Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que, al menos hasta mediados del año 2020, las partes del Contrato tenían claras sus obligaciones, su sentido y alcance, y los estándares de cumplimiento de las mismas. Adicionalmente, de la aplicación práctica del convenio y de sus cláusulas se desprende que hasta ese mismo momento Electricaribe consideraba que no había existido incumplimiento alguno por parte del deudor, pues dicha empresa nunca presentó reclamación en ese sentido. A juicio del Tribunal esto implica, además, que entre las Partes había consenso sobre cuál era el estándar correcto para la ejecución del Contrato, estándar que no solo no implicaba desconocimiento de deber alguno a cargo de UFINET sino que, además, satisfacía los intereses de Electricaribe y de las autoridades.

288. Lo señalado en el párrafo precedente es de crucial importancia para entender el alcance de las obligaciones de las Partes. En efecto, es razonable considerar que desde antes de la cesión del Contrato se presentaban algunas de las situaciones sobre las que hoy reclama AIR-E, pues no es lógico suponer que tales defectos aparecieron súbitamente a partir de mediados de 2020, luego de que Electricaribe le cediera el Contrato. De hecho, la sociedad aquí Convocante sostuvo en el proceso que las situaciones que hoy cuestiona se presentaban con anterioridad. Así lo mencionó en sus alegatos de conclusión:

"Probado está que UFINET conocía de los graves deterioros de la infraestructura eléctrica que administraba en relación con redes de telecomunicaciones, desde mucho antes de la reunión del 24 de febrero de 2021. No fue sorpresivo entonces que AIR-E, en esta reunión, le comunicara a UFINET los incumplimientos que esta ya conocía, al punto que, como lo indicaron los testigos recién citados, Claudia Moreno manifestó que supuestamente tenían recursos apropiados para resolver las incidencias. (...)

"Como se expuso, es indudable que UFINET, desde hace años, conocía de las graves deficiencias en las que se encontraba la infraestructura que administraba, y cuyo uso por parte de terceros debía controlar"¹⁰⁶.

289. Sin embargo, para el Tribunal también es claro, en función de lo que se explicó en los párrafos precedentes, que UFINET entendía, y Electricaribe así lo aceptaba, que esas situaciones no implicaban un incumplimiento del Contrato, sino reflejaban un estándar de cumplimiento que las Partes consideraban adecuado.

290. En esas condiciones se desprende de la intención de las partes al suscribir el mencionado Contrato, así como de la aplicación práctica que ambas hicieron del mismo, que ninguna de ellas entendía el alcance de las obligaciones a cargo de UFINET en el sentido de que fuera indispensable que dicha empresa mantuviera todos los postes que integraban la red en condición perfecta en todos los sitios y durante todo el tiempo, o como si la obligación de UFINET fuera la de asegurar que en ningún momento hubiera operadores no autorizados conectados a la red, pues esa exigencia no la entendían razonable dada la complejidad del Contrato y su alcance, el hecho de que en su ejecución intervenían terceros que no estaban bajo su control, y las condiciones especiales de la región en la que se prestan los servicios de energía y telecomunicaciones materia de dicho Contrato.

Con base en lo anterior, el Tribunal considera que las Partes iniciales del Contrato, por la ejecución práctica que le dieron al mismo y por la naturaleza de la mayoría de las obligaciones que de él se derivaron, entendían que las obligaciones a cargo de UFINET eran, fundamentalmente, obligaciones de hacer y de medio (salvo la de aplicar la ley o la de pagar la contraprestación, por ejemplo), que buscaban fundamentalmente que el Contrato se ejecutara con diligencia, de una manera que se satisficieran los intereses involucrados y se cumpliera con el propósito asegurar la debida prestación de los servicios públicos de energía y telecomunicaciones. En esa línea, aunque este punto no es materia de controversia, el Tribunal entiende que las partes eran conscientes de que el servicio de telecomunicaciones es un servicio público, y que la ejecución contractual debía realizarse de manera tal que se garantizara la debida y continua prestación de los servicios de energía y telecomunicaciones en el área contratada, pues así lo establecían tanto el Contrato como la normatividad vigente aplicable a los acuerdos de compartición de infraestructura¹⁰⁷ y a las

¹⁰⁶ Página 83 y 84 de los Alegatos de Conclusión presentados por la Convocante.

¹⁰⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes contradicción Ufinet. Anexos Contradictámenes Ufinet. 1Contra-Dictamen 1- Dictamen Pericial. Anexo 14 - Correos electrónicos respaldo operativo.

empresas prestadoras de los servicios públicos de energía y de telecomunicaciones¹⁰⁸.

291. El Tribunal considera que las Partes iniciales del Contrato entendían que para lograr esos objetivos se debía procurar que toda la infraestructura cumpliera con los estándares apropiados; sin embargo, considera también que ambas partes entendían que ello no era siempre posible, pero que sí era necesario que la mayoría de los postes que integran la red estuvieran en buen estado y cumplieran adecuadamente con su función de garantizar la adecuada prestación del servicio y de satisfacer los intereses del acreedor. El Tribunal concluye, entonces, que, así vistas, las obligaciones de hacer a cargo de UFINET implicaban mantener la red en adecuado estado de funcionamiento, velar por la seguridad de la misma, mantenerla, administrarla y actuar de manera diligente y de buena fe.

5.1.2.2. Interpretación Integral

292. En este punto el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que el artículo 1621 del Código Civil establece que, en caso de que de una o algunas disposiciones contractuales puedan derivarse distintas interpretaciones, deberá escogerse aquella que esté más acorde con la naturaleza del contrato. Dispone el mencionado artículo:

¹⁰⁸ Ley 143 de 1994. "Artículo 6. Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico.

En virtud del principio de calidad, el servicio prestado debe cumplir los requisitos técnicos que se establezcan para él.

El principio de continuidad implica que el servicio se deberá prestar aun en casos de quiebra, liquidación, intervención, sustitución o terminación de contratos de las empresas responsables del mismo, sin interrupciones diferentes a las programadas por razones técnicas, fuerza mayor, caso fortuito, o por las sanciones impuestas al usuario por el incumplimiento de sus obligaciones" (se destaca).

Artículo 13 de la Ley 680 de 2001 "Artículo 13. **Con el fin de facilitar la prestación del servicio público de televisión**, las empresas o los propietarios de la infraestructura de los servicios públicos domiciliarios, deberán permitir el uso de su infraestructura correspondiente a postes y ductos siempre y cuando se tenga la disponibilidad correspondiente, sea técnicamente viable y exista previo acuerdo entre las partes sobre la contraprestación económica y condiciones de uso (...)" (Se destaca)

Artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el Artículo 7 de la ley 1978 de 2019: "Habilitación general: A partir de la vigencia de la presente Ley, la provisión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones, **que es un servicio público bajo la titularidad del Estado** se habilita de manera general (...)" (Se destaca)

El Parágrafo Cuarto del Artículo 10 de la Ley 1341, modificado por el Artículo 4 de la ley 2108 de 2021, establece que: "El acceso a internet **es un servicio público esencial**. Por tanto, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento o adecuación de las redes requerida para la operación de ese servicio público esencial, y **garantizarán la continua provisión del servicio** (...)" (se destaca).

"Artículo 1621. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (...)".

293. Pues bien, como lo explicó el Tribunal en un acápite anterior del presente Laudo, el Contrato es un acuerdo atípico, regido por el derecho privado y por las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio, pero al que le son aplicables también, y entre otras, las disposiciones de las leyes 143 de 1994, 680 de 2001, 1151 de 2007, 1341 de 2009, 1978 de 2019 y las Resoluciones CREG 144 de 2001, 60 de 2002, 71 de 2008, 63 de 2013, 140 de 2014 y CRC 4245 de 2013, 5283 de 2017 y 5890 de 2020 que regulan la compartición de infraestructura, todas las cuales imponen deberes y obligaciones a las partes, que buscan, principalmente, garantizar la provisión de servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones y asegurar su continuidad. De ahí que, al examinar el conjunto de estipulaciones consagradas en el Contrato, estas deben interpretarse de manera tal que se enmarquen en ese propósito y que garanticen no solamente el cumplimiento de los intereses de las Partes, sino también el cumplimiento de la finalidad de origen legal antes mencionada.

294. Para el Tribunal es claro que Electricaribe y UFINET estaban obligados, entre otras cosas, a cumplir con las disposiciones legales y con las regulaciones expedidas por la CREG y la CRC, y que Electricaribe, en su condición de prestadora de servicios públicos domiciliarios, estaba sometida al control de la Superintendencia de Servicios Públicos, y que ambas eran objeto de supervisión, una de la CREG y otra de la CRC, con miras a asegurar el cumplimiento de las finalidades del servicio antes anotadas. Eso hace suponer que si en algún momento tales autoridades hubieran tenido conocimiento de alguna irregularidad en la ejecución del Contrato que hubiera podido afectar la prestación de los servicios de energía o telecomunicaciones, así lo habrían manifestado o, posiblemente, habrían realizado algún tipo de investigación al respecto.¹⁰⁹

295. Sin embargo, todo indica que ello no ocurrió ni ha ocurrido a la fecha, pues en el expediente no obra prueba alguna en el sentido de que durante los

¹⁰⁹ El Tribunal es consciente de que Electricaribe fue intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos en el año 2016, con base en lo dispuesto en los numerales 1 y 7 del Artículo 59 de la Ley 142 de 1994, intervención que se fundamentó en la precaria situación económica de la empresa derivada de falencias en la prestación del servicio de energía eléctrica. La administración fue asumida por la mencionada Superintendencia. Empero, con base en la información pública disponible, se puede concluir que dicha intervención nada tuvo que ver con la compartición de la red eléctrica para la prestación de servicios de telecomunicaciones ni con el Contrato Telecorp 004.01 celebrado con UFINET. Prueba de ello es que el contrato continuó sin interrupción, y que años más tarde fue cedido a AIR-E.

primeros años de ejecución del Contrato, ni a la fecha, cualquiera de esas entidades hubiera cuestionado u objetado la manera como se venía cumpliendo el Contrato celebrado entre Electricaribe y UFINET. Como se verá más adelante, UFINET sostuvo en el proceso que nunca había recibido observación alguna de las autoridades relacionada con la ejecución del Contrato, aseveración que AIR-E no controvertió en el proceso.

296. El Tribunal considera importante precisar que, unos meses después de la cesión del Contrato, AIR-E pretendió dar por terminado el Contrato alegando unos supuestos incumplimientos por parte de UFINET, tal como fuera explicado por el Tribunal en un capítulo anterior del presente Laudo. Sin embargo, para el Tribunal es razonable inferir que AIR-E conocía de esas situaciones desde el momento en que empezó a actuar como cesionario del Contrato o, posiblemente, desde antes, cuando realizó los análisis que la llevaron a participar en la licitación que derivó en la compra de unos activos y en la cesión de unos contratos de Electricaribe, entre ellos el Contrato Telecorp 004.01. Empero, en el expediente no obra prueba alguna en el sentido de que AIR-E hubiera hecho alguna salvedad o reserva relacionada con el estado de cumplimiento del Contrato, lo que en concepto del Tribunal indica que ella aceptó recibir el Contrato en el estado de ejecución en el que se encontraba.

297. Con fundamento en lo señalado en los acápites anteriores de estas Consideraciones, el Tribunal concluye que la ejecución del Contrato se realizó hasta mediados del año 2020 de conformidad con la intención de las partes y con las normas aplicables. Adicionalmente, por la aplicación práctica del Contrato realizada por las partes iniciales, también hasta mediados de 2020 se puede colegir, por una parte, que el negocio jurídico se había ejecutado a satisfacción de la entidad propietaria de la infraestructura eléctrica y, por otra, que se había ejecutado también sin observación por parte de las autoridades que regulan y supervisan los temas a los que se refiere el Contrato. Finalmente, de ella se desprende también que ambas partes consideraban que la red de telecomunicaciones instalada por UFINET no había afectado la prestación de los servicios de telecomunicaciones o de energía eléctrica, pues no existe evidencia en el expediente al respecto.

298. En el análisis particular de las pretensiones se determinará, entre otros aspectos, qué consecuencias se derivan de lo señalado en los párrafos precedentes y cómo dichas circunstancias afecta el análisis sobre los incumplimientos alegados.

5.1.3. Carga de la Prueba

299. El artículo 167 del Código General del Proceso establece que: “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

300. La jurisprudencia ha analizado ampliamente la carga probatoria que recae en cabeza de las partes, sosteniendo, principalmente, que:

“(...) quien procure el reconocimiento de las pretensiones o de las excepciones que pudieran formularse, tendrá en su haber la carga de allegar al trámite el acervo probatorio con el cual pretenda soportar su reclamación, en los términos y condiciones que impone el ordenamiento adjetivo frente a los distintos medios suasivos (sic) que, según el asunto de que se trate, resulten necesarios e idóneos para ese propósito”¹¹⁰.

301. En particular, respecto de la carga de la prueba del incumplimiento cuando se demanda una responsabilidad contractual, debe señalarse que el análisis implica evaluar distintas circunstancias, pues dependerá, por una parte, del tipo de incumplimiento de que se trate —incumplimiento total, incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o simple retardo—, caso en el cual en algunos supuestos se tratará de afirmaciones o negaciones indefinidas que no requieren prueba y trasladan, por tanto, la carga de la prueba a la parte contraria, mientras que en los restantes casos la prueba del incumplimiento estará en cabeza del demandante; y, por la otra, que en algunos supuestos se tratará de obligaciones de medio y en otros de obligaciones de resultado, en cuyo caso la alegación de que el deudor no cumplió sus compromisos con la diligencia exigible deberá ser probada por el demandante, mientras que la no obtención del resultado esperado será igualmente una negación indefinida, con las consecuencias probatorias antes señaladas.

302. En un sentido general, la doctrina ha señalado lo siguiente al respecto:

“(...) la tesis del discernimiento entre las obligaciones de medio y obligaciones de resultado coloca la carga de la prueba de la responsabilidad, en las obligaciones de medio, en las espaldas del actor, y en las de resultado, en las del demandado”¹¹¹.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de mayo de 2019. Exp No. 11001-02-03-000-2018-01058-00. M.P. Margarita Cabello Blanco.

¹¹¹ Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel. *Responsabilidad Contractual*. Ed. Rubinzal (2007) Pág. 225.

303. Analizado el Contrato, el Tribunal considera que la mayor parte de las obligaciones que la Convocante estima incumplidas corresponde a obligaciones de medio, no de resultado, salvo la referente a la aplicación de las normas y de reglamentos técnicos vigentes. En consecuencia, como la Convocante en el proceso solicitó que se declare el incumplimiento de UFINET de algunas de sus obligaciones contractuales, era, en principio, su deber probar dicho incumplimiento, teniendo en cuenta los criterios a los que se ha hecho referencia anteriormente.

304. Para ese efecto AIR-E aportó testimonios y documentos, aunque concentró sus pruebas principalmente (i) en un Informe de Auditoría preparado por ella, para cuya elaboración la empresa revisó la situación de 1028 postes; (ii) en unos informes de intervenciones que relacionaron las obras de corrección de irregularidades que, según ella, se tuvieron que realizar en 8080 postes seleccionados también por ella o sus contratistas; y (iii) en dos (2) dictámenes periciales que analizaron, entre otras cosas, cuál era el alcance concreto de las obligaciones a cargo de UFINET, así como cuál era la dimensión de sus supuestos incumplimientos. Para tal efecto, los dictámenes periciales presentados por AIR-E realizaron unos análisis de cantidad y calidad sobre la red de telecomunicaciones a los que el Tribunal hará referencia más adelante.

5.2. Análisis específico de los incumplimientos que AIR-E le imputa a UFINET

305. A continuación, el Tribunal emprenderá el estudio de los distintos incumplimientos que la Convocante le atribuye a la Demandada, que sirve de fundamento a las pretensiones segunda a sexta de la demanda inicial reformada, tanto las que se proponen de manera principal, como las que se formulan subsidiariamente.

5.2.1. Segunda Pretensión Principal

306. En su segunda pretensión principal AIR-E solicita al Tribunal que "...declare que UFINET incumplió las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 04.01".

5.2.1.1. Los argumentos de la Convocante

307. La Convocante manifiesta en su escrito integrado de la Reforma de la Demanda que UFINET incumplió las normas y reglamentos técnicos de seguridad, esencialmente porque, de acuerdo con el denominado Informe de Auditoría y unos informes de intervenciones preparados por ella o por sus

asesores o contratistas, y dos dictámenes periciales elaborados por un perito independiente contratado por ella, es posible afirmar que:

"

- a) *La Disposición de la Red de Telecomunicaciones representa un riesgo a la seguridad de las personas.*
- b) *No se cumple con distancia (sic) de seguridad entre la Red de Telecomunicaciones y Red Eléctrica o superficies (calles, zonas peatonales, áreas sujetas a tráfico vehicular, entre otros.*
- c) *Se evidencian afectaciones mecánicas del poste/torre (perforaciones o sobreesfuerzo) producto de la Red de Comunicaciones.*
- d) *Sujeción inadecuada de Red de Telecomunicaciones o por medio de la Red Eléctrica.*
- e) *Instalación de Red de Telecomunicaciones (diferente a cables conductores) en postes/torres con transformadores de distribución y/o equipos de maniobra"¹¹²*

308. Más adelante, en la demanda inicial reformada la Convocante afirmó que:

"Dichos incumplimientos fueron valorados según su recurrencia y nivel de riesgo y se encuentran clasificados de la siguiente forma:

- a) *Instalación de reserva mayor a la permitida por poste/torre.*
- b) *Disposición incorrecta de la reserva (diámetro interno mayor a 50 cm y no distribuida a lado y lado del poste).*
- c) *Instalación de caja de empalme mayor a la permitida por poste/torre.*
- d) *No se evidencia identificación y/o identificación parcial de Red de Telecomunicaciones"¹¹³.*

309. Según la Convocante:

"La cantidad de eventos generadores de riesgo eléctrico identificados en las redes de telecomunicaciones instaladas y apoyadas en la infraestructura eléctrica reveló lo que son serios incumplimientos contractuales y regulatorios (Resolución 063 de 2013, 141 de 2014 y 5098 de 2020 expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 90708 expedida por el Ministerio de Minas) por parte de UFINET, representativos de una amenaza latente

¹¹² Página 18 de la demanda Integrada.

¹¹³ *Idídem.*

y peligro inminente establecida en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIIE), artículo 36, con incidencia de afectación a derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos como la vida de las personas, la vida animal o vegetal”¹¹⁴.

310. Todo lo cual lleva a concluir a la Convocante que: “[e]stas circunstancias, de suyo, configuran un incumplimiento grave de las obligaciones del usufructuario, y hace evidente que con su conducta causó daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria”¹¹⁵.

311. Como se señaló anteriormente, en el proceso AIR-E presentó dos dictámenes periciales denominados “Dictamen de Seguridad en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01” y “Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01”, ambos preparados por el Perito Ingeniero Ricardo Ramírez Carrero.

312. En el primero de ellos, el Dictamen de Seguridad, que tenía por objeto demostrar el incumplimiento por parte de UFINET de sus obligaciones legales y contractuales relacionadas con la aplicación de las normas técnicas vigentes, el Perito concluyó, con base en una muestra de 387 “inspecciones de campo” realizadas sobre aquellos postes en los que AIR-E había encontrado algún tipo de irregularidad, que había identificado 12 situaciones generales de riesgo, que explicó así:

“.....

a) *Hay tres situaciones típicas y frecuentes de riesgo extremo para las Personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura eléctrica de uso compartido.*

b) *Hay seis situaciones típicas y frecuentes de alto riesgo para Operarios y Personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura eléctrica de uso compartido.*

c) *Las dos situaciones que pueden afectar el servicio eléctrico tienen riesgo bajo”¹¹⁶.*

313. Adicionalmente, en apartes posteriores de dicho Dictamen¹¹⁷, el perito concluyó: (i) que las disposiciones pertinentes de los reglamentos Técnicos del Ministerio de Minas y Energía y del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social

¹¹⁴ Página 19 de la demanda integrada.

¹¹⁵ Página 25 de la demanda integrada.

¹¹⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Página 38.

¹¹⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Páginas 40 y 41.

habían sido “contempladas” en el Anexo Técnico del Contrato Telecorp 004.01; (ii) que las disposiciones expedidas por la CREG y la CRC habían sido “incorporadas parcialmente” en dicho Anexo Técnico; (iii) que las consideraciones del Consejo Nacional de Operación Eléctrica (CNO) recogidas en la Resolución CREG 140 de 2014 no se habían cumplido; y, finalmente, (iv) informó que identificó varias situaciones que no cumplían con las condiciones y requerimientos técnicos de seguridad establecidos en la regulación y en los reglamentos técnicos, particularmente:

“... ”

- Distancia Vertical de RT al piso menor a la requerida
- Distancia horizontal de RT a edificios menor a la requerida
- Afectaciones mecánicas a apoyos
- Sujeción Inadecuada de equipos de red de telecomunicaciones
- Apoyos sin puesta a tierra
- Apoyos con riesgo a personas
- Distancias verticales diferentes carreteras y calles de tráfico pesado (sic) menores a las permitidas
- Distancia de Red de Comunicaciones a red eléctrica menor a la requerida
- No identificación o identificación parcial de equipos de comunicaciones
- Instalación de equipos de Telecomunicaciones en apoyos con transformadores o equipos de maniobra”¹¹⁸.

314. Con base en todo lo anterior, el Perito concluyó que UFINET “no había cumplido a cabalidad con las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 004.01”¹¹⁹.

315. La Convocante solicitó la comparecencia de varios testigos, uno de los cuales, Santiago Posso, se refirió directamente a este tema, y manifestó:

“Árbitro: como le indiqué al comienzo, en este trámite arbitral se discute sobre la terminación del contrato que terminó AIR-E hacia comienzos de marzo del año 2021, el contrato que lo vinculaba con UFINET, la efectividad de esa terminación y de sus consecuencias, y también de lo que dio origen a esta terminación, concretamente el informe de auditoría elaborado respecto del uso de la red por parte de

¹¹⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Página 40.

¹¹⁹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Página 41.

UFINET y la compartición. Explique de manera espontánea al tribunal y a la audiencia qué le consta a usted sobre esas circunstancias que han dado origen a este proceso.

"Testigo: (...) un informe se hace para evidenciar el tema, pero el que tenga un mínimo conocimiento de sistemas eléctricos y el comportamiento que se debe tener responsable y en las buenas prácticas de ingeniería, pues obviamente había un total abandono en el tema de cableoperadores"¹²⁰.

316. Buena parte de lo explicado en los párrafos precedentes fue recogida en los alegatos de conclusión presentados por AIR-E, de los cuales el Tribunal considera importante transcribir el siguiente aparte:

"Volviendo al informe de auditoría, tenemos que la cantidad de (...) incumplimientos identificados en las redes de telecomunicaciones instaladas y apoyadas en la infraestructura eléctrica reveló lo que son serios y graves incumplimientos contractuales y regulatorios por parte de UFINET, representativos de un riesgo de seguridad para la vida humana (comunidad, transeúntes, etc.), animal o vegetal, así como un riesgo para la continuidad en la prestación del servicio"¹²¹.

5.2.1.2. Los argumentos de la Convocada

317. La Convocada se opuso a la prosperidad de la segunda pretensión y negó las manifestaciones hechas por AIR-E en la demanda inicial integrada, y sostuvo que a lo largo de la ejecución contractual UFINET había cumplido con las mejores prácticas de la industria y con las regulaciones de la CREG y la CRC sobre la materia, así como con los reglamentos técnicos (RETIE) expedidos por el Ministerio de Minas y Energía. Con respecto a esta pretensión, la Convocada presentó como excepciones de mérito, las siguientes: "Inexistencia de Incumplimientos de UFINET", "Diligencia o Ausencia de Culpa de UFINET", "Inexistencia de Incumplimiento Resolutorio" y "No procede declarar la Responsabilidad Civil de UFINET".

318. En su contestación a la demanda integrada, UFINET afirmó que:

"...No es cierto que existieran graves y serios incumplimientos contractuales y regulatorios en cabeza de Ufinet. Estas son

¹²⁰ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 7 de septiembre de 2022. Minuto 00:13.

¹²¹ Página 59 de los Alegatos de Conclusión de AIR-E.

valoraciones subjetivas de AIR-e, tanto en el informe interno como en la demanda. De hecho, desde una perspectiva regulatoria, ninguna autoridad ha declarado la existencia de incumplimientos a la normatividad aplicable a la actividad. Más aun, la valoración de riesgos que se incluye en el Informe Interno es realizada por los propios empleados de AIR-e, siendo ellos, y solo ellos, quienes han concluido la existencia de los supuestos riesgos, así como su nivel, impacto y probabilidad; todo lo cual reafirma la falta de objetividad de sus valoraciones y conclusiones”¹²².

319. Esta posición fue reiterada en varias ocasiones a lo largo de la contestación de la demanda inicial reformada. Para demostrar que no había incumplido con su obligación de aplicar las normas y reglamentos técnicos, la Convocada aportó, entre otros, algunos documentos, solicitó la práctica de varios testimonios y entregó dos dictámenes periciales, ambos elaborados por el perito Juan Manuel Roldán, denominados “Dictamen Pericial de Contradicción”, uno referente a temas de seguridad y otro a otros temas relacionados con el supuesto incumplimiento del Contrato.

320. En su dictamen el perito Roldán rebatió las conclusiones a las que había llegado el perito de AIR-E en el dictamen técnico, con base en varias consideraciones que cuestionan la validez de la muestra utilizada por este último para la elaboración de su opinión, así como la solidez de la matriz de riesgos contenida en ella, y por ende también las conclusiones a que éste llegó en su experticia.

321. El Perito Roldán resaltó la afirmación hecha por el Perito Ramírez en el sentido de que la muestra seleccionada para sustentar el dictamen aportado por Air-E parte de “...los apoyos que han sido identificados por Aire-e con incidencias técnicas”. Dado que las muestras habían sido seleccionadas por AIR-E de un universo de apoyos que no era representativo del estado de la red, pues solo había tenido en cuenta postes “con incidencias técnicas”, el Perito Roldán afirmó que: “...la muestra obtenida por el Perito para sustentar su Dictamen sufre de sesgo de selección en la medida en que no es representativa del universo sobre el cual quiere obtener conclusiones...”¹²³.

322. En consecuencia, en el dictamen aportado por UFINET se considera que “... los hallazgos del Dictamen no pueden sustentar el ‘cumplimiento o

¹²² Página 10 de la contestación a la reforma de la demanda.

¹²³ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 03_Contra-Dictamen al Dictamen de Seguridad- Air-e SAS V. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_01. Páginas 13 y 14.

incumplimiento técnico en las prácticas de seguridad exigibles (...) como consecuencia de la celebración de Contrato Telecorp 004.01””, o el “cumplimiento o incumplimiento a las normas o reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 004.01””¹²⁴.

323. En esa misma línea, el Perito Roldán sostuvo que:

“ (...)

”1. El sub universo de estudio utilizado por el Dictamen (9108 apoyos, o 4,71% del total) no corresponde a la totalidad de postes que hacen parte del Contrato entre Ufinet y Air-e (más de 190.000 apoyos) ni tampoco es un subconjunto representativo de este.

”2. El procedimiento utilizado para la distribución de los apoyos de la muestra en los municipios seleccionados no corresponde a una asignación proporcional como se describe en el Dictamen ni tampoco garantiza la selección de una muestra aleatoria.

”3. La aplicación del método para selección de los apoyos de la muestra sobre una hoja de cálculo de Excel no permite garantizar la replicabilidad del ejercicio y deja dudas sobre la aleatoriedad de la muestra generada.

”...A partir de los argumentos mencionados, concluyo que la muestra analizada en el Dictamen no es una muestra representativa de los postes que hacen parte del Contrato entre Ufinet y Air-e sobre la cual se puedan extraer conclusiones válidas acerca del estado de cumplimiento del Contrato””¹²⁵.

324. Más adelante en su dictamen de contradicción, el perito Roldán se refirió a las conclusiones del dictamen pericial aportado por AIR-E y afirmó, entre otras cosas: (i) que estaba de acuerdo con la conclusión del perito de AIR-E en el sentido de que el Anexo Técnico del Contrato Telecorp 004.01 incluía la normativa pertinente de los Reglamentos Técnicos establecidos por el Ministerio de Minas y Energía y por el Ministerio de trabajo y Seguridad Social; (ii) que, contrario a lo afirmado por el perito de AIR-E, consideraba que la regulación

¹²⁴ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 03_Contra-Dictamen al Dictamen de Seguridad- Air-e SAS V. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_01. Página 14.

¹²⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 03_Contra-Dictamen al Dictamen de Seguridad- Air-e SAS V. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_01. Páginas 26 y 27.

expedida por la CREG y por la CRC sí estaba incorporada en el Anexo Técnico del Contrato Telecorp 004.01; (iii) que las conclusiones del perito de AIR-E no podían ser aplicables a la totalidad de la infraestructura en compartición, puesto que tales conclusiones partían de una muestra que sufría sesgo de selección y que no era representativa de la totalidad de la infraestructura compartida en desarrollo del Contrato Telecorp 004.001; y, finalmente, (iv) que con base en el dictamen aportado por AIR-E no era posible concluir que UFINET no hubiera cumplido con las prácticas de seguridad exigibles ni con las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 004.01.

325. Además del dictamen de contradicción, UFINET solicitó la práctica de algunos testimonios sobre esta materia. En particular, la testigo Claudia Moreno, funcionaria de dicha compañía, manifestó:

“ Árbitro: Quisiera que usted nos narrara en principio de manera espontánea, sin hacerle preguntas, sobre cuál es su conocimiento, lo más detallado posible, sobre las circunstancias que han dado lugar a este conflicto.

Testigo: En octubre del 2021 se inició el trámite, y en noviembre de ese mismo año iniciamos la auditoría. En ese proceso ellos nos explicaron que iba a ser una revisión de todo el proceso de lo administrativo, la gestión administrativa asociada con el contrato e hicieron una relación de insumos que requerían para poder realizar la auditoría, estos insumos fueron suministrados en primera instancia según la fecha de corte que nos habían dado. Ufinet fue muy amplio en toda la información que se le suministró, era la información de base de datos de contratos, recurrentes mensuales que cobrábamos a cada cliente, la cobertura de cada cliente, información de detalle inclusive de elementos que estaban cobrados, o sea nosotros le entregamos toda la información del negocio. Nosotros no tuvimos ningún reparo en entregar toda la información con la que trabajamos porque para nosotros era transparente lo que estábamos haciendo; es transparente lo que hacemos; nuestra gestión está bien hecha desde un principio (...) El 21 de diciembre hicimos una reunión de cierre del proceso de auditoría interna. En ese momento me comentaron que sí se habían identificado ciertas oportunidades de mejora como en todo proceso, pero que eran solventables con un plan de acción y que este informe me iba a ser suministrado una vez que pasara todas las revisiones internas de AIR-e. Esta reunión la hice con el equipo de auditoría interna que se hacía a cargo de este proceso. Yo dije que estaría atenta a los resultados del informe definitivo y hablaremos en

*enero precisamente para trabajar sobre las mejoras que son susceptibles de hacer porque todo proceso es susceptible de mejora y no somos perfectos, cada cosa tiene que mejorarse*¹²⁶.

326. En síntesis, la testigo sostuvo, sin referirse específicamente al tema de normas y reglamentos técnicos aplicables, que UFINET había adelantado una buena gestión, y que la empresa estaba en disposición de realizar los arreglos y hacer las mejoras que fueran necesarias. Esta posición fue recogida en los alegatos de conclusión de UFINET, en los que dicha sociedad sostuvo que:

*"No es posible concluir que Ufinet no ha cumplido con las prácticas de seguridad exigibles en la administración de la infraestructura eléctrica de uso compartido. Tampoco es posible concluir que Ufinet no ha cumplida a cabalidad las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 004.01"*¹²⁷.

5.2.1.3. Consideraciones del Tribunal sobre la Segunda Pretensión Principal

327. El Tribunal considera que el problema jurídico que debe resolver se concreta en determinar cuál es el alcance de la obligación de UFINET de aplicar las normas y reglamentos técnicos vigentes, y establecer si UFINET cumplió o no con esta obligación.

328. Para efectos de su análisis, el Tribunal considera necesario traer a colación lo pactado en Contrato sobre la materia a la que se refiere la Segunda Pretensión Principal. En el texto inicial del Contrato las partes convinieron lo siguiente:

"Cláusula Cuarta:

(...)

i) Cumplimiento de la normativa vigente.

• ELECTRICACOLOMBIANA reconoce que ninguna de sus obligaciones conforme al presente Contrato supone en modo alguno una contravención de la vigente legislación sobre el sistema eléctrico y de telecomunicaciones.

¹²⁶ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir del Minuto 13:30.

¹²⁷ Página 75 de los Alegatos de Conclusión de UFINET.

• UFINET COLOMBIA **garantiza el cumplimiento en todo momento de la legislación vigente sobre telecomunicaciones**, obligándose a defender e indemnizar a ELECTRICACOLOMBIANA de cualquier responsabilidad, obligación o reclamo que pudiera derivarse por el posible incumplimiento de la legislación sobre telecomunicaciones por parte de UFINET COLOMBIA

j) Reglamentaciones del Sistema Eléctrico

UFINET COLOMBIA **declara conocer la regulación eléctrica, comprometiéndose al cumplimiento de la misma en todo momento y en la medida en que afecte a sus actividades o actuaciones en relación con la Red de Telecomunicaciones”.**

“Cláusula Décima:

(a) Instrucciones de ELECTRICACOLOMBIANA.

UFINET COLOMBIA seguirá las recomendaciones y directrices que en cada momento le sean comunicadas por ELECTRICACOLOMBIANA y que vengan justificadas en orden a preservar la integridad de las infraestructuras eléctricas y respetar en todo momento la correcta prestación del servicio eléctrico, en su calidad de servicio prioritario. Así mismo, UFINET COLOMBIA emitirá recomendaciones y directrices a los terceros cesionarios, con el mismo fin expresado en el párrafo anterior.

(b) Elementos compartidos

El control de las instalaciones de uso compartido entre ELECTRICACOLOMBIANA y UFINET COLOMBIA corresponde a ELECTRICACOLOMBIANA que, en todo caso, se compromete a facilitar a UFINET COLOMBIA el uso a que tiene derecho en virtud del presente Contrato, así como todo cuanto le sea preciso para llevarlo a cabo.

(c) Información

Ambas PARTES se comunicarán recíprocamente cualquier acto, incidencia o evento que pudiera afectar a la utilización o mantenimiento de las infraestructuras y de sus respectivas operaciones” (se destaca).

329. En el otrosí No. 1 del Contrato, se adicionaron las siguientes obligaciones a cargo de UFINET:

"Cláusula Décima

a) ***La instalación de nuevas redes de telecomunicaciones y la Operación y Mantenimiento se realizarán de acuerdo a lo establecido en la regulación vigente y en los procedimientos establecidos por ELECTRICARIBE en su calidad de Operador de Red. En tal sentido, GNF TELECOMUNICACIONES se compromete a trasladar estas obligaciones a los terceros que acceden a la infraestructura de ELECTRICARIBE para el despliegue de sus redes de telecomunicaciones.***

d) *Mantenimiento*

Corresponderá a GNF TELECOMUNICACIONES el mantenimiento, reparación y reposición de la Red de Telecomunicaciones de su propiedad. Así mismo GNF TELECOMUNICACIONES trasladará esta obligación a los terceros que accedan a la infraestructura de ELECTRICARIBE y que sean propietarios de la red de Telecomunicaciones. (...)".

"TERCERA BIS 5- TRASLADO DE OBLIGACIONES.

"GNF TELECOMUNICACIONES se obliga a trasladar a los Proveedores de Telecomunicaciones con quienes hubiere contratado o contrate los servicios para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, todas las obligaciones establecidas en la regulación. Así mismo les exigirá la constitución de pólizas y garantías para salvaguardar las instalaciones eléctricas y el cumplimiento de sus obligaciones" (se destaca).

330. Ninguna de estas obligaciones fue objeto de modificación por los otrosíes Nos. 2 y 3 del Contrato.

331. A la luz de lo pactado por las Partes, para el Tribunal es claro que UFINET asumió dos obligaciones principales en materia de cumplimiento de la regulación. Por una parte, se comprometió a cumplir en todo momento la regulación técnica vigente en materia de telecomunicaciones; por otra, se comprometió a trasladar dicha obligación a los PRST que accedieran a la infraestructura propiedad de ELECTRICARIBE (luego AIR-E) para el despliegue

de sus redes de telecomunicaciones. Cada una de estas obligaciones será objeto de análisis particular, a lo que se procede a continuación.

5.2.1.4. Sobre la primera obligación: cumplimiento de las normas y reglamentos técnicos aplicables

332. La posición de las Partes es completamente opuesta en lo atinente al cumplimiento de la obligación de dar aplicación a la regulación vigente. AIR-E alega que UFINET no cumplió con dicha obligación, mientras UFINET considera que sí lo hizo.

333. El Tribunal considera que en el caso de la pretensión objeto de análisis no hay duda sobre la existencia y alcance de las obligaciones asumidas por UFINET en lo atinente a la aplicación de las normas y reglamentos técnicos, pues las estipulaciones contractuales son claras y precisas y no admiten interpretación contraria a la que se desprende del texto. En esa línea, el Tribunal considera que una obligación de cumplir con las normas y reglamentos técnicos aplicables no es susceptible de interpretación diferente a la que se desprende literalmente de su texto, aunque reconoce que en ciertos eventos sí podría existir un debate sobre cuál es la regulación que resulta aplicable en una situación específica; sin embargo, eso no fue materia de controversia entre las partes, en la medida en que AIR-E no precisó en su pretensión qué normas específicas habían sido inaplicadas.

334. Con base en el análisis de las disposiciones contractuales y del acervo probatorio incorporado al expediente, el Tribunal considera que AIR-E no logró probar que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones contractuales de dar aplicación, de manera general, a la regulación vigente.

5.2.1.5. Análisis Probatorio

335. En el expediente obran distintos documentos y testimonios sobre este asunto que ayudan a entender la percepción de las partes en lo atinente a la aplicación de las normas y reglamentos técnicos. Empero, dada la naturaleza del asunto, que implica una combinación de temas jurídicos y técnicos, el Tribunal considera que tales documentos, que fueron elaborados por las partes, o los testimonios, que son rendidos por funcionarios o exfuncionarios de ellas, por sí solos no dan al Tribunal elementos de juicio suficientes para llegar a una conclusión sobre si se aplicaron o no las normas vigentes durante la ejecución del Contrato.

336. En ese contexto, debe basarse el Tribunal en los dictámenes periciales allegados al proceso y, evaluadas las experticias practicadas, considera que los elementos de prueba que mayor credibilidad le merecen en este tema son los dictámenes de contradicción aportados por UFINET, en los que el perito Roldán hizo un análisis muy concienzudo de las normas técnicas aplicables y de los cuestionamientos realizados por el Perito Ramírez, que elaboró el dictamen aportado por AIR-E.

337. El Tribunal llega a la conclusión anterior en aplicación de lo establecido en el artículo 232 del Código General del Proceso sobre apreciación del dictamen, y en desarrollo de las reglas de la sana crítica. En efecto, aunque ambos peritos son idóneos, al Tribunal le merecen mayor credibilidad los dictámenes del Perito Roldán por considerar que son más sólidos, claros y asertivos en su análisis y en sus conclusiones, lo que no ocurre con algunas respuestas del perito Ramírez.

338. En efecto el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que varias respuestas del Perito Ramírez no son contundentes y reflejan falta de claridad o de información sobre algunos temas, incluyendo los que son materia de esta pretensión. Así, por ejemplo, en la página 11 del dictamen, el perito Ramírez afirma que *“no se encontraron evidencias que permitan concluir que UFINET haya cumplido con la totalidad de la regulación vigente”*(se destaca); y en la página 21 de dicho dictamen sostuvo que *“no se tiene conocimiento de informes a procedimientos elaborados por UFINET para las acciones de seguimiento y control por parte de esta empresa”* (se destaca); y en la página 22, afirmó que *“no se tiene conocimiento durante la vigencia del Contrato Telecorp 004.01, de que UFINET haya suscrito contratos para la legalización de usos no autorizados de la infraestructura eléctrica”* (se destaca). El Tribunal anota que estos son apenas unos ejemplos, pues el dictamen del perito Ramírez contiene otras frases similares a las mencionadas, a las que se referirá más adelante.

339. Adicionalmente, el Tribunal destaca que varios apartes del dictamen sobre asuntos de fondo son reproducción literal de las respuestas que AIR-E le dio al perito, lo que indica que en esos aspectos el experto no realizó un análisis independiente que pueda dar elementos de juicio sólidos al Tribunal, todo lo cual le resta credibilidad al dictamen. Tal es el caso de los deberes de administración a cargo de UFINET. Al respecto, el perito preguntó a AIR-E si *“[e]xisten procedimientos o informes elaborados por UFINET que den cuenta de las acciones de seguimiento, vigilancia, supervisión, administración y control por parte de esta empresa”*. Sobre el particular, AIR-E respondió en los siguientes términos:

"No se tiene conocimiento de informes o procedimientos elaborados por Ufinet para las acciones administración y control respecto del uso de la infraestructura eléctrica por parte de los PRST.

"Se tiene conocimiento de dos correos electrónicos que durante el proceso de auditoría al contrato Telecorp 004.01 Ufinet aportó relacionando actuación de interventoría en el uso de la infraestructura eléctrica, sin embargo, no es posible advertir que dicha actuación derive de algún procedimiento previamente elaborado por Ufinet. Del mismo modo, Ufinet aportó documento de plan de poda vigencia 2019, no se tiene conocimiento de existencia de dicho plan en vigencias diferentes. (Se adjunta correos y plan de poda)"¹²⁸.

340. Con base en esa respuesta, el perito concluyó en su dictamen lo siguiente:

"No se tiene conocimiento de informes o procedimientos elaborados por UFINET para las acciones de seguimiento y control por parte de esta empresa. Conviene señalar, que a la fecha de rendición del dictamen solo estuvo disponible documentación de dos correos electrónicos que documentan dos casos aislados en los cuales se evidencia la identificación de no conformidades, y en uno de ellos una acción correctiva por parte del Cableoperador: (...)"¹²⁹

341. Lo mismo ocurrió respecto del concepto que emitió el perito sobre las actividades de legalización. El perito preguntó a AIR-E si *"existen evidencias que permitan deducir que UFINET ha legalizado a terceros que estén utilizando la infraestructura de uso compartido"*. La Convocante dio respuesta al perito en los siguientes términos:

"No se tiene conocimiento que durante la vigencia del contrato telecorp 04.01 Ufinet haya suscrito contratos con PRST para la legalización de usos no autorizados que estos estuvieren haciendo de la infraestructura eléctrica.

¹²⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022.03_Pruebas Dictamen Pericial Ricardo Ramírez. Prueba 12, Preguntas y Respuestas AIR-e Dictamen Pericial.

¹²⁹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 21.

"Posterior a la terminación del contrato Telecorp 04.01 se conoció de PRST que hacían uso de la infraestructura eléctrica sin tener contrato para ello"¹³⁰.

342. En una transcripción casi literal de la respuesta de AIR-E, el perito en su dictamen concluyó que:

*"De conformidad con la información puesta a disposición del Perito por parte de AIR-e (Ibidem pag. 4), **no se tiene conocimiento durante la vigencia del Contrato Telecorp 0004.01, de que UFINET haya suscrito contratos para la legalización de usos no autorizados de la infraestructura eléctrica.** Precisa AIR-e que con posterioridad a la terminación del contrato con UFINET, se tuvo conocimiento que de usos no autorizados de infraestructura eléctrica sin tener contrato para ello" (se destaca)¹³¹.*

343. Con ese fundamento, para el Tribunal es claro que muchas de las conclusiones a las que llegó el perito Ramírez en sus dictámenes no prueban el incumplimiento de UFINET, sino apenas muestran una falta de certeza en varios de los elementos de juicio que él usó para llegar a sus conclusiones. Sin bien en algunas ocasiones el perito hace la salvedad de que corresponde a la respuesta de AIR-E, también es cierto que la incorpora como parte del "comentario del perito", y las conclusiones a las que llega son las mismas.

344. Todo lo anterior lleva al Tribunal a concluir, como antes se señaló que, en aplicación de las reglas de la sana crítica, le merecen mayor credibilidad los dictámenes presentados por UFINET, pues son más precisos y concretos y, además, se fundamentan en una crítica sobre el análisis de cifras hecho por el perito de AIR-E, por lo que aquellos son a todas luces más sólidos y contundentes. En ese sentido, El Tribunal destaca, por ejemplo, la conclusión del perito Roldán en el sentido de que el estado de una red integrada por más de 190.000 postes no se puede evaluar con base en el análisis de solo 9.128 postes que, además, fueron escogidos en forma no aleatoria sino, precisamente, porque tenían inconsistencias según estudios hechos previamente.

345. Con fundamento en el dictamen del perito Roldán, el Tribunal considera acreditado lo siguiente: (i) que las cifras usadas por el perito Ramírez no son

¹³⁰ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022.03_Pruebas Dictamen Pericial Ricardo Ramírez. Prueba 12, Preguntas y Respuestas AIR-e Dictamen Pericial.

¹³¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3).

representativas, ni en cantidad ni en calidad, del universo de postes vinculados a la ejecución del Contrato que, según ambos peritos, es de más de 190.000 postes (cifra que ninguna de las partes controvertió); y, (ii) que las muestras analizadas por éste estaban sesgadas en la medida en que claramente provenían de postes en los que AIR-E sabía de antemano que existía un problema, y no del universo total de postes vinculados a la ejecución del Contrato.

346. El Tribunal no desconoce que algunas de las fotografías aportadas por AIR-E, tanto en el informe de auditoría como en los informes técnicos, generan inquietud sobre el estado de algunos de los apoyos de la red de telecomunicaciones que, vistos aisladamente, podría eventualmente reflejar un posible incumplimiento del Contrato y de las normas técnicas vigentes. Empero, del análisis del perito Roldán, que el Tribunal comparte, se desprende que esas fotos no son representativas de lo que podría ser el estado de toda la red de telecomunicaciones integrada por más de 190.000 postes y, por ende, que ellas no son suficientes para predicar un incumplimiento de sus obligaciones por parte de UFINET.

347. El Tribunal considera importante resaltar que tanto los informes internos que obran en el expediente, como el dictamen aportado por AIR-E, se basaron en el estudio de unos determinados postes sobre los que AIR-E realizó el denominado Informe de Auditoría Interna (1028 postes) y en unas intervenciones correctivas (8080 postes). AIR-E y el dictamen pericial del Perito Ramírez así lo reconocieron, particularmente este último, quien en el Anexo 3 de su dictamen afirmó (i) que para la elaboración de la muestra no contó con el listado completo de apoyos de la infraestructura compartida en los tres departamentos; (ii) que no pudo hacer una selección aleatoria por circuitos debido a que no contó con una descripción detallada de la infraestructura de uso compartido asociada a los circuitos de media y baja tensión; (iii) que a la fecha de inicio de las inspecciones que él hizo apenas se contaba con información referente a las inspecciones realizadas por la gerencia de Auditoría de AIR-E sobre 1028 apoyos y por la Gerencia de Cable Operadores sobre 8080 postes; y (iv) que, con base en lo anterior, procedió a conformar una base de datos con la información de las inspecciones realizadas por AIR-E, que constaba de 9108 registros que correspondían a los 1028 postes inspeccionados por la Gerencia de Auditoría y a los 8,080 apoyos inspeccionados por la Gerencia de Cableoperadores de AIR-E; y finalmente (v) que con base en esa muestra de 9108 registros él seleccionó 387 postes sobre los que realizó una inspección en la que fundamentó su informe¹³².

¹³² Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Páginas 44 y siguientes.

348. En esas condiciones, para el Tribunal es claro, ya se trate de la muestra de 387 postes seleccionada por el perito (que representa apenas el 0,2% de la totalidad de postes que conforman la red), o de la muestra de 1028 postes sobre los que AIR-E fundamentó su informe de auditoría (que representa apenas el 0,54% de la totalidad de postes), o de la muestra de 8,080 intervenciones realizadas por AIR-E (que representan apenas el 4,2% de la totalidad de postes), o inclusive de la muestra de 9108 postes que resulta de sumar 1028 con 8080, asumiendo que se trata de postes diferentes (que representan, a lo sumo, un 4.8% de la totalidad de postes), que ninguna de ellas es suficientemente representativa del universo de la totalidad de los postes que conforman la red vinculada al Contrato pues, por una parte, las muestras reflejan la situación de un porcentaje muy bajo de ese universo y, por otra, todas corresponden a postes en los que, según informes previos, ya se había detectado alguna irregularidad. Por esas circunstancias, el Tribunal considera que las referidas muestras no acreditan que UFINET haya incumplido con su obligación de dar aplicación a las normas técnicas vigentes.

349. El Tribunal reitera, como antes se señaló, que las muestras seleccionadas no permiten probar que UFINET haya incurrido en un incumplimiento de la normatividad aplicable a sus labores respecto de infraestructura sobre la que desarrollaba sus actividades, ya que los datos entregados por AIR-E muestran también que un 99.8%, o un 99.4%, o un 95.8% o un 95.2% de los postes podrían no tener la misma condición, lo que, a su vez, podría indicar una adecuada gestión de la red de parte de UFINET, de la que no se podría derivar el mencionado incumplimiento normativo.

350. El Tribunal considera, tal como lo señaló al principio de este análisis, que AIR-E no demostró que UFINET hubiera incumplido con las normas y los reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato. Como se indicó anteriormente, ninguna de las pruebas documentales y testimoniales demuestran dicho incumplimiento, y que la muestra que sirvió como fundamento para que el dictamen pericial aportado por AIR-E afirmara que existió un incumplimiento adolece de las fallas ya anotadas. Además, aún en el evento de que se considerara que esas muestras tienen representatividad, ellas podrían también entenderse en un sentido totalmente opuesto al que sugiere AIR-E pues, según como se lea dicha muestra, el Tribunal podría concluir que un 99.8%, o un 94.6%, o un 95.2%, o un 95.8% de los postes no tienen problemas técnicos, pues no se ha demostrado lo contrario.

351. Además de lo anterior, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que aun suponiendo que todos los 9128 postes que integraron la muestra analizada por el perito de AIR-E estaban en situación tan compleja como la que muestran

algunas de las fotografías aportadas, no se acreditó que dicha situación hubiera afectado la prestación del servicio de telecomunicaciones o del servicio de energía eléctrica en el área del Contrato. Así se desprende, por una parte, del hecho de que ninguna de las partes lo alegó o lo demostró y, por otra, de que, según está probado en el expediente, ninguna autoridad formuló reclamo o cuestionó a Electricaribe, AIR-E o a UFINET por ese motivo o por el supuesto incumplimiento de normas y reglamentos técnicos durante la ejecución del Contrato.

352. En ese sentido es importante reiterar que respecto de los casi veinte años de ejecución contractual que transcurrieron desde 2001 hasta 2020, año en el que ELECTRICARIBE cedió el Contrato a AIR-E, no se allegó prueba de la existencia de reclamos o llamados de atención a UFINET ni de ELECTRICARIBE ni de ninguna autoridad sobre el cumplimiento de la obligación de aplicar las normas y reglamento técnicos.

353. Así lo confirmó la testigo Tatiana Rubio, funcionaria de UFINET:

"Árbitro: En esos tres años, ¿ustedes tuvieron algún tipo de reclamación o requerimiento por parte de Electricaribe?"

"Tatiana Rubio: El área legal no, no hemos tenido conocimiento. Hago precisión del área legal porque en la gerencia de infraestructura, por la naturaleza de los asuntos que generalmente está ligada a contratación, esa área tenía una abogada adscrita y de uso exclusivo para el área. Ella no dependía de mi área, sino del área de infraestructura. Lo que superara el manejo legal de esa abogada era escalado a mi área legal. En mi área legal nunca tuvimos conocimiento de una reclamación por parte de Electricaribe, desde que yo estoy acá"¹³³.

354. En el mismo sentido, Iván Sánchez, quien ejerce el cargo de Country Manager de UFINET, relató que nunca se recibió reclamo por parte de Electricaribe, en los siguientes términos:

"Abogado UFINET: Previo a que efectivamente Aire se hiciera con la infraestructura de Electricaribe en la zona, ¿Electricaribe alguna vez llamó la atención de Ufinet o le reclamó por la existencia de supuestos riesgos eléctricos o de seguridad que se estuviera generando por los equipos de telecomunicaciones?"

¹³³ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 15 de septiembre de 2022. A partir del minuto 37 a 38.

Iván Sánchez: No, nunca hubo un reclamo formal de Electricaribe por algún tipo de riesgo o situación que desestabilizara o que pusiera en riesgo la operación de la red o de las personas (...) nunca hubo un llamado de atención o un requerimiento formal, haciendo alusión al contrato de que Ufinet estuviera incumpliendo o algo así”¹³⁴.

5.2.1.6. Conclusión sobre la obligación de dar cumplimiento a la normatividad aplicable

355. De conformidad con el análisis realizado anteriormente, el Tribunal concluye que AIR-E no probó que UFINET hubiese inaplicado normas o reglamentos técnicos, y que UFINET demostró que había dado cumplimiento a dichas normas y disposiciones. Además, el Tribunal destaca que este hecho no fue cuestionado durante los primeros veinte (20) años de ejecución contractual, lo que es indicativo de que UFINET cumplió con las normas y reglamentos técnicos aplicables, con los estándares de su contraparte contractual inicial y con los requerimientos de las autoridades de regulación y supervisión.

356. En esas condiciones, es forzoso concluir que AIR-E no logró probar la existencia de un incumplimiento por parte de UFINET de su obligación de dar aplicación a las normas y reglamentos técnicos vigentes y, por el contrario, UFINET demostró que no había incumplido con las obligaciones correspondientes.

5.2.2. Sobre el traslado de la obligación de dar cumplimiento a las normas y reglamentos técnicos aplicables, a los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones que accedan a la infraestructura eléctrica para el despliegue de sus redes de telecomunicaciones

357. Al igual que en el caso de la obligación anteriormente analizada, las Partes tienen posiciones contrapuestas en todo lo atinente a la obligación de dar traslado a los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PRST) de la obligación de cumplir las normas técnicas, y de exigirles su cumplimiento. AIR-E sostiene que UFINET no cumplió con dicha obligación, mientras UFINET manifiesta que sí lo hizo. Sin embargo, el Tribunal considera, al igual que lo hizo en el análisis anterior, que AIR-E no demostró que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones contractuales o legales de trasladar a los PRST la obligación de dar aplicación en todo momento a la regulación vigente.

¹³⁴ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 25 de agosto de 2022. A partir del minuto 1:38.

5.2.2.1. Análisis Probatorio

358. A juicio del Tribunal, los documentos, testimonios y dictámenes aportados por AIR-E no indican que dicha obligación hubiese sido incumplida por UFINET. Aunque a este asunto se hizo referencia indirecta en algunos testimonios, la única referencia directa a la falta de traslado a los cableoperadores de la obligación de cumplir las normas y reglamentos técnicos está en el dictamen pericial denominado "*Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01*", en el que el Perito Ramírez sostuvo que, con base en el análisis de diez (10) contratos celebrados entre UFINET y los PRST, podía afirmar que: "[e]n ninguno de los contratos disponibles de UFINET trasladó a los cableoperadores las condiciones técnicas para el uso de la infraestructura compartida establecidos en la Resolución CREG 140 de 2014, como se obligó a hacerlo en el Contrato Telecorp 004.01", y que: "[e]n ninguno de los contratos con cableoperadores disponibles se incluyen disposiciones específicas para el control y vigilancia de las condiciones técnicas para el uso de la infraestructura compartida (...)"¹³⁵. Más adelante el Perito afirmó que: "[l]a omisión de UFINET de incorporar las condiciones técnicas establecidas en la Resolución CREG 140 de 2014 en las obligaciones contractuales para cableoperadores impide establecer las condiciones técnicas para los activos de telecomunicaciones al hacer uso compartido con la infraestructura eléctrica"¹³⁶.

359. Sin embargo, en el texto del dictamen mencionado, el perito Ramírez informó también que sabía de la existencia de cuarenta (40) contratos adicionales a los diez (10) en los que basó sus conclusiones, ninguno de los cuales estuvo disponible para la elaboración de su dictamen. Esto indica que, independientemente de cuál hubiese sido la causa por la que no pudo revisar esos contratos, el perito Ramírez fundamentó su opinión en apenas diez (10) contratos celebrados por UFINET con los PRST¹³⁷.

360. En el Dictamen Pericial aportado por UFINET, el perito contradice las afirmaciones y conclusiones contenidas en el Dictamen aportado por AIR-E. En su escrito, el perito Roldán sostuvo lo siguiente:

¹³⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 15.

¹³⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 19.

¹³⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 14.

*"En conclusión no concuerdo con el comentario del Perito. Por el contrario, los diferentes contratos que ha suscrito Ufinet con terceros para el uso de la infraestructura eléctrica anteriores a 2015, han incluido los derechos y las obligaciones que estos terceros deben cumplir, derechos y obligaciones que han evolucionado en la medida en que la regulación se actualiza y cumplen con la obligación de acceso dada por el Perito"*¹³⁸.

361. Más adelante el mismo perito afirmó que:

"...es importante mencionar que estas cinco deducciones se realizan con base en 10 contratos (...) son muy pocos contratos para realizar deducciones o conclusiones que se ajusten a la realidad. Más aún cuando tres de los contratos analizados no están vigentes y otros dos han sido modificados o renovados posteriormente".

362. Sobre este tema el perito de UFINET sostuvo además lo siguiente:

"Sorprende que el Perito soporte sus comentarios, que luego convierte en conclusiones generales, en el análisis únicamente de nueve (9) contratos suscritos por Ufinet con PRST, y un (1) acuerdo con la ciudad de Barranquilla que le fueron suministrados por Air-e.

"Nueve contratos y un acuerdo es una cifra muy reducida para realizar conclusiones y generalizarlas a la totalidad de los contratos suscritos por Ufinet. El mismo Perito admite que existen 42 contratos adicionales suscritos por Ufinet con PRST los cuales no estuvieron a su disposición.

*"Con el fin de corroborar la veracidad de las afirmaciones del Dictamen, le solicité a Ufinet evidencia de la exigencia de cumplimiento de la regulación vigente en los contratos PRST. Ufinet me envió en respuesta 129 contratos y modificaciones a contratos suscritos por Ufinet y terceros que acceden a la infraestructura eléctrica de Air-e, es decir PRST, entre los años 2015 y 2022"*¹³⁹.

¹³⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 51.

¹³⁹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial-Ai-re SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 27

363. Al igual que en el capítulo anterior, el Tribunal considera que el dictamen aportado por AIR-E, en lo que concierne al traslado de las obligaciones de cumplimiento de las normas y reglamentos técnicos aplicables, no es demostrativo de las afirmaciones realizadas por la Convocante como sustento de su pretensión, en la medida en que sus conclusiones se basan en el análisis de solo diez (10) contratos celebrados entre UFINET y los PRST, y no de un universo más amplio de contratos representativos de los más de cuarenta (40) contratos que el perito Ramírez reconoce que existen, y cuyo contenido no conoció, ni de los cuarenta y cinco (45) contratos que, según los documentos aportados por UFINET en la exhibición de documentos, se han suscrito por esta sociedad con los cableoperadores¹⁴⁰, y mucho menos de los ciento veintinueve (129) que asegura el perito Roldán que conoció para la elaboración de su dictamen y cuya relación anexó al mismo como soporte para refutar las conclusiones de la experticia allegada por AIR-E¹⁴¹.

364. El Tribunal considera que, independientemente del motivo por el cual un importante número de contratos no hubiera sido estudiado por el perito de AIR-E, el solo hecho de su existencia pone de presente que las conclusiones de la experticia se basan en un universo limitado que no necesariamente refleja lo que se hubiera pactado en los contratos suscritos entre UFINET y los PRST.

365. Ahora bien, el Tribunal, por su parte, estudió el contenido de los contratos que obran en el expediente, así como la relación de cláusulas contractuales aportadas por UFINET en aquellos casos en los que no aportó unos contratos por razones de confidencialidad, y pudo constatar que algunos de ellos fueron suscritos con anterioridad a la expedición de la Resolución CREG 140 de 2014. Sin perjuicio de ello, en los contratos se incluyeron disposiciones que obligaban de una u otra forma al PRST a cumplir con las normas técnicas vigentes. Un ejemplo de ello es el Contrato UF- DU – 0531 suscrito el 5 de octubre de 2005 entre UFINET y CORPORACIÓN MARQUEZOTE TELEVISIÓN, que en concepto del Tribunal es representativo del contenido de otros contratos, en el cual se incluyeron distintas menciones al cumplimiento de normas técnicas, las cuales se procede a citar *in extenso*:

"Cláusula Primera: Objeto: Por el presente contrato, UFINET COLOMBIA, autoriza por medio de este documento a CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV, quien acepta las condiciones que se especifican más

¹⁴⁰ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 16_Exhibición de Documentos UFINET_auto 56_120922_ordena incorporar a petición de AIRE_080922. 4. Relación de Contratos.

¹⁴¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. Anexos Contradictámenes Ufinet. 1 Contra-Dictamen 1- Dictamen Pericial. Anexo 11- Relación contratos 2015-2022.

adelante, derecho de uso, no exclusivo, de la postería eléctrica de redes eléctricas secundarias y primarias, incluidos los postes de líneas de tensión de hasta 13.2,5 kv de propiedad de ELECTRICARIBE E.S.P., en el municipio de Urumita, con el fin que CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV, soporte en ella los cables y elementos auxiliares que conforman su red de comunicación con el cumplimiento de las normas técnicas internacionales y nacionales, así como las normas de ELECTRICARIBE E.S.P- UFINET COLOMBIA para la instalación e cable de Telecomunicación en posteadura de redes eléctricas. No se permitirá tendido alguno en torres o líneas de transmisión.

"Segunda CONDICIONES TÉCNICAS: en la utilización de la postería eléctrica de propiedad de ELECTRICARIBE E.S.P., **CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV se ceñirá a las condiciones y especificaciones técnicas que constan en los siguientes documentos que UFINET COLOMBIA entregará a CORPORACIÓN AMRQUEZOTE TV, y que se consideran parte integrante del presente contrato:** A) el anexo 1 denominado "CONDICIONES Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS QUE DEBE CUMPLIR CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV PARA LA INSTALACIÓN DE REDES DE TELEVISIÓN POR CABLE EN LOS APOYOS DE LAS REDES ELÉCTRICAS DE PROPIEDAD DE ELECTRICARIBE E.S.P., CUYOS DERECHOS DE USO POSEE UFINET COLOMBIA". B) El anexo 2 denominado "normas de seguridad" las cuales debe cumplir CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV en la instalación de sus redes. Dichas condiciones técnicas son las establecidas por ELECTRICARIBE E.S.P. para la operación y mantenimiento de las redes de distribución".

"DECIMA: CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV reconoce, además que los postes propiedad de ELECTRICARIBE E.S.P., deben cumplir con exigencias de seguridad, y que en virtud de esto ELECTRICARIBE E.S.P. puede limitar su capacidad de soporte de cables con los coeficientes de seguridad que se establece para estos en normas nacionales e internacionales. Por este motivo, en los casos que ELECTRICARIBE E.S.P. tenga razones para creer que se supera la capacidad de soporte definida con límite admisible, podrá negar el derecho de uso en nuevas solicitudes, buscándose entre las partes alternativas para instalación requerida.

"Parágrafo Segundo. **CORPORACIÓN MARQUEZOTE TV, se compromete a mantener sus instalaciones de manera correcta**

y segura, de tal manera que no genere o motive conflicto con el uso de los postes por ELECTRICARIBE S.A. ESP y/o cualquier usuario distinto autorizado por UFINET COLOMBIA. Con este objetivo, COROPRACIÓN MARQUEZOTE TV debe presentar los procedimientos utilizados para efectuar el mantenimiento requerido en sus instalaciones (...) (se destaca).

366. Otro ejemplo relevante es el Contrato UF-DU-0705 suscrito entre UFINET COLOMBIA S.A. y COMCEL el 30 de abril de 2008, en el cual se hizo alusión explícita a la resolución aplicable para el momento de su suscripción. Se transcribe a continuación el aparte pertinente:

"Anexo No. 1 Condiciones y Requerimientos Técnicos que debe cumplir Comcel para la Instalación de Redes de Comunicación en los Apoyos de las Redes Eléctricas de propiedad de Electricaribe E.S.P., cuyos Derechos de Uso posee Ufinet Colombia

"Antecedentes:

• Ante la necesidad de establecer las condiciones mínimas que debe cumplir COMCEL para la instalación de la red de comunicación en los apoyos de las redes eléctricas propiedad de ELECTRICARIBE E.S.P., ésta ha elaborado el presente anexo, el cual tiene un carácter obligatorio toda vez que se fundamenta en la resolución CREG 144 de 2001, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG" (se destaca).

367. Se observa, entonces, que en los contratos suscritos antes de 2014, a pesar de que evidentemente no se mencionó la Resolución CREG 140 de ese mismo año, sí se incluyeron disposiciones mediante las cuales se trasladaron a los PRST las obligaciones de la regulación vigente, lo cual, a juicio del Tribunal, pone de presente que sí se dio cumplimiento a la obligación contractual objeto de estudio. Por su parte, en los contratos celebrados con posterioridad al año 2014 que están incorporados al expediente, sí se evidencian disposiciones que trasladan la obligación a los PRST de atender la normatividad técnica vigente para la época de su suscripción. Tal es el caso, por ejemplo, del Contrato Marco No. UFINETGIO 20160901-01 UFINET- OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES, suscrito el 1 de septiembre de 2016, cuyos apartes relevantes se citan a continuación:

"Segunda: CONDICIONES TÉCNICAS Y DE SEGURIDAD. En la utilización de la infraestructura eléctrica de propiedad de

ELECTRICARIBE, EL OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES se ceñirá a las condiciones especificaciones técnicas y de seguridad establecidas en los Anexos 1 y 2 del presente Contrato y todas aquellas que se han expedidas posteriormente por ELECTRICARIBE o por las entidades regulatorias correspondientes.

"Tercera: Gestión de la solicitud de uso. Toda solicitud de uso que EL OPERADOR DE TELECOMUNICACIONES presente durante la vigencia del presente Contrato marco, deberá conforme al Artículo 5 de la Resolución 4245 de 2013 de la CRC, contener al menos la siguiente información (...)

"Décima segunda: obligaciones del operador de telecomunicaciones. El operador de telecomunicaciones tendrá a cargo las siguientes obligaciones:

"(...)

"5.- Mantener la red de comunicaciones instalada en la infraestructura eléctrica, en óptimas condiciones técnicas de funcionamiento y seguridad, de tal manera que no genere o motive conflicto con el uso de la infraestructura eléctrica propiedad de ELECTRICARIBE y/o de la infraestructura de comunicaciones de cualquier usuario.

*"Décima octava: legislación aplicable. Al presente Contrato le son aplicables las normas pertinentes de las Leyes 142 y 143 de 1994, Ley 1341 de 2009, **Resolución CREG 063 de 2013, Resolución CRC 4245 de 2013**, el Código de Comercio y el Código Civil, y demás normas reglamentarias que las modifiquen o complementen" (se destaca).*

368. Con base en la lectura de los contratos allegados al expediente, así como en el análisis de la documentación aportada, de los testimonios rendidos y de los dictámenes periciales, el Tribunal considera que AIR-E no probó que UFINET hubiera incumplido con el compromiso contractual de dar traslado a los PRST de la obligación de dar cumplimiento a las normas y reglamentos técnicos aplicables. Tal como antes lo explicó el Tribunal, dicha conclusión se fundamenta, por una parte, en el hecho de que las conclusiones del perito Ramírez en las que se fundamenta tal supuesto incumplimiento no están basadas en un análisis integral o una muestra suficiente de los contratos celebrados por UFINET y sus cableoperadores, y, por otra, en el hecho de que el

perito Roldán contradice con soporte suficiente lo afirmado por el perito Ramírez y, finalmente, en que al revisar los contratos que obran o se relacionan en el expediente, el Tribunal observó que dicho tipo de estipulaciones sí estaban pactadas.

5.2.2.2. Conclusión

369. Teniendo en cuenta lo señalado en los acápites anteriores, el Tribunal concluye que debe prosperar la excepción denominada "Inexistencia de Incumplimientos de UFINET", lo que conduce a que se niegue la pretensión objeto de estudio.

5.2.2.3. Sobre la Segunda Pretensión Subsidiaria

370. En la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias la Convocante solicitó al Tribunal declarar que UFINET *"incumplió las normas y reglamentos técnicos aplicables a la ejecución del Contrato TELECORP 004.01"*. Esta pretensión, como salta a la vista, es idéntica a la Segunda Pretensión Principal. Por ese motivo, la totalidad de consideraciones y argumentos del Tribunal son aplicables para evaluar dicha pretensión y para concluir, por tanto, que ella no prospera.

5.2.2.4. Decisión sobre la Segunda Pretensión Principal y la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias.

371. Con fundamento en lo señalado en los párrafos precedentes, el Tribunal denegará la Segunda Pretensión Principal, así como la Segunda Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, pues AIR-e no probó que UFINET hubiera incumplido las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato Telecorp 004.01, ni su obligación de dar traslado de dichas obligaciones a los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

5.2.3. Tercera Pretensión Principal

372. En la Tercera Pretensión Principal de la demanda inicial reformada, AIR-E solicita al Tribunal que declare que UFINET *"incumplió con el Contrato de Cesión de Uso - Derecho de Paso para Telecomunicaciones en lo relativo a las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición de elementos y mantenimiento preventivo a su cargo, previstas, entre otras, en la Cláusulas Tercera y Décima del Contrato"*.

5.2.3.1. La posición de la Convocante

373. En la demanda inicial reformada, la Convocante no desarrolló de manera concreta o específica lo atinente a los supuestos incumplimientos en los que habría incurrido la Convocada en materia de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo, sino que se limitó a afirmar que en la cláusula décima literal (e) del Contrato, *“se determinó que a UFINET correspondía el mantenimiento, reparación y reposición de la red de telecomunicaciones”*, sin explicar por qué consideraba que UFINET no había cumplido con dichas obligaciones específicas. A lo largo del escrito introductorio, AIR-E se refirió a una serie de hechos que se presentaban en las ciudades principales de los Departamentos de Atlántico, Magdalena y La Guajira en relación con la red de telecomunicaciones que generaban riesgos de seguridad, sin profundizar en la explicación sobre cuáles eran las fallas concretas atribuibles a UFINET en materia de mantenimiento, reparación, reposición o mantenimiento preventivo, ni cómo o cuándo se cometieron.

374. En el proceso AIR-E allegó documentación, presentó testimonios y aportó dos dictámenes periciales mediante los cuales intentó probar el supuesto incumplimiento de UFINET de estas obligaciones. En el *“Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01”*, que en opinión del Tribunal es el único medio de prueba que analiza con cierto detalle los supuestos incumplimientos en materia de mantenimiento, reposición, reparación y mantenimiento preventivo, el perito Ricardo Ramírez, que elaboró el dictamen aportado por AIR-E, luego de definir lo que él entiende por esos conceptos, reiteró que UFINET no había dado cumplimiento a las normas y reglamentos técnicos aplicables en materia de operación y mantenimiento de las redes, ni había cumplido con su deber de trasladar dicha obligación a los cableoperadores¹⁴².

375. El perito Ramírez sostuvo, además, que la obligación a cargo de UFINET se encontraba contemplada así: *“...la instalación de nuevas redes de telecomunicaciones y la operación y el mantenimiento se realizarán de acuerdo con lo establecido en la regulación vigente y en los procedimientos establecidos por ELECTRICARIBE, actualmente AIRE-e. (Contrato Telecorp 004.01, Clausula Tercera, literal a), modificada por el Otrosí No. 2 y Cláusula Décima, Literal a), modificada por el numeral Séptimo del Otrosí No. 1)”*¹⁴³, lo que, a juicio del perito, no había ocurrido.

¹⁴² Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 9 y siguientes.

¹⁴³ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página10.

376. Afirmó también que no existía evidencia de que Electricaribe y UFINET se hubieran prestado asistencia recíproca sobre esta materia y dijo, luego de analizar diez (10) contratos con cableoperadores (muestra que tiene el mismo reparo mencionado en el análisis de la Pretensión Segunda Principal), que UFINET *"...no trasladó a los terceros que acceden a la infraestructura las obligaciones de trasladar, operar y mantener las redes de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG-140 de 2014, en la forma como se pactó en el Contrato Telecorp 004.01, según puede observarse más adelante en el numeral 5.1.2"*¹⁴⁴.

377. Mas adelante, en el numeral 5.1.2 del mencionado dictamen, el perito Ramírez citó algunas normas aplicables en materia de mantenimiento, reposición, reparación de las redes eléctrica y de telecomunicaciones, en particular la Resolución CREG 063 de 2013 y el Anexo Técnico de la Resolución CREG 140 de 2014, y concluyó que *"la función de los postes, torres, ductos y cámaras de las redes operadas por el Proveedor de Infraestructura será únicamente la de soportar mecánicamente el peso y la tensión de tendido de las redes y equipos autorizados"*. A renglón seguido reiteró lo dicho antes en su dictamen en cuanto a que los postes no pueden ser sometidos a una tensión mecánica mayor a la determinada por la carga máxima, que los cables o conductores que se instalen en la infraestructura eléctrica deben ser auto-soportados y que no se deben exceder las tensiones máximas permitidas.

378. En el Numeral 5.1.2 del dictamen el perito afirmó que eran muy relevantes las disposiciones de la CREG relacionadas con el mantenimiento, reparación y reposición de la infraestructura, y que no tenía *"...evidencia de que dichas disposiciones se hayan incorporado en las obligaciones que deben cumplir los cableoperadores que hacen uso compartido de la infraestructura eléctrica"*¹⁴⁵.

379. Más adelante, en el Numeral 5.1.4 de su dictamen, el Perito Ramírez explicó cómo, a partir del análisis de 8.080 intervenciones correctivas a la infraestructura y de comunicaciones obtenidas de las cuadrillas de mantenimiento de AIR-E, se identificaron varias situaciones de no conformidad que *"...evidencian deficiencias notables en labores de mantenimiento, montaje o reparación"*, pues se encontró que un 83% de los apoyos observados tienen equipos de comunicaciones en estructuras que tienen equipos de maniobra eléctrica, un 63% de los apoyos observados muestra que los equipos de

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 17.

comunicaciones se sujetan a la red eléctrica, un 27% ocasiona sobreesfuerzos a la red, y un 24% tiene perforaciones, situaciones todas que contravienen, según lo señala, lo dispuesto en la Resolución CREG 140 de 2014. Todo esto, en opinión del perito, refleja una falla en el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo por parte de UFINET.

380. En la misma línea, el perito explicó cómo, de los 8080 postes intervenidos por AIR-E, 3.450 tienen un mayor número de reservas a las permitidas, 90,25% tienen más de tres conductores por apoyo, y en el 10.9% existe más de una caja de empalme, contraviniendo lo ordenado en la Resolución CREG 140 de 2014 y lo pactado en el Contrato. Todo lo anterior llevó al perito de AIR-E a reiterar su conclusión en el sentido de que UFINET no había cumplido con sus obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento correctivo, tal como estas están consagradas en las normas y reglamentos técnicos y en el Anexo Técnico del Contrato.

381. AIR-E hizo referencia también a algunas declaraciones de testigos para soportar su pretensión, de los cuales el Tribunal destaca el testimonio rendido por Jorge Leonardo Ditta Cadena, quien resumió las presuntas irregularidades en los siguientes términos:

"Árbitro: relátele por favor al Tribunal cuales son las principales conclusiones del informe de auditoría.

"Jorge Leonardo Ditta: (...) El segundo como capítulo o apartado del aspecto técnico tiene que ver con eso, con la disposición de la infraestructura de telecomunicaciones sobre la red eléctrica, es decir, como tu accedes a ello y si accedes de manera técnica, de manera correcta. Entonces UFINET en virtud del usufructo y como administrador de la infraestructura eléctrica para los cableoperadores es el vigilante y a la vez debería controlar todo ese tipo de situaciones para que no llegase a la situación que se llegó. Hoy en día las situaciones de peligro o inseguridad son terribles, no tiene uno ni que buscarlas, tiene uno que salir nada más porque esto está en las calles principales, por lo menos en el trayecto de aquí a mi casa uno ve situaciones que uno dice, pero en qué momento se llegó a esto, si existió alguien que debía ser vigilante de esta situación y que tenía un contrato y así lo exigía este contrato"¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 de agosto de 2022. A partir del Minuto 00:40:19.

382. Como puede concluirse del fragmento antes citado, la posición de la Convocante respecto de la pretensión Tercera Principal es esencialmente la de que, dado que el estado de la red que UFINET administraba incumplía las disposiciones técnicas aplicables, debe concluirse que también incumplía las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición de elementos y mantenimiento preventivo, pues el primer incumplimiento se derivaba directamente del segundo.

5.2.3.2. Posición de la Convocada

383. En su escrito de contestación a la reforma de la demanda inicial, la Convocada aceptó que correspondía a UFINET el mantenimiento, reparación y reposición de la red de telecomunicaciones, pero no se refirió de manera directa a la pretensión de AIR-E. Sin embargo, la Convocada presentó como excepciones de mérito las denominadas "*Inexistencia de Incumplimientos de UFINET*", "*Diligencia o Ausencia de Culpa de UFINET*", "*Inexistencia de Incumplimiento Resolutorio*" y "*No procede declarar la Responsabilidad Civil de UFINET*".

384. UFINET sostuvo que había dado cumplimiento a todas sus obligaciones derivadas del Contrato, y manifestó en los numerales 43 y 44 de la contestación de la demanda lo siguiente:

"43. Debe indicarse desde este momento que UFINET viene gestionando de manera eficiente y diligente, durante los últimos 20 años, miles de postes y demás elementos que componen la infraestructura eléctrica usufructuada que inicialmente pertenecían a Electricaribe. Sin embargo, a Ufinet le resulta materialmente imposible, como también sería imposible para el propio operador eléctrico, garantizar y prevenir que ninguno de estos postes pueda sufrir afectaciones, deterioros o intervenciones en algún punto por parte de terceros. Lo que sí es absolutamente posible es subsanar y corregir cualquier anomalía que se llegase a identificar en el marco de las labores de inspección u mantenimiento, tal y como prevé el Contrato.

"44. Ufinet ha constituido un modelo de interventoría, ejecutada por personal directo, que cubre las distintas zonas comprendidas dentro del alcance contractual, y cuenta con servicios de viabilidad técnica contratados con terceros. Así, a través de la labor conjunta de ambos equipos, Ufinet ha podido identificar y corregir, durante 20 años, las diversas vicisitudes que, de manera normal y usual, se pueden presentar en una infraestructura que se extiende a lo largo de cientos

*de kilómetros, en varios departamentos, incluyendo los tres que ahora atiende Air-e*¹⁴⁷.

385. Más adelante, en el numeral 70 de su contestación, UFINET sostuvo nuevamente que no existió ningún incumplimiento contractual de su parte, y que los supuestos hallazgos de AIR-E, de existir, reflejan situaciones normales en la operación de la infraestructura de telecomunicaciones. Reiteró que venía adelantando un plan de interventoría mensual que consistía en la verificación, supervisión y revisoría del cumplimiento de las normas CREG, CRC y RETIE por parte de los cableoperadores, hecho éste que, según UFINET, fue reconocido por AIR-E en su Informe de Auditoría Interna. Adicionalmente, recordó que entre 2015 y 2016 había realizado un censo para evidenciar la existencia de redes no identificadas o instaladas sin autorización, siguiendo el debido proceso consagrado en el artículo 5 de la Resolución CREG 063 de 2013.

386. UFINET aportó al proceso el dictamen pericial de contradicción elaborado por el perito Jaime Roldán, en el que este último contravirtió las conclusiones del perito Ramírez y puso en duda su contenido por falta de claridad o de concreción, por incluir frases tales como: *“No se tiene conocimiento de (...), Se desconocen las condiciones (...) y No se encontraron evidencias que (...)”*. Adicionalmente el perito Roldán cuestionó las conclusiones del perito Ramírez en materia de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo, pues a su juicio no eran claras y estaban basadas en una muestra de 8.080 intervenciones que *“dista de ser una muestra de observaciones aleatorias”*¹⁴⁸.

387. En ese sentido el Perito concluyó, tal como el Tribunal lo explicó en el análisis de la Pretensión Segunda Principal, que la muestra de 8080 intervenciones usada por el perito de AIR-E para fundamentar sus conclusiones en materia de mantenimiento no era representativa, pues ellas se basaron en el universo conformado exclusivamente por las intervenciones correctivas realizadas por AIR-E en postes en los que ella sabía de antemano que existía una posible falla, y no del universo de los más de 190.000 postes vinculados al Contrato. Esa situación impedía, a juicio del perito, llegar a una conclusión imparcial y objetiva sobre el cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo por parte de UFINET en la totalidad de los postes vinculados al Contrato.

¹⁴⁷ Página 9 de la contestación de la demanda reformada.

¹⁴⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 55.

388. Además de lo anterior, el perito se pronunció sobre otras obligaciones a cargo de UFINET que, a juicio del perito, están íntimamente ligadas con las obligaciones de mantenimiento, reparación, reparación y mantenimiento preventivo, pues todas ellas son actividades que están entrelazadas entre sí.

389. Adicionalmente, el perito sostuvo que existía evidencia de las acciones de control y seguimiento realizadas por UFINET, y que esta última sociedad:

“sí está cumpliendo con sus obligaciones de administrar los contratos para el uso de infraestructura; velando por el cumplimiento de las obligaciones por parte de las PRST, que no era otra que la de cumplir con el anexo técnico del contrato y con la regulación vigente; y cumpliendo con las actividades de seguimiento, control y vigilancia de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido”¹⁴⁹.

390. Y sostuvo también que UFINET:

“tiene la capacidad de cumplir con los requisitos legales, regulatorios y contractuales correspondientes para realizar la gestión de los activos de uso compartido de la infraestructura eficientemente dentro de las características que presenta este mercado en Colombia (...)”¹⁵⁰.

391. Finalmente, el perito Roldán concluyó que UFINET había cumplido con sus obligaciones de acceso, de seguimiento, de vigilancia, de control, de supervisión y de administración, y que:

“a. Sí hay evidencia de las actividades adelantadas por Ufinet de legalización de PRST que utilizan la infraestructura sin autorización o ilegalmente,

“b. También hay evidencia de las acciones judiciales iniciadas por Ufinet para impedir el uso no autorizado de la infraestructura eléctrica,

“c. Existen muchos más de dos casos mencionados por el Dictamen de hallazgos y no conformidades sobre los cuales Ufinet realiza seguimiento, vigilancia y control (ver, por ejemplo, los 250 correos electrónicos intercambiados entre Ufinet y los PRST),

¹⁴⁹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 72.

¹⁵⁰ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 72.

"d. Finalmente, sí hay provisiones contractuales que obligan a los PRST a entregar información técnica del despliegue de la red, al inicio de la operación y durante cualquier actuación que se realice a la red, más aún, Ufinet, tal como se ha mencionado, realiza interventorías periódicas sobre la infraestructura de telecomunicaciones que utiliza la infraestructura eléctrica, justamente con el objetivo de revisar el cumplimiento de la norma técnica y regulación vigente"¹⁵¹.

392. La posición de UFINET fue recogida en sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

"Para empezar, es evidente de todas las pruebas arrojadas al proceso y los testimonios practicados que Ufinet no ha abandonado el Contrato, sino que, por el contrario, tiene un área dedicada a la gestión de la infraestructura en compartición. La conformación del área y su funcionamiento fue explicada en detalle por Iván Sánchez, Claudia Moreno y Adriana Ojeda.

"Los testigos también dieron cuenta de la manera como Ufinet monitorea la infraestructura eléctrica y las gestiones que adelantan las cuadrillas para realizar los procesos de interventoría. Como parte de dicha gestión, también constan en el expediente todas las actividades que Ufinet ha adelantado en pro de gestionar los contratos con terceros y en desarrollo de su deber de vigilar la infraestructura otorgada en usufructo, lo que incluye, pero no se limita a querellas, legalizaciones, cuñas radiales, censos y planes de ordenamiento de redes y planes de normalización como los adelantados y/o propuestos para Barranquilla en general, su calle 72 y para Santa Marta"¹⁵².

5.2.3.3. Consideraciones del Tribunal sobre la Tercera Pretensión Principal

393. Al igual que en la pretensión anterior, el Tribunal considera que el problema jurídico a dilucidar es cuál era el contenido y alcance de las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo de la red de telecomunicaciones, y si la Convocante probó que UFINET incumplió con esas obligaciones.

¹⁵¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 76.

¹⁵² Páginas 60 a 63 de los alegatos de Conclusión de UFINET.

5.2.3.4. Obligación que se considera incumplida

394. Las estipulaciones contractuales en materia de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo de la red de telecomunicaciones están consignadas principalmente en la cláusula décima del Contrato, modificada en el otrosí No. 1, en la que las Partes acordaron:

*"Cláusula Décima d) **Mantenimiento – Corresponderá a GNF TELECOMUNICACIONES el mantenimiento, reparación y reposición de la Red de Telecomunicaciones de su propiedad.** Así mismo GNF TELECOMUNICACIONES trasladará esta obligación a los terceros que accedan a la infraestructura de ELECTRICARIBE y que sean propietarios de la red de Telecomunicaciones. (...).*

"GNF TELECOMUNICACIONES se obliga a trasladar a los Proveedores de Telecomunicaciones con quienes hubiere contratado o contrate los servicios para el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, todas las obligaciones establecidas en la regulación. Así mismo les exigirá la constitución de pólizas y garantías para salvaguardar las instalaciones eléctricas y el cumplimiento de sus obligaciones" (se destaca).

395. El mantenimiento preventivo, por su parte, se encuentra contemplado en el literal (a) de la cláusula tercera "Alcance del Objeto", en los siguientes términos:

"Mantenimiento preventivo: Para efectos de mantenimiento preventivo, de las redes de telecomunicaciones instaladas sobre la infraestructura eléctrica, UFINET podrá adelantar la poda, tala, aprovechamiento forestal y otros (en delante los Permisos) que sea necesario para el efecto, bajo el amparo de los permisos ambientales otorgados por las autoridades a ELECTRICARIBE, siempre y cuando estos permisos no lo restrinjan o prohíban.

"Para este efecto, UFINET podrá adelantar podas, talas o aprovechamiento forestales, directamente o a través de contratistas acatando todas las instrucciones que sobre el particular emita ELECTRICARIBE.

"Para este efecto, ELECTRICARIBE remitirá una relación de los actos administrativo -SIC- que contienen el permiso de poda en los Departamentos de Cesar y Magdalena y el Distrito de Barranquilla, indicando su vigencia.

"(...)

"En este último evento, UFINET defenderá e indemnizará a ELECTRICARIBE por las reclamaciones, demandas y acciones que se le instauren, asumirá el costo de los abogados que designe ELECTRICARIBE y cancelará el valor de las sanciones y/o indemnizaciones que se impongan (...)".

396. Del texto literal de las estipulaciones en materia de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo se desprende claramente que UFINET es el responsable de adelantar cada una de esas actividades; sin embargo, el Tribunal anota que en ninguna parte del Contrato se define con precisión cuáles son específicamente los deberes de mantenimiento, reparación, reposición o mantenimiento preventivo ni se establece cómo ellas han de efectuarse. La única acción que se explica con algún detalle es la de reposición, la cual se desarrollaba a través de podas, talas u otros aprovechamientos forestales que permitían contar con apoyos para reponer postes en mal estado.

5.2.3.5. Análisis Probatorio

397. La lógica indica al Tribunal que las acciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo eran todas aquellas que tenían que adelantarse por UFINET para permitir que la red de telecomunicaciones operara adecuadamente. Sin embargo, del análisis del contexto general del Contrato, así como de los peritajes allegados por AIR-E y UFINET, el Tribunal observa que, además de no ser claras, las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo, no son autónomas o independientes, precisamente porque su alcance y contenido depende y está entrelazado con el alcance y contenido de otras obligaciones a cargo de UFINET, que forman parte del conjunto de acciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento de las redes eléctricas y de telecomunicaciones.

398. En efecto, el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que, para efectos de explicar por qué razón UFINET había cumplido o incumplido sus deberes de mantenimiento en general, tanto el perito Ramírez como el perito Roldán, respectivamente, recurren al análisis de otras obligaciones diferentes de UFINET, las que les sirven, a su vez, para explicar por qué motivo UFINET había incumplido o cumplido sus obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo.

399. Es el caso de obligaciones tales como las de aplicar las normas y reglamentos técnicos (en las que se dice cómo ha de ser y funcionar la red) consagradas en la cláusulas cuarta y décima del Contrato, o de las obligaciones de seguimiento, control y vigilancia de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido incluidas en las cláusulas tercera y décima, o de las obligaciones de administración de la red y de gestión de activos compartidos (que buscan el manejo ordenado y eficiente de ésta) pactadas en la cláusula cuarta.

400. Así las cosas, habida cuenta de que, como ya se mencionó, el Contrato no define cuál es el alcance o cómo deben cumplirse las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo, el Tribunal partirá de la misma premisa de la que partieron ambos peritos para adoptar sus respectivas posiciones, esto es, que una buena labor de mantenimiento, reparación, reposición o mantenimiento preventivo requiere, (i) de una debida aplicación de las normas técnicas para asegurar el cumplimiento de las reglas concernientes al estado de la red; (ii) de una buena gestión de seguridad para garantizar que el estado de la red no genere riesgos; (iii) de unas actividades adecuadas de vigilancia, seguimiento y control de la red y de los cableoperadores, para asegurar que estos últimos cumplan con sus obligaciones; (iv) de un buen manejo de activos y una buena administración del contrato; y, finalmente, (v) de las obras físicas sobre la red requeridas para que se cumplan, entre otros, los anteriores objetivos.

401. El Tribunal considera que en el expediente no existe evidencia de que UFINET hubiera incumplido con la obligación de dar aplicación a las normas y reglamentos técnicos (tal como lo concluyó al decidir la Segunda Pretensión Principal), o con su obligación en materia de seguridad, o con su obligación de administrar el Contrato, o con su obligación de hacer seguimiento, control y vigilancia sobre la red y sobre las actividades de los cableoperadores. En tal sentido, el Tribunal concuerda con lo afirmado por el perito Roldán en su dictamen, en el que sostuvo que UFINET:

“sí está cumpliendo con sus obligaciones de administrar los contratos para el uso de infraestructura; velando por el cumplimiento de las obligaciones por parte de las PRST, que no era otra que la de cumplir con el anexo técnico del contrato y con la regulación vigente; y cumpliendo con las actividades de seguimiento, control y vigilancia de

*los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido*¹⁵³ (resaltado fuera de texto).

402. Y además que:

"a. Sí hay evidencia de las actividades adelantadas por Ufinet de legalización de PRST que utilizan la infraestructura sin autorización o ilegalmente,

"b. También hay evidencia de las acciones judiciales iniciadas por Ufinet para impedir el uso no autorizado de la infraestructura eléctrica,

"c. Existen mucho más de dos casos mencionados por el Dictamen de hallazgos y no conformidades sobre los cuales Ufinet realiza seguimiento, vigilancia y control (ver, por ejemplo, los 250 correos electrónicos intercambiados entre Ufinet y los PRST),

*"d. Finalmente, sí hay provisiones (sic) contractuales que obligan a los PRST a entregar información técnica del despliegue de la red, al inicio de la operación y durante cualquier actuación que se realice a la red, más aún, Ufinet, tal como se ha mencionado, realiza interventorías periódicas sobre la infraestructura de telecomunicaciones que utiliza la infraestructura eléctrica, justamente con el objetivo de revisar el cumplimiento de la norma técnica y regulación vigente"*¹⁵⁴.

403. El Tribunal coincide con el perito Roldán, quien afirma que el hecho de que UFINET hubiera cumplido adecuadamente con sus obligaciones de acceso, control, seguimiento, vigilancia supervisión y administración, así como de administrar los contratos para el uso de la infraestructura, indica que dicha compañía cumplió con sus obligaciones de mantenimiento, pues no se entiende cómo puede cumplir las primeras funciones y no con la segunda, cuando esta última depende del cumplimiento de las primeras, tal como se desprende del análisis realizado por ambos peritos.

404. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal considera que AIR-E no probó que UFINET hubiese incumplido con sus obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo respecto de la red que estaba a su cargo. Al igual que respecto de las pretensiones anteriores, AIR-E fundamentó en parte esta pretensión en la consideración de que las fotografías y las evidencias numéricas aportadas por ella demostraban una falta de mantenimiento de la red

¹⁵³ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 72.

¹⁵⁴ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 76.

de telecomunicaciones; sin embargo, también al igual que se señaló al resolver las anteriores pretensiones, el Tribunal considera, por las razones explicadas al decidir las, que las evidencias gráficas y las cifras dadas por AIR-E no son representativas del estado general de la red de telecomunicaciones.

405. Por el contrario, de la valoración conjunta de diversas pruebas obrantes en el expediente se desprende que la Convocada sí cumplió con sus obligaciones. En efecto, esto se colige del Dictamen pericial elaborado por el perito Juan Manuel Roldán, del Modelo de Interventoría aportado por UFINET¹⁵⁵, de algunos correos en los que se notifica a los cableoperadores de hallazgos que fueron resultado de las interventorías¹⁵⁶, así como de las declaraciones de algunos testigos que explicaron cómo se había hecho el inventario de la red por parte de UFINET y cómo era el programa de auditoría para solucionar fallas. Además, con fundamento en tales declaraciones el Tribunal concluye que la Convocada sí adelantó programas de poda para el mantenimiento y reposición de postes averiados y que, al menos hasta el año 2020, ELECTRICARIBE y UFINET adelantaron acciones coordinadas en materia de mantenimiento, preservación y protección de la red. AIR-E no cuestionó las pruebas a las que se ha hecho referencia.

406. En efecto, es importante señalar, en primer término, que en el informe de auditoría interna elaborado por AIR-E, dicha sociedad reconoció la existencia de un Modelo de Interventoría al interior de UFINET en los siguientes términos:

*"Durante la revisión se observó que UFINET cuenta con un modelo de interventoría desarrollado bajo la responsabilidad de su Unidad de Infraestructura, **el cual tiene como objetivo supervisar la aplicación de los requisitos normativos (técnicos y regulatorios) durante la instalación de nuevos tendidos, la ejecución de adecuaciones correctivas y en las redes de telecomunicaciones existentes.***

"El anterior modelo es desarrollado por un supervisor de Ufinet en cada departamento (Atlántico y Magdalena), los cuales se encargan de ejecutar las revisiones en las zonas urbanas, mientras que las revisiones en La Guajira y zonas rurales (o que no hacen parte del área metropolitana) son ejecutadas por un tercero que dispone de una

¹⁵⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. Anexos Contradictámenes Ufinet. 1 Contra-Dictamen 1- Dictamen Pericial. Anexo 16- Proceso de interventoría.

¹⁵⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. Anexos Contradictámenes Ufinet. 1 Contra-Dictamen 1- Dictamen Pericial. Anexo 19- Correos electrónicos con PRST.

plantilla por demanda según el volumen de asignaciones de supervisión recibidas por parte de Ufinet. La selección de los proyectos para incluir en el modelo de interventoría, se realiza con carácter general considerando las vías principales de cada territorio (por el nivel de riesgo asociado), así como aquellos proyectos de instalación de nuevos tendidos que pueden suponer una complejidad alta.

"Producto de la supervisión realizada bajo este modelo, Ufinet emite un informe para cada operador de las redes de telecomunicaciones con los resultados de las inspecciones realizadas, para que este proceda a realizar las acciones correctivas necesarias. Adicionalmente, realizan un seguimiento mensual de las incidencias reportadas a cada operador con el fin de evidenciar su corrección.

"Si bien se observaron evidencias de la aplicación del modelo de interventoría desarrollado por Ufinet, es importante destacar el alto volumen de incidencias técnicas identificadas durante la revisión en situ (sic) para una muestra de apoyos, los cuales fueron seleccionados considerando las vías principales de los diferentes territorios visitados" (se destaca)¹⁵⁷.

407. En línea con lo anteriormente reseñado, la testigo Claudia Moreno, funcionaria de UFINET, afirmó lo siguiente sobre este tema:

"Apoderado Ufinet: Esos contratistas que usted menciona, ¿qué están haciendo? ¿Están recorriendo unas zonas a ver si encuentran anomalías y registrarlas o cómo funciona ese contratista?"

Claudia Moreno: Nosotros desde la interventoría, desde la coordinación, detectamos zonas que necesitamos intervenir, enviamos puntualmente un interventor para que analice la problemática y dado lo que nosotros identificamos, contratamos las labores de contratista, específicamente que vaya a corregir y verificar lo que estamos viendo. Por ejemplo, si estamos haciendo un tema de ilegales que detectamos en la zona, mandamos al contratista, que me revise si en la zona x este operador, este otro operador están presentes y que me diga qué otros operadores están, si? Porque son operadores que están haciendo con este tema de las dos mil licencias que el mismo ministerio de comunicaciones apoyó en el 2019- 2020, expidieron veinte mil o dos mil licencias de TIC entonces la

¹⁵⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 1_Subsanación Demanda 01072021. Expediente. Subsanación Demanda 020721. Pruebas. Informe Técnico- Auditoria 20-AI-002. Página 26.

proliferación de empresas pequeñas para el despliegue de redes ha sido bastante significativa. Son personas que no respetan los procedimientos, ven en este negocio la oportunidad de lucrarse sin contemplar cuál es el deber ser. Entonces pedimos al contratista que vaya al lugar porque hay clientes que se han quejado porque dicen UFINET mire, aquí estamos detectando este cliente, los mismo clientes a veces nos dicen. O nosotros con el contratista en los estudios de viabilidad que hacemos, porque vamos a cada poste que nos colocan en los proyectos, nosotros vamos al lugar y nos damos cuenta de quiénes están ahí, el contratista nos reporta: ingeniera estoy viendo tal operador en tal parte, entonces vamos allá lo contrato y le digo: hazme el mantenimiento de esa red, revísame a ver quién es, revísame si tiene marquillas. Cuando él me entrega e insumo, nosotros ese insumo se lo entregamos al área de contratación que se encarga de la normalización de los usos entonces miramos si es que el cliente tiene contrato o no tiene contrato, el inventario que tiene, cuáles son las condiciones de la red, si la red cumple o no cumple, si tiene marquilla, si está construyendo por debajo del área que es, si tiene que subir la red. Todo ese proceso se hace con el cliente en ese proceso normalización de redes porque no solamente es llegar a facturar, es llegar a revisar las condiciones de la red que se está normalizando.

"Apoderado Ufinet: Aprovechando el ejemplo, ¿qué pasa si hay un cliente con contrato? ¿Qué hacen ahí en ese caso?"

"Claudia Moreno: Cumplimos el procedimiento de uso no autorizado que está en la CREG 063 donde nosotros inicialmente tenemos que hacer una notificación al cliente, nosotros tenemos unas plantillas que están definidas ya sea un ilegal o un cliente nuestro, en dado caso ambos son usos no autorizados, pero digamos tienen un enfoque distinto porque uno tiene un contrato y el otro no. En estos que son clientes nuestros, hacemos un llamado al contrato a través de una notificación formal. Y lo invitamos a normalizar la red. A usted se le detectó esta red, tiene tanto tiempo para notificar el inventario sobre esto y vamos a una verificación conjunta. Ese es el proceso que hacemos nosotros. Igual nosotros en ese proceso de legalización nosotros en el contrato tenemos unas multas estipuladas por estas actividades. Cuando este cliente es reiterativo en estas acciones ya nosotros no entramos a legalizar si ya vemos un cliente que tiene una mala práctica en esto, ya nosotros no entramos a legalizar, sino que

*simplemente le decimos: desmonta y presenta tu proyecto como debe ser, como los demás operadores de telecomunicaciones*¹⁵⁸.

408. Se observa, entonces, que las actividades de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo a cargo de UFINET fueron actividades que se desarrollaron en conjunto con otras labores, incluidas las atinentes a la supervisión y control de la red, prevención en materia de seguridad, aplicación de las normas técnicas, y la administración del Contrato. Se destaca nuevamente que durante 20 años ELECTRICARIBE y UFINET mantuvieron una relación respecto de la cual no existe evidencia en el expediente que se hubieran presentado controversias en lo atinente al mantenimiento de la red, ni se acreditó que las autoridades hubieran presentado reclamo alguno por falta de mantenimiento de la red de telecomunicaciones.

409. En el año 2020 ELECTRICARIBE cedió el Contrato a AIR-E, y, como consecuencia de esa cesión, se dio una sustitución contractual en desarrollo de la cual AIR-E asumió la ejecución del Contrato en el estado en el que se encontraba. Durante la instrucción del arbitraje ninguna de las partes aportó prueba alguna en el sentido de que AIR-E hubiera hecho alguna reserva o dejado alguna constancia o manifestación con respecto a la manera como ELECTRICARIBE o UFINET venían ejecutando el Contrato, de donde se desprende que AIR-E no habría hecho salvedad respecto del mantenimiento de la red¹⁵⁹. Por esta circunstancia, no pueden desconocer las consecuencias que se derivan de la aplicación práctica del Contrato hechas durante veinte años por la Partes, y los efectos que las mismas generan en materia de interpretación contractual, así como respecto de las legítimas expectativas que las partes se generan por los comportamientos anteriores de sus cocontratantes.

410. Con base en todo lo señalado anteriormente, el Tribunal concluye que AIR-E no probó que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo.

411. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal declarará que prospera la excepción presentada por UFINET denominada "Inexistencia de Incumplimientos de UFINET" y negará la tercera pretensión principal.

5.2.3.6. Pretensiones Subsidiarias

¹⁵⁸ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir del Minuto 1:12.

¹⁵⁹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 7 de septiembre de 2022. A partir del Minuto 16:04.

412. En la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, la Convocante solicitó al Tribunal declarar que UFINET "*incumplió el Contrato TELECORP 004.01 "en lo relativo a las obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición de elementos y mantenimiento preventivo a cargo de UFINET COLOMBIA S.A previstas, entre otras, en las cláusulas Tercera y Décima del Contrato"*, pretensión que, evidentemente, es igual a la Tercera Pretensión Principal. Por ese motivo, la totalidad de consideraciones y argumentos que el Tribunal ha realizado para decidir la Tercera Pretensión Principal son aplicables a la pretensión subsidiaria, razón por el cual denegará también la Tercera Pretensión Subsidiaria.

5.2.3.7. Decisión sobre la Tercera Pretensión Principal y la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

413. Con base en las consideraciones expresadas en los párrafos anteriores, el Tribunal negará la Tercera Pretensión Principal y la Tercera Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, pues AIR-E no demostró el incumplimiento por parte de UFINET de sus obligaciones de mantenimiento, reparación, reposición y mantenimiento preventivo. Por el contrario, el Tribunal considera que existe evidencia en el expediente que le permite concluir que UFINET sí cumplió con dichas obligaciones, tanto en la época en la que su cocontratante fue ELECTRICARIBE como después de la cesión a AIR-E.

5.2.4. Cuarta Pretensión Principal

414. En la Cuarta Pretensión Principal, la Convocante solicita al Tribunal que declare que "*UFINET incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para telecomunicaciones en lo relativo a la obligación de seguridad*" a cargo de UFINET.

5.2.4.1. La posición de la Convocante

415. En la demanda arbitral reformada, la Convocante sostuvo que, como consecuencia de la inspección realizada entre octubre de 2020 y enero de 2021 sobre 1028 postes, encontró que algunos de ellos presentaban situaciones que reflejaban un incumplimiento por parte de UFINET de las normas y reglamentos técnicos, lo que traía como consecuencia un riesgo a la seguridad de las personas, la red eléctrica y la red de telecomunicaciones¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Página 17 del escrito integrado de la demanda reformada.

416. Según AIR-E, en la inspección se encontró que el 82% de los postes arrojaban un resultado de "No Conforme" por cuenta de varios eventos generadores de riesgo que describió así:

"42. Dichos eventos fueron valorados según su recurrencia y nivel de riesgo, y se encuentran clasificados de la siguiente forma:

- a) *La Disposición de la red de Telecomunicaciones representa un riesgo a la seguridad de las personas.*
- b) *No se cumple con distancia (sic) de seguridad entre la Red de Telecomunicaciones y Red Eléctrica o superficiales (calles, zonas peatonales, áreas sujetas a tráfico vehicular, entre otros. (sic)*
- c) *Se evidencian afectaciones mecánicas del poste/torres (perforaciones o sobreesfuerzo) producto de la Red de Comunicaciones.*
- d) *Sujeción inadecuada de Red de Telecomunicaciones o por medio de la Red Eléctrica.*
- e) *Instalación de Red de Telecomunicaciones (diferente a cables conductores) en postes/torres con transformadores de distribución y/o equipos de maniobra"¹⁶¹.*

417. Y luego, en el Párrafo 45 del escrito introductorio, la Convocante afirmó que:

"La cantidad de eventos generadores de riesgo eléctrico identificados en las redes de telecomunicaciones instaladas y apoyadas en la infraestructura eléctrica reveló lo que son serios y graves incumplimientos contractuales y regulatorios (Resolución 063 de 2013, 141 de 2014 y 5098 expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, Resolución 90708 de 2013 expedida por el Ministerio de Minas y Energía) por parte de Ufinet, representativos de una amenaza latente y peligro inminente que encajan en la definición de peligro inminente establecida en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE), artículo 36, con incidencia de afectación de derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos como la vida de las personas, la vida animal o vegetal".

418. A continuación, en el párrafo 46 de la demanda reformada, AIR-E relató que el 9 de marzo de 2021, el periódico el Heraldo había informado de un "...accidente fatal en el cual un motociclista perdió la vida a causa de ser impactado por un elemento de telecomunicaciones que cayó de la infraestructura

¹⁶¹ Página 18 de la demanda Integrada.

eléctrica". En los párrafos siguientes AIR-E presentó unos mapas o fotos de varias ciudades que, a su juicio, reflejaban cómo la disposición de la red de telecomunicaciones representaba un riesgo de seguridad para las personas, entre otras razones, porque no se respetaban las distancias de seguridad entre la red de telecomunicaciones y la red eléctrica.

419. En el párrafo 48 de la demanda reformada AIR-E reprodujo dos fotografías que a su juicio evidenciaban las graves infracciones de seguridad cometidas por UFINET y, seguidamente, en el párrafo 49 de su escrito integrado, afirmó que: *"La naturaleza de los eventos de riesgo eléctrico generados por ocasión de la infraestructura de telecomunicaciones instalada y apoyada en la infraestructura eléctrica tienen connotación de persistentes en el tiempo, sistemáticos y reiterados, pues su identificación se evidenció en varios puntos de los municipios ubicados en los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena apreciando un estado de deterioro en la infraestructura"*.

420. Además del informe anteriormente reseñado, que forma parte del Informe de Auditoría Interna, y de los registros fotográficos mencionados, durante el proceso AIR-E aportó otros documentos, solicitó la práctica de varios testimonios y entregó el dictamen pericial elaborado por el Perito Ricardo Ramírez, denominado "Dictamen de Seguridad en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01".

421. En línea con lo anteriormente señalado, en el informe de auditoría de AIR-E se indica lo siguiente:

"A partir de una revisión realizada in situ para una muestra de 1.028 apoyos de propiedad de Air-e S.A. E.S.P. en los departamentos de Atlántico, Magdalena y Guajira, se observaron un elevado número de incidencias en los equipos y redes de telecomunicaciones instalados en la infraestructura eléctrica, las cuales representan un riesgo de seguridad para la vida humana (comunidad, transeúntes, etc), animal o vegetal, así como también un riesgo para la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica.

"Del total de apoyos revisados, el 82% presentan al menos una incidencia de seguridad las cuales, conforme a la valoración del riesgo elaborada conforme al Modelo de Riesgos de la compañía, estos han sido valorados como "extremos" inaceptable para el proveedor de infraestructura eléctrica, siendo inminente y necesario adoptar una acción de control que mitigue de manera inmediata la ocurrencia del mismo y genere afectaciones en la salud y vida humana. (...)

"En línea con lo arriba indicado, la falta o poca diligencia de UFINET en exigir y velar por el cumplimiento de la normatividad mínima regulatoria en materia de riesgo eléctrico a los operadores de telecomunicaciones, ha sobreexposto a terceros a este riesgo, y en tanto se evidencia de manera general el estado inseguro de la infraestructura de telecomunicaciones se requiere de una intervención por parte de la compañía de tal forma que se contenga y supere de manera inmediata tal situación; aunado a que el esquema de cobertura de este riesgo a través de una compañía de seguros es insuficiente, teniendo que asumir un riesgo de judicialización de conflictos asociados a la responsabilidad extracontractual por la actividad de compartición de infraestructura eléctrica"¹⁶².

422. Adicionalmente, en el dictamen de seguridad elaborado por el perito Ing. Ricardo Ramírez Carrero, que AIR-E aportó como prueba, éste concluyó lo siguiente:

"En las mediciones y observaciones efectuadas en la visita de campo, identifiqué las siguientes situaciones que no cumplen las condiciones y requerimientos técnicos de seguridad obligatorios, por estar establecidos en la regulación, reglamentos técnicos, además de estar previstos en el contrato:

- *Distancia vertical de RT al piso menor a la requerida*
- *Distancia horizontal de RT a edificios menor a la requerida*
- *Afectaciones mecánicas a apoyos*
- *Sujeción inadecuada de equipos de red de telecomunicaciones*
- *Apoyo sin puesta a tierra*
- *Apoyo con riesgos a personas*
- *Distancias verticales a diferentes carreteras y calles de tráfico pesado menores a las permitidas*
- *Distancia de Red de Comunicaciones a Red Eléctrica menor a la requerida*
- *No identificación o identificación parcial de equipos de comunicaciones*
- *Instalación de equipos de Telecomunicaciones en apoyos con transformadores o equipos de maniobra*

¹⁶² Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 1_Subsanación Demanda 01072021. Expediente. Subsanación Demanda 020721. Pruebas. Informe Técnico- Auditoria 20-AI-002. Página 29.

"En el análisis de riesgos efectuado con base en una muestra representativa de apoyos con incidencias técnicas, identifiqué tres situaciones típicas y frecuentes de riesgo extremo para personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura de uso compartido:

- Distancia vertical de red de telecomunicación al piso menor a la requerida*
- Apoyos con riesgos a personas por cables, mensajeros o equipos sueltos*
- Distancias verticales a carreteras menores a las requeridas.*

f) En el análisis de riesgos efectuado con base en una muestra representativa de apoyos con incidencias técnicas, identifiqué cinco situaciones típicas y frecuentes de alto riesgo para operarios y personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura de uso compartido:

- Distancia horizontal de red de telecomunicaciones a edificaciones menor a la requerida*
- Sujeción inadecuada de equipos de telecomunicaciones*
- Apoyos sin puesta a tierra*
- Instalación de equipos de telecomunicaciones en mayor número al permitido*
- Distancia de red de comunicaciones a red eléctrica menor a la requerida*

"Con base en lo anterior concluyó:

- 1.** *Que no se han cumplido la totalidad de las prácticas de seguridad exigibles para la administración de la infraestructura de uso compartido a cargo de UFINET Colombia S.A. producto del uso compartido con los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones, como consecuencia de la celebración del Contrato TELECORP 004.01".*

423. En línea con lo que se concluyó en el Informe de Auditoría y en el dictamen de seguridad aportado, la testigo Cinthya Ferrer manifestó lo siguiente:

"Árbitro: indíquenos de manera general cuáles fueron los hallazgos que están plasmados en el informe de auditoría. (...)

"Cinthya Ferrer: podría decir que el hallazgo más importante fue el incumplimiento de la normatividad técnica por parte de los cableoperadores y en el orden de ideas de UFINET que era el responsable ante Electricaribe, después a AIR-e, de asumir la gestión y asegurar el cumplimiento de la normatividad técnica por parte de los cableoperadores de todo este componente, la normativa interna y externa, básicamente puedo decir que ese fue de los hallazgos más relevantes y representativos. No fue aislado, fue validado, verificado en los tres departamentos donde tiene presencia AIRE- atlántico, magdalena y guajira- lo que lleva a la conclusión que era un error o un incumplimiento sistemático, un incumplimiento normativo que estaba asociado al riesgo eléctrico, al incumplimiento de distancias de seguridad, al estado como tal de la infraestructura – y cuando hablo de la infraestructura de telecomunicaciones, hablo de la disposición que tenía en los apoyos o en la infraestructura eléctrica que además es una condición que era vencible en su momento"¹⁶³.

424. Del material probatorio reseñado anteriormente se desprende que el incumplimiento que AIR-E le imputa a UFINET en materia de seguridad es autónomo de la ejecución de las restantes obligaciones, pero se basa fundamentalmente en la supuesta inobservancia de normas y reglamentaciones técnicas por parte de esta última compañía, que pueden tener incidencia en la seguridad. Se destaca que el incumplimiento que será objeto de análisis en este acápite tiene relación directa con el asunto ya analizado por el Tribunal atinente al incumplimiento de normas técnicas.

5.2.4.2. Los argumentos de la Convocada

425. La Convocada sostiene que AIR-E se limitó a mencionar el incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de UFINET, sin desarrollar los fundamentos fácticos o jurídicos que lo justifiquen. Por ello, a su juicio, no debería haber lugar al reconocimiento de la Pretensión Cuarta Principal. Con respecto a esta pretensión la Convocada presentó como excepciones de mérito las que denominó Inexistencia de Incumplimientos de UFINET, Diligencia o Ausencia de Culpa de UFINET, Inexistencia de Incumplimiento Resolutorio y No procede declarar la Responsabilidad Civil de UFINET.

426. En su contestación a la demanda reformada, la Convocada se opuso a esta pretensión en los siguientes términos:

¹⁶³ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 7 de septiembre de 2022.

"115. Frente a la cuarta pretensión principal: Me opongo. No existía en cabeza de Ufinet obligación de seguridad alguna. En todo caso, Ufinet cumplió sus obligaciones contenidas en el Contrato. Se reitera que quien incumplió el Contrato fue Air-e, pues si consideraba que Ufinet había incumplido el Contrato en cuanto a la seguridad, así se lo debió informar expresamente y le debió conceder el derecho de brindar explicación y subsanar cualquier presunto incumplimiento, según lo dispone expresamente el Contrato"¹⁶⁴.

427. Los alegatos de conclusión presentados por UFINET recogen en gran parte la postura que fuera expresada en la respuesta a la demanda integrada. En ellos, sostiene que la Convocante solo hizo una referencia genérica al incumplimiento de las obligaciones de seguridad, sin explicar en qué términos esta era una obligación a cargo de UFINET y sin identificar los hechos particulares que constituyen el incumplimiento. Al respecto señaló:

"En lo relativo a los alegados deberes secundarios de conducta y a la obligación de seguridad, en la medida en que Air-e se limitó a hacer una referencia genérica a ellas, sin identificar los hechos específicos que podrían fundamentarlos, se deduce, sin asomo de duda, que no hubo incumplimiento alguno de tales deberes. De hecho, hasta este escrito de alegaciones, no se cuenta soporte alguno que permita a Ufinet identificar en qué consisten las alegaciones de Air-e ni el alcance del incumplimiento que se le atribuye a Ufinet en ese sentido. (...)

"Con todo, Air-e no incluyó una pretensión expresa relativa a la existencia de dicho riesgo eléctrico. Air-e sí incluyó una pretensión relacionada con la supuesta "obligación de seguridad a cargo" de Ufinet, sin embargo, como se expresó más atrás, Air-e no desarrolló este concepto ni explicó el origen de esa presunta obligación ni en qué consiste. Esto por sí solo debe llevar al Tribunal a negar la pretensión cuarta principal de la demanda"¹⁶⁵.

428. Además de lo anterior, en sus alegatos, UFINET hizo referencia a los medios de prueba allegados por AIR-E, y en particular a lo manifestado por la Convocada en su Informe de Auditoría Interna y en el Dictamen de Seguridad aportado en los siguientes términos:

¹⁶⁴ Página 45 de la contestación de la demanda reformada.

¹⁶⁵ Página 70. Alegatos de Conclusión de UFINET.

"Frente al presunto "riesgo eléctrico" lo primero a destacar es que Air-e no acreditó ante este Tribunal – ni reclamó a Ufinet – por hechos reales donde se haya materializado dicho presunto riesgo eléctrico. En la carta de terminación del 9 de marzo de 2021 Air-e hizo referencia a un hecho presuntamente acaecido el 5 de marzo de 2021, sin embargo, no brindó mayor detalle al respecto. Air-e no insistió ni volvió a mencionar dicho presunto incidente.

Al margen de lo anterior, Air-e no demostró que, como resultado de la conducta u omisión de Ufinet, se haya presentado algún evento eléctrico. Es decir, la decisión de Air-e se sustentó en un riesgo teórico, y no factual o real".

429. Adicionalmente, UFINET sostuvo que la muestra utilizada en el dictamen de seguridad no era representativa, ni aleatoria y objetiva, y que por lo tanto no podía tomarse como prueba de incumplimiento. Señaló:

"A diferencia del Informe Técnico o del dictamen técnico inicial, en este caso el perito de Air-e sí realizó un análisis estadístico para efectos de determinar la muestra aleatoria y representativa de la infraestructura en compartición. Sin embargo, como se acreditó con el Contra-dictamen de seguridad elaborado por Juan M. Roldán, dicho análisis no se hizo adecuadamente y, por tanto, la muestra no es representativa de la totalidad de infraestructura eléctrica en compartición del Contrato.

"En efecto, como se explica en el Contra-dictamen de seguridad, el perito de Air-e aseguró haber obtenido la muestra de los apoyos compartidos en Atlántico, Magdalena y La Guajira 'que hayan sido identificados por Air-e con incidencias técnicas'. Sin embargo, dicha muestra no era congruente con el objetivo del dictamen de determinar el cumplimiento técnico de Ufinet a las prácticas de seguridad en la infraestructura compartida.

"Lo anterior evidencia que la muestra utilizada en el dictamen de seguridad de Air-e sufre de un sesgo de selección, 'en la medida en que no es representativa del universo sobre el cual quiere obtener conclusiones'. Y más aún, con el sesgo de selección del que adolece la muestra seleccionada por el perito de Air-e, se tiene que esta no es válida para soportar las conclusiones del dictamen.

*"La muestra del perito de Air-e fue tomada, como él mismo lo reconoce, de 9.108 registros, compuesto de los 1.028 apoyos revisados durante el proceso de auditoría que resultó en el Informe Interno y 8.080 apoyos presuntamente revisados por la gerencia de cable operadores de Air-e con posterioridad a la elaboración del Informe Interno y a la terminación del Contrato por parte de Air-e"*¹⁶⁶.

430. Finalmente, la Convocada sostuvo que, si bien lamentaba enormemente el accidente al que hizo referencia lo Convocante en diversas oportunidades y en el que perdió la vida una persona, indicó que ese accidente era un hecho aislado que no era de su responsabilidad y que, en desarrollo de sus obligaciones, había solicitado al proveedor del servicio de telecomunicaciones correspondiente que procediera de inmediato a adoptar los correctivos necesarios. Indicó que de ello da cuenta la comunicación enviada a Claro Colombia el 15 de marzo de 2021 en la que se le manifestó a esta compañía:

*"Solicitamos: i) Que COMCEL S.A. reporte el siniestro ocurrido el 9 de marzo de 2021, a la aseguradora solidaria en virtud de la póliza RCE No. 875.74-994000008307 que ampara el contrato UFINET-GIO-20190423-03, ante la ocurrencia de este tipo de daños ocasionados a terceros, ii) Informar a UFINET las acciones correctivas y preventivas realizadas por COMCEL para el mantenimiento de sus redes en la ciudad de Barranquilla en la zona donde ocurrió el siniestro, iii) Entregar a UFINET el cronograma y plan de mantenimiento y ordenamiento de sus redes en cumplimiento de las obligaciones contractuales, específicamente las del numeral 2.61 de la Cláusula Cuarta y la Cláusula Quinta. Condiciones técnicas y de seguridad"*¹⁶⁷.

431. Así las cosas, la defensa de la Convocada se fundamenta en los siguientes argumentos: (i) no existía obligación propiamente sobre seguridad; (ii) no existe un fundamento fáctico y jurídico claro para sustentar un incumplimiento en materia de seguridad; y (iii) las menciones que al respecto han hecho los medios de prueba, especialmente el informe de auditoría interna y el dictamen de seguridad, no tienen como fundamento una muestra sólida, aleatoria y objetiva de la cual se pueda desprender el incumplimiento alegado en la Cuarta Pretensión Principal.

5.2.4.3. Consideraciones del Tribunal

¹⁶⁶ Página 53. Alegatos de conclusión de UFINET.

¹⁶⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 5_Contestación Reforma. UFINET_03022022. AnexosContestaciónReformaDda. Pruebas. 40. ComunicaciónGIO-202103116-05 del 15 de marzo de 2021.

432. El Tribunal considera que el problema jurídico a dilucidar es cuál era el alcance de las obligaciones de UFINET en materia de seguridad de la red y de terceros, y determinar si AIR-E probó el incumplimiento de esas obligaciones.

5.2.4.3.1. Obligación que se considera incumplida

433. El Tribunal observa que, si bien varias estipulaciones del Contrato mencionan de manera directa o indirecta el tema de seguridad, particularmente en materias de salud y seguridad laboral, la única referencia directa que hay en el Contrato a la seguridad de las personas o de las cosas derivada del estado de la red es la consagrada en el literal a) de la cláusula tercera – alcance del objeto, modificada con el otrosí No. 2, en lo referente al mantenimiento preventivo, que dice:

*"Mantenimiento preventivo: (...) En todos los casos anteriormente señalados, **UFINET se obliga a** acatar las instrucciones que imparta ELECTRICARIBE o alguno de los contratistas autorizados y a **dar cumplimiento a todas las normas o requisitos de seguridad adoptadas por la empresa.** De la misma manera, UFINET también se obliga a dar cumplimiento a todas las obligaciones establecidas en los permisos y licencias ambientales otorgadas" (se destaca).*

434. El Tribunal, vista la estipulación antes transcrita, encuentra que ni el alcance ni el contenido del concepto "seguridad" están definidos de manera específica en el contrato o en las normas y regulaciones del sector eléctrico y de telecomunicaciones. Posiblemente lo que más se aproxima a una definición al respecto, aunque no lo es, es lo establecido en el RETIE, el cual establece:

*"Artículo 1: Objeto. El objeto fundamental de este reglamento es establecer **las medidas tendientes a garantizar la seguridad de las personas, de la vida tanto animal como vegetal** y la preservación del medio ambiente; **previniendo, minimizando o eliminando los riesgos de origen eléctrico.** Sin perjuicio del cumplimiento de las reglamentaciones civiles, mecánicas y fabricación de equipos. **Adicionalmente, señala las exigencias y especificaciones que garanticen la seguridad de las instalaciones eléctricas con base en su buen funcionamiento;** la confiabilidad, calidad y adecuada utilización de los productos y*

*equipos, es decir, fija los parámetros mínimos de seguridad para las instalaciones eléctricas*¹⁶⁸ (se destaca).

435. Aunque lo establecido en el RETIE no es una definición de “seguridad”, sí es útil para entender el alcance de dicho concepto. Adicionalmente, el Tribunal considera necesario tener como referencia para su análisis la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española¹⁶⁹, la cual, en su tercera acepción define seguridad afirmando: “*Se aplica también a ciertos mecanismos que aseguran algún buen funcionamiento, precaviendo que este falle*”. Con esos fundamentos, el Tribunal considera que las obligaciones de seguridad de un cable operador, como lo es UFINET, son las de realizar las acciones que se requieran para garantizar el buen funcionamiento de la red y para evitar que esta falle, minimizando los riesgos a los que puede estar expuesto el entorno.

436. Empero, aunque no exista una definición legal de lo que se ha de entender por seguridad, el Tribunal considera que de las leyes y regulaciones relacionadas anteriormente en este Laudo se desprende que para garantizar el buen funcionamiento de una red y para asegurar que esta no falle, la primera y más importante acción y obligación a cargo de un prestador del servicio de telecomunicaciones es la de cumplir con las normas y reglamentos técnicos consagrados en la regulación expedida por la CREG o la CRT y contenida en el RETIE, puesto que en ellas se concretan las características y condiciones técnicas que debe tener una red de telecomunicaciones para ser segura. Ello indica, en consecuencia, que la manera que tiene un cableoperador para garantizar la seguridad de una red de telecomunicaciones es, precisamente, cumpliendo con las reglas y regulaciones técnicas exigidas por las autoridades.

437. Corolario necesario de lo anterior es que, para decidir sobre la presente pretensión, o sobre el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de seguridad a cargo de UFINET, es inevitable hacer referencia al análisis y conclusiones presentadas por el Tribunal para decidir la Segunda Pretensión Principal. Ello quiere decir que las dos pretensiones (Segunda y Cuarta) están íntimamente ligadas entre sí, en la medida en que para decidir la Cuarta Pretensión es necesario partir de lo señalado al resolver sobre la Segunda Pretensión Principal.

¹⁶⁸ Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas. Última versión: <https://www.minenergia.gov.co/es/misional/energia-electrica-2/reglamentos-tecnicos/reglamento-t%C3%A9cnico-de-instalaciones-el%C3%A9ctricas-retie/>

¹⁶⁹ Vigésima Primera Edición, 1992.

438. Es tanta la relación entre una y otra pretensión, que la Parte Convocante, tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión, argumenta que la inaplicación de las normas y reglamentos técnicos por parte de UFINET es la fuente de los problemas de seguridad en la red de telecomunicaciones que son el fundamento de Cuarta Pretensión y, a la vez (así suene redundante), que los problemas de seguridad existentes se derivan del incumplimiento de dichas normas. Por su parte, la Convocada sostiene que no se han presentado problemas de seguridad, salvo los usuales y normales que suelen ocurrir por las características propias del servicio, precisamente porque UFINET ha cumplido a cabalidad con todas las normas y reglamentos técnicos que le son aplicables y, además, que AIR-E no ha demostrado su dicho, porque la muestra usada por la Convocante para probar el supuesto incumplimiento es sesgada, y no refleja el estado general de la red de telecomunicaciones de dicha sociedad.

5.2.4.4. Análisis probatorio

439. Las pruebas allegadas al proceso demuestran también la misma mixtura en el análisis relativo al cumplimiento de normas, por una parte, y al tema de seguridad, por la otra. Tanto en el Informe de Auditoría Interna, como en los testimonios y en el Dictamen de Seguridad aportados por AIR-E se afirma que el incumplimiento por parte de UFINET de sus obligaciones de aplicar las normas y reglamentos técnicos es la causa de los problemas de seguridad que presuntamente se han presentado. De hecho, en unos y otros se mezclan los dos temas (seguridad y normas técnicas), como si entre uno y otro existiera una unidad inescindible.

440. El Tribunal observa que en el Informe de Auditoría elaborado por AIR-E, se incluyeron algunas conclusiones sobre las condiciones de seguridad de las personas, la red eléctrica y la red de telecomunicaciones, en las que se sostiene que: (i) la disposición de la Red de Telecomunicaciones representa un riesgo a la seguridad de las personas; (ii) no se cumple con la distancia de seguridad entre la Red de Telecomunicaciones y Red Eléctrica o superficies; (iii) se evidencian afectaciones mecánicas del poste/torre (perforaciones o sobreesfuerzo) producto de la Red de Telecomunicaciones; (iv) sujeción inadecuada de Red de Telecomunicaciones o por medio de la Red Eléctrica; y, (v) existen instalaciones de Red de Telecomunicaciones (diferente a cables/conductores) en postes/torres con transformadores de distribución y/o equipos de maniobra.

441. Todas estas conclusiones confirman al Tribunal la identidad en cuanto al fundamento de la pretensión analizada y la Pretensión Segunda Principal, puesto que todos los supuestos incumplimientos de UFINET en materia de seguridad a

los que se refiere el Informe de Auditoría, se derivan, precisamente, de supuestos incumplimientos de las normas y reglamentos técnicos aplicables.

442. En el dictamen pericial de seguridad aportado por AIR-E, el perito Ramírez, sostiene:

"(...) b) Las disposiciones de tipo regulatorio expedidas por las Comisiones de Regulación de Energía y Gas -CREG- y de Comunicaciones -CRC- han sido incorporadas parcialmente en el Anexo Técnico del contrato de uso compartido de infraestructura eléctrica Telecorp 004- 01

"c) Algunas de las consideraciones emitidas por el Consejo Nacional de Operación eléctrica para el uso seguro de infraestructura compartida, adoptadas mediante Resolución CREG-140 de 2014, no se han cumplido como se evidencia en las visitas de campo y no han sido incorporadas en el Anexo Técnico del contrato de uso compartido de infraestructura eléctrica Telecorp 004-01. Conviene señalar que las disposiciones adoptadas por la CREG son de obligatorio cumplimiento independientemente de que se hayan incluido en el Anexo Técnico del contrato mencionado.

*"d) En las mediciones y observaciones efectuadas en la visita de campo, identifiqué las siguientes situaciones que **no cumplen las condiciones y requerimientos técnicos de seguridad obligatorios**, por estar establecidos en la regulación, reglamentos técnicos, además de estar previstos en el contrato:*

- *Distancia vertical de RT al piso menor a la requerida*
- *Distancia horizontal de RT a edificios menor a la requerida*
- *Afectaciones mecánicas a apoyos*
- *Sujeción inadecuada de equipos de red de telecomunicaciones*
- *Apoyo sin puesta a tierra*
- *Apoyo con riesgos a personas*
- *Distancias verticales a diferentes carreteras y calles de tráfico pesado menores a las permitidas*
- *Distancia de Red de Comunicaciones a Red Eléctrica menor a la requerida*
- *No identificación o identificación parcial de equipos de comunicaciones*
- *Instalación de equipos de Telecomunicaciones en apoyos con transformadores o equipos de maniobra*

"e) En el análisis de riesgos efectuado con base en una muestra representativa de apoyos con incidencias técnicas, identifiqué tres situaciones típicas y frecuentes de riesgo extremo para personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura de uso compartido:

- Distancia vertical de red de telecomunicaciones al piso menor a la requerida*
- Apoyos con riesgos a personas por cables, mensajeros o equipos sueltos - Distancias verticales a carreteras menores a las requeridas.*

"f) En el análisis de riesgos efectuado con base en una muestra representativa de apoyos con incidencias técnicas, identifiqué cinco situaciones típicas y frecuentes de alto riesgo para operarios y personas en el área de influencia de los apoyos con infraestructura de uso compartido:

- Distancia horizontal de red de telecomunicaciones a edificaciones menor a la requerida*
- Sujeción inadecuada de equipos de telecomunicaciones*
- Apoyos sin puesta a tierra*
- Instalación de equipos de telecomunicaciones en mayor número al permitido*
- Distancia de red de comunicaciones a red eléctrica menor a la requerida*

"Con base en lo anterior concluyo:

"1. Que no se han cumplido la totalidad de las prácticas de seguridad exigibles para la administración de la infraestructura de uso compartido a cargo de UFINET Colombia S.A. producto del uso compartido con los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones, como consecuencia de la celebración del Contrato TELECORP 004.

2. Como consecuencia de lo anterior, también concluyo que no se han cumplido a cabalidad las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato TELECORP 04.01"¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 9_Dictamen Pericial de Parte aportado por Aire-Dictamen de Seguridad_04052022. 2022 05 04 Dictamen de Seguridad. Página 41.

443. En el dictamen de contradicción aportado por UFINET, el perito Roldán afirmó lo siguiente:

"Contrario a lo que concluye el Perito, considero que la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), sí está incorporada ya sea en el Anexo Técnico del Contrato TELECORP-004.01 o en las cláusulas mismas del Contrato TELECORP-004.01. Por ejemplo, el Anexo Técnico se fundamenta e incluye apartes de las Resoluciones CREG 063 y CRC 4245 ambas de 2013. Dado que la Resolución CREG 140 de 2014 modifica la Resolución CREG 063 de 2013, el cumplimiento de la Resolución CREG 063 implica también el cumplimiento de la Resolución CREG 140 de 2014. Ahora, el Otrosí No. 1 en el numeral décimo, incluye la cláusula tercera bis 1 "Obligaciones de las partes", la cual establece que "Las Partes se obligan a dar cumplimiento a lo establecido en la regulación vigente (...)". Por regulación vigente, se entiende la regulación expedida por la CREG, la CRC y por cualquier otra entidad que aplique y esté vigente, ya sea en el momento en que entra a regir el Otrosí, o en un cualquier momento futuro.

"(92) El Perito concluye también que algunas medidas adoptadas en la Resolución CREG 140 de 2014 no han sido incorporadas en el Anexo Técnico del Contrato TELECORP-004.01. No estoy de acuerdo con esta conclusión. El Anexo Técnico menciona explícitamente e incluye provisiones de la Resolución CREG 063 de 2013 la cual ha sido modificada por la Resolución CREG 140 de 2014 (luego incluye las provisiones de esta resolución), más aún, como mencioné antes, las partes, Ufinet y Air-e, se obligan a dar cumplimiento a lo establecido en la regulación vigente, esto incluye la Resolución CREG 140 de 2014 y cualquier otra expedida posteriormente, independientemente de que se encuentren incluidas o no en el Anexo Técnico.

"(93) Ahora bien, con relación al análisis estadístico y de nivel de riesgo, así como las conclusiones presentadas en el Dictamen, y de acuerdo con los comentarios que he realizado a la metodología para obtener la muestra que soporta el análisis del Dictamen (ver sección 4.1), concluyo que las conclusiones del Perito no pueden ser aplicables a la totalidad de la infraestructura eléctrica en compartición y que forma parte del Contrato TELECORP-004.01 entre Ufinet y Air-e. Lo anterior debido a que el análisis y sus conclusiones parten de una muestra que sufre de sesgo de selección y no es representativa de la

totalidad de la infraestructura eléctrica en compartición ni del Contrato TELECORP-004.01.

"(94) Adicionalmente, la probabilidad utilizada por el Perito en su análisis de nivel de riesgos no representa la probabilidad de ocurrencia de los accidentes, como lo requiere el RETIE para dicho análisis. El Perito tampoco utiliza la matriz de riesgo establecida en el RETIE, sino que adopta unas convenciones distintas, sin justificar la razón de las mismas. Luego la matriz de riesgo y el nivel de riesgo dado a cada riesgo identificado es equivocado.

"(95) En conclusión, con base en el análisis del Dictamen no es posible concluir que Ufinet no ha cumplido las prácticas de seguridad exigibles en la administración de la infraestructura eléctrica de uso compartido. Tampoco es posible concluir que Ufinet no ha cumplido a cabalidad las normas y reglamentos técnicos aplicables en la ejecución del Contrato TELECORP-004.01"¹⁷¹.

444. Las conclusiones de ambos peritos, anteriormente reseñadas, relievan la importancia de lo que el Tribunal manifestó anteriormente: las pretensiones segunda y cuarta principales son inescindibles, pues el alegado incumplimiento de las normas técnicas sería la causa del alegado incumplimiento de las obligaciones de seguridad. Aun si en el dictamen aportado por la Convocante se mencionaron las Cláusulas Tercera y Cuarta del Contrato¹⁷², lo cierto es que, como se explicó, los documentos presentados, los testimonios y los dictámenes aportados se fundamentan en los mismos hechos y consideraciones, y presentan el alcance de una y otra pretensión como si fuera el mismo. Por ese motivo, el análisis de ellas ha de ser el mismo.

5.2.4.5. Conclusión del análisis

445. Teniendo en cuenta lo manifestado por ambos peritos, el Tribunal considera que no existirá una violación de las obligaciones de seguridad a cargo

¹⁷¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 03_Contra-Dictamen al Dictamen de Seguridad- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_02. Página 31 y 32.

¹⁷² Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 21 "**Administrar los contratos para el uso compartido de infraestructura; velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los cableoperadores; hacer seguimiento, controlar y vigilar todos los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido (Contrato Telecorp 04.01, Cláusula Tercera, literal c), modificada por el numeral Tercero del Otrosí No. 1; y Cláusula Cuarta, literal e), modificada por el numeral Cuarto del Otrosí No. 2)**".

de UFINET, si no existiera una previa inaplicación de las normas y reglamentos técnicos por parte de ella. *Contrario sensu*, también se podría concluir de lo anterior que solamente una inaplicación de las normas y reglamentos técnicos podría ocasionar deficiencias y riesgos de seguridad en la red de telecomunicaciones y en la red eléctrica.

446. En esa línea de argumentación, para el Tribunal es claro que si AIR-E no demostró que UFINET violó las normas y reglamentos técnicos aplicables, no podría decirse que ella demostró el incumplimiento de las obligaciones de seguridad a cargo de la Convocada, las que, como se señaló, se derivan de esas mismas normas. Por esta razón, el Tribunal considera que la Cuarta Pretensión Principal ha de resolverse de la misma manera como se resolvió la Segunda Pretensión principal.

447. Sin embargo, el Tribunal estima necesario precisar que, independientemente de lo señalado anteriormente, con base en la respectiva valoración probatoria se arriba igualmente a la conclusión de que AIR-E no probó que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones en materia de seguridad.

448. Las principales pruebas aportadas por AIR-E para demostrar dicha violación son dos fotos incluidas en la reforma de la demanda, el Informe de Auditoría y el Dictamen Pericial elaborado por el Perito Ramírez. Como se desprende de su propio texto, para la elaboración del Informe de Auditoría AIR-E partió de una muestra de 1028 postes previamente identificados como elementos de la red en los que se habían advertido diversos tipos de problemas, de la misma manera que para la elaboración de su dictamen el perito Ramírez partió del análisis de la muestra antes mencionada, así como de una muestra de 8,080 postes en los que AIR-E había realizado intervenciones.

449. Tal como se explicó en el análisis de la Segunda Pretensión Principal, ninguna de esas muestras, ni siquiera una conformada por la suma de ellas, demuestra el incumplimiento por parte de UFINET de sus obligaciones en materia de seguridad, pues ninguna es representativa del estado general de la red de telecomunicaciones. Además de que ambas muestras son sesgadas en la medida en que se conformaron con postes de los que se sabía de antemano que tenían problemas, o en postes sobre los que AIR-E ya había hecho intervenciones, su tamaño relativo es muy pequeño, pues apenas representan un 0,54%, o un 4.2% o un 4.8% del universo de más de 190.000 postes que están vinculados a la ejecución del Contrato. El Tribunal se remite al análisis más detallado que hizo sobre este punto al estudiar la Segunda Pretensión Principal en el que sostuvo, entre otras consideraciones, que esas mismas muestras, vistas desde una perspectiva diferente, podrían servir para afirmar

que el 99.46%, o el 95.8%, o el 95.2% de los postes no presentaría riesgos de seguridad.

450. Además de lo anterior, el Tribunal no considera que en el proceso se haya probado que realmente haya existido un riesgo de seguridad de las dimensiones que presenta la Convocante que sea atribuible a la Convocada.

451. Si bien es cierto que infortunadamente falleció una persona por cuenta de un cable aparentemente desprendido y que ello de por sí es grave, también lo es que en el expediente quedó demostrado que esta fue una situación única, posiblemente responsabilidad de un cableoperador autorizado, con una tradición de seriedad en el cumplimiento de sus deberes. Adicionalmente, se trató de un hecho que ocurrió en la misma fecha en la que AIR-E le comunicó a UFINET la terminación del Contrato, por lo cual no es posible considerar ese evento lamentable, como demostrativo de un incumplimiento contractual que hubiera sido fundamento para la determinación de la Convocante adoptó. No se destacó por parte de la Convocante que en el pasado y de manera recurrente se hubieran presentado situaciones similares, ni accidentes que hubieran afectado las personas.

452. Adicionalmente, como se señaló al decidir la Pretensión Segunda Principal, al proceso no se aportó prueba alguna que siquiera sugiriera que durante los últimos años alguna autoridad nacional o local haya investigado o sancionado a UFINET por razones relacionadas con la seguridad de la red, o con el incumplimiento de normas o reglamentos técnicos. Ese hecho permite inferir que no han existido problemas con la seguridad en la red o que, si existieron, no tuvieron la relevancia suficiente como para que las autoridades tomaran cartas en el asunto.

453. Así las cosas, el Tribunal reitera lo señalado anteriormente, en el sentido de que AIR-E no probó el incumplimiento por parte de UFINET de sus obligaciones en materia de seguridad, conclusión que se basa en las razones que se resumen seguidamente. En primer lugar, porque no probó que UFINET hubiera violado las normas o regulaciones técnicas aplicables en materia de seguridad, violación que, de haber existido, según se desprende de ambos dictámenes, habría sido la causa por la que, según ambos peritos, se pudieran haber presentado problemas de seguridad; en segundo lugar, el Tribunal considera que AIR-E no probó la existencia de un riesgo de seguridad, en la medida en que las pruebas que aportó son insuficientes para sostener que dicho riesgo existió, tal como se explicó en párrafos precedentes; por último, el Tribunal concluye que el solo hecho de que durante la ejecución contractual no se hubiesen presentado investigaciones o sanciones a UFINET por parte de

autoridad alguna relacionadas con la seguridad de la red, permite inferir que ésta no presentó problemas de esa índole.

454. El Tribunal destaca, finalmente, que tanto la ley aplicable como el Contrato establecían una especie de responsabilidad compartida entre las Partes en todo lo atinente a la seguridad de las personas y los bienes. En efecto, tanto el literal c) del artículo 4 de la Ley 143 de 1994, como el Artículo 5 de la Resolución CREG 063 de 2013 establecen, respectivamente, que el propietario de la red de energía tiene una obligación mantener sus instalaciones para preservar la integridad de las personas, de los bienes y del medio ambiente, y que en cualquier momento el propietario de la infraestructura eléctrica puede retirar los elementos de la red de telecomunicaciones cuandoquiera que evidencie que ellos pueden generar un riesgo para seguridad de las personas.

455. Por las razones explicadas el Tribunal considera que quedó probada la excepción de "Inexistencia de Incumplimientos de UFINET". En ese contexto, el Tribunal negará la Pretensión Cuarta Principal de la demanda inicial reformada.

5.2.4.6. Cuarta Pretensión Subsidiaria

456. En su Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, y particularmente en la Cuarta Pretensión de dicho grupo, AIR-E solicitó al Tribunal que declare que UFINET *"incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derechos de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la obligación de seguridad a cargo de UFINET COLOMBIA S.A."*, pretensión que, como se ha señalado en supuestos similares con anterioridad, es igual a la Cuarta Pretensión Principal. Por ese motivo, la totalidad de consideraciones y argumentos del Tribunal con respecto a la Cuarta Pretensión Principal son aplicables a dicha pretensión subsidiaria, razón por el ella se negará.

5.2.4.7. Decisión sobre la Cuarta Pretensión Principal y la Cuarta Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias.

457. Con base en lo señalado en los acápite precedentes del presente capítulo, se negará la Cuarta Pretensión Principal, así como la Cuarta Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, pues AIR-E no demostró que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones de seguridad.

5.2.5. Quinta Pretensión Principal

458. La Convocada solicita al Tribunal que declare *"que UFINET COLOMBIA S.A. incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para*

Telecomunicaciones, en lo relativo a la administración de los contratos para el uso de la infraestructura celebrados con terceros, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por estos, así como por el cobro y recaudo de los dineros adeudados por los terceros usuarios de la infraestructura eléctrica, previstas entre otras, en la Cláusula Tercera, Tercera Bis 5 y Cuarta del Contrato”.

5.2.5.1. Posición de la Convocante

459. Como fundamento de la mencionada pretensión, la Convocante argumenta que UFINET incumplió con su obligación de administración de contratos con terceros, así como su obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones de terceros, particularmente las relacionadas con el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos y por el cobro y recaudo de los dineros adeudados por terceros, obligaciones que se derivan de lo pactado en la cláusula tercera, tercera bis 5 y cuarta del Contrato. En los hechos de la demanda inicial reformada AIR-E afirmó lo siguiente:

“El contrato asignó como responsabilidad de UFINET (otrosí No. 02 cláusula cuarta), la administración de los contratos anteriores y posteriores debiendo velar por el cumplimiento pleno de las obligaciones de los terceros [proveedores de servicio de telecomunicaciones], el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por éstos, así como el cobro y recaudo de los dineros adeudados.

“61. En línea con lo expuesto en el hecho anterior, UFINET efectuaría a los terceros proveedores de servicios de telecomunicaciones con quienes celebrara acuerdos de compartición de infraestructura eléctrica, la facturación por concepto del uso y acceso a la misma. En virtud de la facturación emitida UFINET pagaría a Electricaribe, ahora, AIR-E S.A.S. E.S.P., el 25% del 90% del total recaudado. Se estipuló que cuando el recaudo de la facturación emitida supere el 90%, UFINET pagaría a Electricaribe el 12.5% anual de los importes que hubiere logrado recaudar por encima de dicho limite.

“62. De las labores de inspección técnica adelantadas por AIR-E S.A.S E.S.P., se pudo establecer la existencia de infraestructura de telecomunicaciones instalada y alojada en infraestructura eléctrica sin identificar, revelando las siguientes situaciones:

a) Omisión en las actividades de inspección, vigilancia y control que UFINET debía adelantar en el ejercicio del derecho de paso sobre la infraestructura eléctrica.

b) Omisión en la gestión de legalización o normalización de los terceros proveedores de servicios de telecomunicaciones que pudieren estar haciendo uso de la infraestructura de forma irregular. (otrosí No.01 cláusula octava literal a), otrosí No. 02 cláusula tercera, cláusula cuarta).

c) UFINET ha tolerado que terceros (proveedores de redes de telecomunicaciones) accedan y usen la infraestructura eléctrica de forma irregular.

d) La omisión de UFINET generó un perjuicio económico a AIR-E S.A.S. E.S.P., como propietario de la infraestructura eléctrica, dado que la aludida falta de control conlleva a la ausencia de facturación de los terceros que irregularmente se conectaron a la red de telecomunicaciones, así como la actualización del inventario de apoyos por parte de los contratos vigentes, lo que se refleja en menores ingresos para AIR-E.

"63. De las labores de inspección técnica adelantadas también se pudo determinar que UFINET efectuó a proveedores de servicios de telecomunicaciones facturación parcial por concepto de los elementos instalados y apoyados en la infraestructura eléctrica, de ello da prueba que en dos contratos suscritos con las empresas Colombia Móvil (Tigo) y Comunicación Celular Comcel S.A., se reportó en sus inventarios antenas BTS; en verificación en situ se corroboró la existencia de una antena BTS no registrada en dichos inventarios y por ende se encuentra ausente de facturación. Para una mejor referencia de lo señalado en este hecho, ver folios 27 y 28 del Informe de Auditoría de AIR-E.

"64. (i) La ausencia de marcación de elementos de telecomunicaciones instalados y apoyados en infraestructura eléctrica, (ii) el acceso y uso de la infraestructura eléctrica de forma irregular, (iii) la facturación parcial de los elementos de comunicaciones instalados y apoyados en infraestructura eléctrica, son elementos que estructuran la existencia de un perjuicio económico a AIR-E., al privársele de la remuneración a que tiene derecho en virtud de la propiedad que ostenta sobre la infraestructura eléctrica.

"65. Aunado a lo anterior, se tiene que AIR-E - debido a la deficiente ejecución contractual de UFINET y al estado en que dejó la

*infraestructura - una vez terminado el Contrato, tuvo que desplegar de forma prioritaria intervenciones en la infraestructura eléctrica para mitigar los riesgos y peligros originados por el estado crítico de las redes y equipos de telecomunicaciones alojados o apoyados sobre la infraestructura eléctrica, para lo cual ha tenido que celebrar contratos con proveedores para el efecto*¹⁷³.

460. De acuerdo con lo expuesto en la demanda inicial reformada, la Convocante considera que UFINET incumplió con su labor de administrar los contratos con terceros principalmente porque: (i) omitió adelantar actividades de inspección, vigilancia y control de la actividad de los cableoperadores para detectar posibles irregularidades en la red; (ii) omitió la realización de gestiones para la legalización de contratos con terceros que estuvieran usando la red sin autorización; (iii) ha tolerado que terceros accedan a la infraestructura y la utilicen sin autorización; y (iv) no facturó por la totalidad de elementos instalados por algunos terceros autorizados, lo que trajo como consecuencia que en esos casos solo se facturara parcialmente. Con base en lo anterior, es decir, el acceso y uso no autorizado de la infraestructura y el cobro parcial a algunos prestadores de servicios autorizados, AIR-E considera que se le generó un perjuicio por privarle de la facturación y los ingresos a los que tenía derecho según el Contrato Telecorp 004.01.

461. Para demostrar sus aseveraciones, la Convocante aportó el Informe de Auditoría interno mencionado varias veces en este Laudo, solicitó la práctica de los testimonios de Jorge Leonardo Ditta, Santiago Posso y Cinthya Ferrer, y aportó el dictamen pericial denominado "Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01", elaborado por el Perito Ricardo Ramírez.

462. El Informe de Auditoría Interna señaló lo siguiente sobre el tema materia de esta pretensión:

"Tal como lo señala la cláusula cuarta, DECLARACIONES Y GARANTIAS, modificada por el otrosí Nro. 2 literal e) 'Administración de Contratos anteriores y Posteriores. En desarrollo del derecho real de usufructo concedido en favor de UFINET, esta empresa adelantará la administración de los contratos para el uso compartido de la infraestructura de ELECTRICARIBE que se hayan celebrado, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, el pago oportuno de los compromisos

¹⁷³ Páginas 32 y 33 de la demanda inicial reformada.

económicos contraídos por estos, así como el cobro y recaudo de los dineros que se adeuden’, UFINET tiene una obligación clara de ‘administrador’ de todos los contratos de compartición de infraestructura eléctrica, siendo una de sus obligaciones expresas el velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones de los terceros, en las que quedan incluidas por simples razones las de carácter normativo y regulatorio”¹⁷⁴.

463. En la demanda, la Convocante explicó que el Informe de Auditoría Interna elaborado por AIR-E había concluido que existían irregularidades en la administración de las redes por parte de UFINET, derivadas del hecho de que en la red autorizada existían elementos que no estaban reportados y por ende no eran tenidos en cuenta para la facturación y cobro, así como del hecho de que existían redes no autorizadas que, por ende, no generaban ninguna facturación o cobro. En ese orden de ideas, en los hechos 60 y siguientes de la demanda se explicó cómo en la inspección técnica realizada por AIR-E se pudo establecer la existencia de infraestructura de comunicaciones sin identificar instalada en la red de comunicaciones, lo que a su juicio revelaba: (i) una omisión en la actividades de inspección, vigilancia y control de a cargo de UFINET; (ii) una omisión en la gestión de normalización o legalización de los terceros que estaban haciendo uso de la infraestructura en forma irregular; y (iii) una tolerancia a que terceros hicieran uso de la infraestructura sin autorización y sin control. Tanto en el Informe como en la demanda, AIR-E hizo mención en particular al hallazgo de una antena BTS de Comunicación Celular Comcel S.A que no estaba registrada.

464. En la misma línea, en el dictamen pericial denominado “Dictamen Pericial de Parte en el Marco de la Terminación del Contrato Telecorp 004.01”, el perito Ramírez afirmó que existían fallas en la administración de contratos con terceros. Para ese efecto, el perito definió la administración de contratos como: *“el conjunto de prácticas para aumentar la productividad, mejorar los niveles de servicio y obtener el máximo provecho durante todo el ciclo de vida de la infraestructura de uso compartido”*, definición que fue elaborada por el perito con base, según afirma, en la adaptación de un documento denominado Enterprise Asset Management. A partir de esta definición, el perito concluyó que el cumplimiento de la obligación de administración por parte de UFINET había sido “deficiente” por cuenta de:

*“i) las situaciones de riesgo que **comprometen los niveles de servicio** a los usuarios del servicio público domiciliario de electricidad;*

¹⁷⁴ Página 29. informe interno de auditoría.

ii) las **deficiencias en seguimiento, control y vigilancia que han obligado a reprocesos por parte de AIR-e en estas actividades afectando la productividad en la utilización de infraestructura de uso compartido**; y iii) la evidencia de casos no autorizados de utilización de infraestructura eléctrica que impiden el logro del máximo provecho económico de la infraestructura entregada en administración a UFINET” (se destaca)¹⁷⁵.

465. En su dictamen, el perito analizó también el estado de cumplimiento de las obligaciones, y concluyó (i) que la actividad de seguimiento por parte de UFINET ha sido “deficiente”¹⁷⁶; (ii) que UFINET no había desarrollado ni aplicado de forma efectiva “(...) procedimientos que permitan ejercer la vigilancia de los cableoperadores, tampoco ha ejercido idóneamente la labor de vigilancia de los cableoperadores respectivos”¹⁷⁷; (iii) que las estadísticas indicaban que “no se ejerció a cabalidad la facultad de control de no conformidades por parte de los cableoperadores”¹⁷⁸, y (iv) que el cumplimiento de las obligaciones de administración entendidas de la manera como él las definió, “puede calificarse como deficiente (...)”¹⁷⁹.

466. Al igual que en el Informe de Auditoría, el perito Ramírez considera que el cumplimiento de la obligación de administración ha sido deficiente, en parte por algunos de los mismos hechos que fueron analizados previamente por el Tribunal en este Laudo, esto es, el incumplimiento de las normas y reglamentos técnicos, de las obligaciones de seguridad y de las obligaciones de seguimiento, control y vigilancia, todo lo cual, a juicio del perito, ha generado perjuicios a AIR-E.

467. En sus alegatos de conclusión AIR-E sostuvo que los testimonios confirman las conclusiones del Informe de Auditoría y del dictamen del perito Ramírez, en particular con respecto a la administración de contratos con terceros. Según la Convocante, el testigo Jorge Leonardo Ditta expuso que a su juicio UFINET era el responsable de la administración de los contratos con los

¹⁷⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 24 y 25.

¹⁷⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 23.

¹⁷⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 7_Dictamen Pericial Técnico aportado por AIR_e_03 22 2022. 02_3033 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). 02_2022 03 22 Dictamen Pericial Ramírez- Final (3). Página 24.

¹⁷⁸ *Ibidem*

¹⁷⁹ *Ibidem*

cableoperadores, y que los hallazgos de irregularidades evidenciados en la auditoría interna eran consecuencia de una falta a esta obligación. Veamos:

"Árbitro: (...) Relátele por favor al tribunal cuáles son las principales conclusiones del informe de auditoría

Testigo: (...) UFINET en ese sentido, en virtud del usufructo y administrador de la infraestructura eléctrica para los cableoperadores debía ser vigilante y a su vez debía controlar todo ese tipo de situaciones para que esto no llegase a la situación en que se llegó (...)"¹⁸⁰.

468. Más adelante, el testigo ratificó este entendimiento en los siguientes términos:

"Apoderado AIR-e: Ok, gracias y yo le preguntaría en el marco del contrato TELECORP 004001 y por supuesto en calificar si se terminó o no porque es parte de lo que se discute en el trámite, yo le preguntaría ¿quién debe controlar que en la red de telecomunicaciones no se incumplan estos aspectos evidenciados en las notas?

"JD: Ok, para efectos del contrato que UFINET era el administrador de todos los accesos que se daban a los cableoperadores, entonces en virtud de que ellos eran administradores, ellos tenían la infraestructura modo usufructo, ellos debían ser vigilantes a que se diera cumplimiento a esto que estamos evidenciando nosotros aquí y ellos debían controlar de que estas situaciones no ocurrieran, entonces indudablemente la responsabilidad sobre la administración, la vigilancia y el control para el acceso de los cableoperadores a la infraestructura eléctrica es responsabilidad de UFINET porque ellos tienen el contrato en usufructo, debían ser ellos los responsables de mantener y dar cumplimiento a lo contractual, regulatorio y técnicamente establecido" ¹⁸¹.

469. En síntesis, los argumentos de la Convocante para sostener que UFINET incumplió con su obligación de administración del contrato y del cumplimiento de las obligaciones de los PRST se fundamentan, a su vez, en la consideración de que la Demandada incumplió otras obligaciones a su cargo, particularmente las de seguimiento, vigilancia y control, lo que resultó en una administración ineficiente y antieconómica la red, pues ella no cobró lo que debía a unos PRST

¹⁸⁰ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 de agosto de 2022.Minuto 00:40:22.

¹⁸¹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 de agosto de 2022.Minuto 1:43.

autorizados y no cobro a los prestadores no autorizados lo que correspondía por el uso de la red.

5.2.5.2. Posición de la Convocada

470. La Convocada, por su parte, sostiene que UFINET no ha incumplido el Contrato en lo relativo a la administración de los contratos, pues ha *obrado "con diligencia, requiriendo a los terceros para que den cumplimiento a sus obligaciones, así como en las actividades de cobro y recaudo de los dineros adeudados"*¹⁸². Respecto de esta pretensión, la Convocada presentó como excepciones de mérito las que denominó de la siguiente manera: "Inexistencia de Incumplimientos de UFINET", "Diligencia o Ausencia de Culpa de UFINET", "Inexistencia de Incumplimiento Resolutorio" y "No procede declarar la Responsabilidad Civil de UFINET".

471. En la contestación de la demanda reformada, la Convocada afirmó que en sus acusaciones AIR-E había hecho *"una adecuación de lo señalado en el mismo [informe interno] a favor de sus intereses. Por ejemplo en el informe interno no se dice que UFINET haya tolerado que terceros accedieran a la infraestructura de manera irregular ni se habla de la configuración de perjuicio a AIR-e (...)"*.¹⁸³

472. Y más adelante sostuvo que UFINET había: *"...cumplido de forma diligente con su obligación de velar porque los operadores de telecomunicaciones que instalan equipos en la red eléctrica cumplan con todos los requerimientos normativos y por legalizar a aquellos terceros que hacen uso de la infraestructura sin autorización"*, y que no es cierto que UFINET hubiera facturado de manera parcial a sus proveedores de telecomunicaciones. A renglón seguido afirmó que no le constaba lo atinente al hallazgo de una antena BTS no registrada, pues AIR-E nunca le informó de esa situación.

473. Para corroborar sus afirmaciones, la Convocada allegó principalmente un contra-dictamen pericial elaborado por el perito Juan M. Roldán, denominado: "Dictamen Pericial de Contradicción", que contiene una revisión del dictamen entregado por el perito Ricardo Ramírez. Adicionalmente solicitó la práctica de los testimonios de Iván Sánchez, Claudia Moreno, Tatiana Rubio y Adriana Ojeda.

474. El perito Juan M. Roldán sostuvo en el dictamen de contradicción presentado por la Convocada, lo siguiente:

¹⁸² Página 23. Contestación a la reforma de la demanda.

¹⁸³ Página 18 de la contestación de la reforma de la demanda.

"Concluye el perito [de AIR-e] que las obligaciones de administración de Ufinet han sido deficientes en primer lugar, por '(...) las situaciones de riesgo que comprometen los niveles de servicio a los usuarios del servicio público domiciliario de electricidad', sin embargo, en todo el desarrollo del Dictamen nunca se explica cómo se ve afectado el riesgo a los niveles de servicio de electricidad ni su afectación al usuario. Luego prácticamente se llega a esta conclusión sin ningún soporte. Más aún, nunca menciona el Dictamen nada respecto a los usuarios del servicio público domiciliario de electricidad, a excepción de esta conclusión. Para poder llegar a una conclusión de este tipo, ha debido el Perito presentar evidencia en donde exista una causalidad directa entre las supuestas deficiencias de administración de Ufinet, y la afectación de los usuarios del servicio de electricidad, lo cual no está presente en el Dictamen.

"En segundo lugar, el Perito concluye a partir de la evidencia de casos no autorizados, sin mencionar cuántos, en dónde, y ni un solo ejemplo específico, que no se está obteniendo el máximo provecho económico de la infraestructura entregada en administración a Ufinet. Esta es otra conclusión sin sustento. Considerando que el Dictamen no menciona ejemplos específicos ni cómo solucionarlos, y considerando además la realidad del mercado de compartición de infraestructura en Colombia (ver capítulo 5 y sección 4.5.3), esta conclusión tiene una evidente falta de respaldo y análisis, el cual se echa de menos en el Dictamen" (se destaca)¹⁸⁴.

475. En distintos apartes de su dictamen el Perito Roldán afirmó que UFINET sí estaba cumpliendo con sus obligaciones de administración del Contrato, así como con sus obligaciones de vigilancia, seguimiento y control de los cableoperadores y de las instalaciones no autorizadas.

476. Así, por ejemplo, en la página 53 del dictamen, el perito sostiene que:

"De acuerdo con el alcance de la interventoría, y con base en la definición de vigilancia y control establecida en el Dictamen, la cual es propia del perito basada en otras definiciones, considero que UFINET sí vela porque los cableoperadores que utilizan la infraestructura de uso compartido se ajusten a la ley, la regulación, y los objetivos del

¹⁸⁴ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 13.

*Contrato marco, aún más, Ufinet realiza las actividades que el Dictamen define para el término "vigilancia", es decir, Ufinet realiza actividades de revisión, análisis y estudio de la información reportada o enviada por las entidades vigiladas, es decir, los PRST que tienen un contrato con Ufinet para el uso de la infraestructura eléctrica"*¹⁸⁵.

477. Más adelante el Perito Roldán, refiriéndose al control ejercido por UFINET respecto de la red, sostuvo:

*"(...) Ufinet sí toma los correctivos necesarios y ejemplos de ellos se mostraron en las interventorías descritas en la sección 4.1.3. Así mismo, y también en línea con la definición propuesta por el perito, Ufinet realiza procesos de verificación de cumplimiento de los objetivos de las PRST, la eficacia de los procesos adoptados, la adecuada gestión de riesgos, la gestión proactiva de activos y la elaboración de información documentada de evaluaciones periódicas y resultados"*¹⁸⁶.

478. En la misma línea, el Perito Roldán afirmó lo siguiente:

*"(...) concluyo que Ufinet sí está cumpliendo con sus obligaciones de administrar los contratos para el uso de la infraestructura; velando por el cumplimiento de las obligaciones de los PRST, que no es otra que cumplir con el anexo técnico del contrato y con la regulación vigente; y cumpliendo con las actividades de seguimiento, control y vigilancia de los derechos y obligaciones derivadas de los contratos de uso compartido"*¹⁸⁷.

479. Finalmente, el Perito Roldán, en relación con los usos no autorizados de la infraestructura eléctrica, sostuvo que *"(..) sí existía evidencia de las actividades adelantadas por Ufinet de legalización de PRST que utilizan la infraestructura sin autorización o ilegalmente", que "hay evidencia de las acciones judiciales iniciadas por Ufinet para impedir el uso no autorizado de la infraestructura eléctrica", y que "Ufinet sí ha realizado actividades de control de*

¹⁸⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 53.

¹⁸⁶ *Ibidem*

¹⁸⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 72.

la no conformidades que ha encontrado en las diferentes interventorías realizadas”¹⁸⁸.

480. El testimonio de Claudia Moreno fue muy ilustrativo para demostrar la posición de la Convocante en este sentido:

"Apoderado Ufinet: Esos contratistas que usted menciona, ¿qué están haciendo? ¿Están recorriendo unas zonas a ver si encuentran anomalías y registrarlas o cómo funciona ese contratista?"

"Testigo: Nosotros desde la interventoría, desde la coordinación, detectamos zonas que necesitamos intervenir, enviamos puntualmente un interventor para que analice la problemática y dado lo que nosotros identificamos, contratamos las labores de contratista, específicamente que vaya a corregir y verificar lo que estamos viendo. Por ejemplo, si estamos haciendo un tema de ilegales que detectamos en la zona, mandamos al contratista, que me revise si en la zona x este operador, este otro operador están presentes y que me diga qué otros operadores están, si? Porque son operadores que están haciendo con este tema de las dos mil licencias que el mismo ministerio de comunicaciones apoyó en el 2019- 2020, expidieron veinte mil o dos mil licencias de TIC entonces la proliferación de empresas pequeñas para el despliegue de redes ha sido bastante significativa. Son personas que no respetan los procedimientos, ven en este negocio la oportunidad de lucrarse sin contemplar cuál es el deber ser. Entonces pedimos al contratista que vaya al lugar porque hay clientes que se han quejado porque dicen UFINET mire, aquí estamos detectando este cliente, los mismo clientes a veces nos dicen. O nosotros con el contratista en los estudios de viabilidad que hacemos, porque vamos a cada poste que nos colocan en los proyectos, nosotros vamos al lugar y nos damos cuenta de quiénes están ahí, el contratista nos reporta: ingeniera estoy viendo tal operador en tal parte, entonces vamos allá lo contrato y le digo: hazme el mantenimiento de esa red, revísame a ver quién es, revísame si tiene marquillas. Cuando él me entrega e insumo, nosotros ese insumo se lo entregamos al área de contratación que se encarga de la normalización de los usos entonces miramos si es que el cliente tiene contrato o no tiene contrato, el inventario que tiene, cuáles son las condiciones de la red, si la red cumple o no cumple, si tiene marquilla, si está construyendo por

¹⁸⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Páginas 75 y 76.

debajo del área que es, si tiene que subir la red. Todo ese proceso se hace con el cliente en ese proceso normalización de redes porque no solamente es llegar a facturar, es llegar a revisar las condiciones de la red que se está normalizando.

"Apoderado Ufinet: Aprovechando el ejemplo, ¿qué pasa si hay un cliente con contrato? ¿Qué hacen ahí en ese caso?"

"Testigo: Cumplimos el procedimiento de uso no autorizado que está en la CREG 063 donde nosotros inicialmente tenemos que hacer una notificación al cliente, nosotros tenemos unas plantillas que están definidas ya sea un ilegal o un cliente nuestro, en dado caso ambos son usos no autorizados, pero digamos tienen un enfoque distinto porque uno tiene un contrato y el otro no. En estos que son clientes nuestros, hacemos un llamado al contrato a través de una notificación formal. Y lo invitamos a normalizar la red. A usted se le detectó esta red, tiene tanto tiempo para notificar el inventario sobre esto y vamos a una verificación conjunta. Ese es el proceso que hacemos nosotros. Igual nosotros en ese proceso de legalización nosotros en el contrato tenemos unas multas estipuladas por estas actividades. Cuando este cliente es reiterativo en estas acciones ya nosotros no entramos a legalizar si ya vemos un cliente que tiene una mala práctica en esto, ya nosotros no entramos a legalizar, sino que simplemente le decimos: desmonta y presenta tu proyecto como debe ser, como los demás operadores de telecomunicaciones"¹⁸⁹.

481. Es importante mencionar que, como sustento de lo anterior, al dictamen de contradicción aportado por la Convocada se anexaron algunos documentos que dan cuenta de estas gestiones. En especial se destaca el anexo 16 - proceso de interventoría, que contiene documentos sobre diversas gestiones de interventoría que llevaba a cabo UFINET sobre las redes de telecomunicaciones en la infraestructura eléctrica; los anexos 17 y 18 que contienen los planes de normalización de Barranquilla y Santa Marta, respectivamente; el Anexo 19 que contiene correos electrónicos con PRST en los que se les notificaba de las fichas de interventoría; el anexo 21 que incluye actas de legalización y, finalmente, el anexo 22 que contiene información sobre las querellas.

482. En sus alegatos de conclusión, UFINET sintetizó su posición, haciendo referencia a lo que se mencionó en el contra dictamen presentado por ella:

¹⁸⁹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 31 agosto de 2022. A partir del minuto 1:12.

"Por último, sobre las obligaciones de administración, el perito de Air-e afirma que la deficiente gestión de Ufinet 'comprometen los niveles de servicio a los usuarios'. Sin embargo, no se ofrece una explicación de cómo se da dicha afectación siendo una afirmación huérfana de prueba. Lo propio sucede con la afirmación del perito de Air-e sobre la supuesta falta de aprovechamiento económico al máximo de la infraestructura entregada en administración. Se trata de conclusiones del perito de Air-e que no tienen respaldo alguno"¹⁹⁰.

5.2.5.3. Consideraciones del Tribunal

483. El Tribunal considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las obligaciones de UFINET en materia de administración de Contratos eran claras, y si AIR-E probó que UFINET incumplió con dichas obligaciones. En particular, si AIR-E demostró que UFINET toleró la presencia en la red de cableoperadores no autorizados o de elementos no reportados por parte de los cableoperadores autorizados y si, por ello, causó o no un perjuicio económico a AIR-E.

5.2.5.3.1. Obligación que se considera incumplida

484. Las obligaciones contractuales en materia de administración de contratos quedaron consagradas inicialmente en el otrosí No. 1, en el que se eliminó el literal e) del Contrato en su versión original, que se refería a la exclusividad, y en su lugar, se incorporó el siguiente literal e):

"(e) Administración de Contratos Anteriores y Posteriores

"ELECTRICARIBE delega y contrata con GNF TELECOMUNICACIONES la administración de los contratos para el uso compartido de infraestructura que hayan celebrado o celebren en el futuro Las Partes con terceros, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, del pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por éstos, así como por el cobro y recaudo de los dineros que se le adeuden a ELECTRICARIBE" (se destaca).

485. Más adelante, en la cláusula cuarta del otrosí No. 2 las Partes modificaron el texto anterior, y convinieron:

¹⁹⁰ Página 70. Alegatos de Conclusión de UFINET.

"CUARTO: modificar el literal e) de la Cláusula Cuarta- "DECLARACIONES Y GARANTÍAS" del contrato, la cual fue a su vez modificada por la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 1:

*"(e) Administración de Contratos Anteriores y Posteriores
En desarrollo del derecho real de usufructo concedido en favor de UFINET, esta empresa adelantará la administración de los contratos para el uso compartido de infraestructura de ELECTRICARIBE que se hayan celebrado, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de los terceros, el pago oportuno de los compromisos económicos contraídos por éstos, así como por el cobro y recaudo de los dineros que se adeuden"* (se destaca).

486. Como se evidencia de lo acordado por las partes, a partir de 2015 la actividad de administración de contratos comprendía unas actividades de "administración de los contratos para el uso compartido de la infraestructura", que no están definidas en el Contrato, y además las siguientes actividades: (i) velar por el cumplimiento de obligaciones a cargo de los terceros y por el pago oportuno de los compromisos económicos; y, (ii) vigilar el cobro y recaudo de dineros. Sin embargo, ni en la cláusula trascrita, ni en ninguna otra cláusula del Contrato se explica en qué consiste la administración de contratos de terceros, ni sobre cuál es el estándar de conducta que debe seguirse para poder realizar una correcta administración. El dictamen aportado por la Convocante pretendió dar una definición sobre esta obligación, pero su fuente fue propia y no obedece a un conocimiento técnico o especializado del tema y, particularmente, no está consagrada en el Contrato.

5.2.5.3.2. Análisis Probatorio

487. En las consideraciones que hizo el Tribunal para resolver las pretensiones principales segunda, tercera y cuarta se analizaron los supuestos incumplimientos de UFINET a sus obligaciones en materia de aplicación de normas y reglamentos técnicos, mantenimiento, reparación, reposición, mantenimiento preventivo y seguridad, así como los deberes de seguimiento, vigilancia y control a cargo de dicha compañía en esas materias. Al respecto, el Tribunal consideró que la Demandante no había logrado comprobar el incumplimiento de dichas obligaciones.

488. Aunque la Pretensión Quinta Principal se refiere a asuntos aparentemente diferentes, como son los atinentes a la administración de los contratos con

terceros y el control de los usos no autorizados de la red, el Tribunal considera que dichos asuntos no son escindibles de otras obligaciones como las mencionadas en el párrafo precedente, cuyo cumplimiento es necesario, precisamente para que se pueda cumplir con la obligación de administrar la red en forma eficiente y se logre su máximo aprovechamiento económico. En efecto, en la medida en que el Contrato no define el contenido y alcance de la obligación de administrar contratos, el Tribunal considera que del conjunto de cláusulas del Contrato se desprende que la manera de administrar los contratos con los cableoperadores y de lograr el mejor aprovechamiento para evitar consecuencias económicas como las que reclama la Convocante, es a través de la promoción de la correcta aplicación de las normas, de una adecuada vigilancia de la red y a sus usuarios, de un seguimiento y control de sus usos, tanto por quienes están autorizados como por quienes no lo están y, finalmente, de una adecuada gestión de cobro y recaudo de los ingresos.

489. Ahora bien, corolario necesario de lo anterior es que, si el demandante no pudo comprobar el incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas por parte de UFINET, tampoco existiría evidencia del incumplimiento de la obligación de administración de contratos para el uso de la infraestructura por parte de terceros, al menos en lo correspondiente a esas actividades. En ese sentido es importante traer a colación unas frases del dictamen de UFINET que apuntan a confirmar lo anterior:

*"(...) por el contrario, concluyo que Ufinet **sí está cumpliendo con sus obligaciones de administrar los contratos** para el uso de la infraestructura; **velando por el cumplimiento de las obligaciones de los PRST, que no es otra que cumplir con el anexo técnico del contrato y con la regulación vigente; y cumpliendo con las actividades de seguimiento, control y vigilancia de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de uso compartido**" (se destaca)¹⁹¹.*

490. Sin embargo, el Tribunal considera que existen otras razones para concluir que no se ha demostrado el incumplimiento de las obligaciones reclamadas en la pretensión objeto de estudio.

491. Las pruebas aportadas por AIR-E para demostrar el incumplimiento de la obligación de administración de contratos son algunas declaraciones de testigos, todos creíbles, pero que se refieren a dichos supuestos incumplimientos de

¹⁹¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 12_Dictámenes de Contradicción. 01_Dictámenes Contradicción Ufinet:20220802. 02_Contra-Dictamen al Dictamen Pericial- Air-e SAS v. Ufinet Colombia SA_Perito Roldán_20220802_01. Página 72.

manera genérica y no específica; el Informe de Auditoría que reitera tales cuestionamientos genéricos, pero solo se refiere de manera concreta a una antena no reportada por Comcel, y los dictámenes periciales que han sido objeto de valoración por parte del Tribunal anteriormente. Salvo el caso específico al que hizo referencia el Informe de Auditoría, en ninguna parte del expediente hay una explicación concreta sobre cuáles fueron dichos alegados incumplimientos, ni relación alguna de cuándo y cuánto se dejó de cobrar o pagar por cuenta de ellos. Por dichas razones el Tribunal considera que las pruebas que obran en el expediente no son suficientes para demostrar el incumplimiento analizado, pues ninguno de los medios de prueba arriba mencionados explica cuándo, cuáles, cuántos y en qué lugares, eran los usos no autorizados de la red, ni con qué frecuencia se encontraban elementos no registrados en ella, ni cuanto se dejó de facturar o recaudar por esos conceptos.

492. El Tribunal enfatiza lo anterior, pues la única irregularidad concreta que se mencionó en la demanda o en los elementos de prueba aportados fue la atinente a la existencia de una antena de Comcel, irregularidad sobre la que, según UFINET, nunca le fue informada, además de lo cual por sí sola no demuestra el incumplimiento, menos aún de uno material o generalizado de las obligaciones de administración de contratos a cargo de UFINET.

493. Adicionalmente se destaca que al proceso no se aportó evidencia concreta alguna en el sentido de que UFINET hubiese dejado de cobrar suma alguna por los conceptos referidos en la pretensión, ni de que la Demandada hubiese tolerado el uso por parte de terceros no autorizados.

494. De hecho, el Tribunal encuentra que varias de las conclusiones del peritaje aportado por AIR-E no son claras ni contundentes, en la medida en que el dictamen el perito hace afirmaciones como que “**no se tiene conocimiento**” del respaldo operativo de UFINET, o “**no se encontraron evidencias**” que permitan suponer el cumplimiento de la regulación por parte de UFINET o sobre comunicaciones entra las partes que pudieran afectar la utilización, mantenimiento u operación de las infraestructuras, o “**no se tiene conocimiento**” de informe o procedimientos elaborados por UFINET para las acciones de seguimiento y control por parte de dicha empresa ni de que UFINET hubiese adelantado acciones judiciales en protección del uso no autorizado de la infraestructura eléctrica, o, que “**no hay evidencias del seguimiento, vigilancia y actividades de control**”. En la misma línea, al pronunciarse de manera específica sobre las obligaciones de administración de contratos, el perito Ramírez dijo que la obligación de administración, entendida de la manera como él la definió, “**puede calificarse como deficiente (...)**”, lo cual, salta a la vista, no es claro ni contundente.

495. Por el contrario, para el Tribunal resulta evidente que no puede calificarse como deficiente una gestión de administración fundada en la consideración de que “no hay evidencias” del seguimiento, vigilancia y actividades de control, o de que “no se tiene conocimiento” de informes o procedimientos para el seguimiento y control realizado por UFINET. La ausencia de información del perito, reflejada claramente en las frases que él empleó, no indica que la gestión de administración de UFINET haya sido deficiente, ni que dicha compañía hubiera incumplido sus obligaciones. Dicha situación solo indica que el perito no tiene evidencias de que la gestión hubiese sido deficiente.

496. A lo anterior debe agregarse que, como se señaló en detalle al realizar la reseña sobre la posición de la Convocada, al dictamen de contradicción elaborado por el perito Roldán se acompañaron evidencias suficientes sobre las distintas labores desarrolladas por UFINET en cumplimiento de las obligaciones de seguimiento, vigilancia y control de la red de cableoperadores.

5.2.5.4. Conclusión del Análisis

497. Valorados por el Tribunal los dictámenes allegados por las Partes, en relación con el específico asunto relacionado con la pretensión objeto de estudio, y en aplicación de lo establecido en el Artículo 232 del Código General del Proceso, el Tribunal le da un mayor mérito probatorio al dictamen aportado por UFINET y a sus conclusiones, pues se encuentran mejor fundamentadas que las contenidas en el dictamen aportado por AIR-E.

498. Con fundamento en lo señalado en los párrafos anteriores el Tribunal negará la Pretensión Quinta Principal y, además, declarará probada la excepción denominada “Inexistencia de Incumplimiento por parte de UFINET”.

5.2.5.5. Pretensiones Subsidiarias

499. En la Quinta Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, AIR-E solicitó al Tribunal que declare que UFINET “*incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derechos de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a la administración de los contratos para el uso de la infraestructura celebrados con terceros, incluida la obligación de velar por el pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de terceros, el pago oportuno de las de los compromisos económicos contraídos por estos así como el cobro y recaudo de los dineros adeudados por terceros usuarios de la infraestructura eléctrica, previstas entre otras en la Cláusula Tercera, Tercera Bis 5 y Cuarta del Contrato*”, pretensión que, como en ocasiones anteriores, es igual a la Quinta Pretensión Principal. Por

ese motivo, la totalidad de consideraciones y argumentos del Tribunal con respecto a la Quinta Pretensión Principal son aplicables a dicha pretensión subsidiaria, razón por la cual ella igualmente se negará.

5.2.5.6. Decisión de la Pretensión Quinta Principal y de la Quinta Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

500. Con base en las consideraciones expuestas en el presente capítulo, el Tribunal negará las Pretensiones Quinta Principal y Quinta Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, por considerar que AIR-E no probó que UFINET hubiera incumplido con sus obligaciones de administración de los contratos para el uso de la infraestructura celebrados con terceros, ni que no haya velado por el pago oportuno de los compromisos contraídos por estos, ni que no hubiera velado por el adecuado cobro y recaudo de los dineros adeudados por terceros usuarios de la infraestructura eléctrica previstos, entre otros, en la cláusula tercera, tercera Bis 5 y cuarta del Contrato.

5.2.6. Sexta Pretensión Principal

501. En la Sexta Pretensión Principal de la demanda inicial reformada, AIR-E solicitó al Tribunal que declare que UFINET "(...) *incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derechos de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a los deberes secundarios de conducta, a cargo de UFINET Colombia SA, particularmente el deber de obrar de buena fe en la ejecución contractual*".

5.2.6.1. Argumentos de la Convocante

502. Aunque la Convocante no explicó cuáles fueron los deberes secundarios de conducta supuestamente violados por la Demandada, ni presentó argumentos concretos y específicos con respecto a dicho supuesto incumplimiento, ella sí se refirió en algunos apartes de la demanda y en sus alegatos de conclusión a una supuesta falta de buena fe de UFINET en la ejecución del Contrato.

503. En la demanda arbitral reformada, la Convocante afirmó:

"54. El hecho de no admitir esos incumplimientos contractuales y regulatorios solo devela una de dos circunstancias, ambas igual de reprochables: (i) o UFINET estaba tan desligada de sus obligaciones contractuales que ni siquiera se había percatado todos los hallazgos que AIR-e tuvo que ponerle de presente o (ii) UFINET conocía de sus sendos incumplimientos contractuales y regulatorios, y a sabiendas,

adoptó una actitud silente y aletargada de cara al cumplimiento de sus obligaciones, contraria a la buena fe objetiva”.

504. En línea con lo anterior, aunque sin referirse específicamente a la buena fe, en sus alegatos de conclusión AIR-E afirmó que Ufinet conocía desde mucho antes de febrero de 2021 la grave situación de la infraestructura de telecomunicaciones, y que jamás implementó controles efectivos. En efecto, en AIR-E manifestó:

"No hay ninguna duda: antes de febrero de 2021 UFINET era plenamente consciente de las anomalías presentes en la infraestructura que administraba, inclusive, respecto de los 1,028 apoyos del informe de auditoría"¹⁹².

505. Ni en los documentos allegados al expediente, ni en los testimonios practicados, ni en los dictámenes periciales aportados por AIR-E se hace referencia o análisis alguno sobre los deberes secundarios de conducta que habrían sido pretermitidos por la Convocada, ni se explica en detalle por qué motivo AIR-E consideraba que la actitud de UFINET había sido contraria a la buena fe objetiva.

5.2.6.2. Argumentos de la Convocada

506. La Convocada controvertió los argumentos de la Convocante, y presentó como excepciones de mérito las que denominó Inexistencia de Incumplimientos de UFINET, Diligencia o Ausencia de Culpa de UFINET, Inexistencia de Incumplimiento Resolutorio y No procede declarar la Responsabilidad Civil de UFINET. En la contestación a la demanda integrada, UFINET manifestó lo siguiente:

"43. Debe indicarse desde este momento que UFINET viene gestionando de manera eficiente y diligente, durante los últimos 20 años, miles de postes y demás elementos que componen la infraestructura eléctrica usufructuada que inicialmente pertenecían a Electricaribe. Sin embargo, a Ufinet le resulta materialmente imposible, como también sería imposible para el propio operador eléctrico, garantizar y prevenir que ninguno de estos postes pueda sufrir afectaciones, deterioros o intervenciones en algún punto por parte de terceros. Lo que sí es absolutamente posible es subsanar y corregir cualquier anomalía que se llegase a identificar en el marco de

¹⁹² Alegatos de conclusión de AIR-E. Páginas 79 y siguientes.

las labores de inspección u mantenimiento, tal y como prevé el Contrato.

"44. Ufinet ha constituido un modelo de interventoría, ejecutada por personal directo, que cubre las distintas zonas comprendidas dentro del alcance contractual, y cuenta con servicios de viabilidad técnica contratados con terceros. Así, a través de la labor conjunta de ambos equipos, Ufinet ha podido identificar y corregir, durante 20 años, las diversas vicisitudes que, de manera normal y usual, se pueden presentar en una infraestructura que se extiende a lo largo de cientos de kilómetros, en varios departamentos, incluyendo los tres que ahora atiende Air-e"¹⁹³.

507. A lo largo de su contestación, UFINET insistió que había cumplido a cabalidad y con diligencia con sus obligaciones legales y contractuales. Así, en el párrafo 75 de su contestación, afirmó que:

"Ufinet actuó a lo largo de la ejecución contractual con diligencia y buena fe por lo que se rechazan las alusiones que hace AIR-e a una supuesta negligencia, dolo y/o mala fe de Ufinet".

508. En el párrafo 117 de su contestación, en el que se pronuncia sobre la sexta pretensión principal, UFINET afirmó que:

"(...) Air-e no identifica cuales son los deberes secundarios de conducta que sostiene Ufinet incumplió (sic), lo que impide que Ufinet pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa y condena al fracaso esta pretensión (...)".

509. En el escrito de alegatos de conclusión UFINET no desarrolló ni analizó de manera específica su oposición a la Sexta Pretensión Principal, ni profundizó en lo que había manifestado en la respuesta a la demanda, en cuanto a que AIR-E no había identificado cuales eran los deberes secundarios de conducta que UFINET había incumplido. Sin embargo, en los alegatos realizó una defensa de las actuaciones de UFINET en desarrollo del Contrato, e incorporó varias alegaciones que apuntan directa o indirectamente a mostrar que la Convocada actuó con diligencia y buena fe.

5.2.6.3. Consideraciones del Tribunal

¹⁹³ Página 9 de la contestación de la demanda reformada

510. El problema jurídico que debe resolver el Tribunal en esta pretensión es si UFINET no actuó de buena fe en la ejecución del Contrato, si incumplió o no con sus deberes secundarios de conducta, y si AIR-E probó que UFINET no actuó de buena fe e incumplió con sus deberes secundarios de comportamiento.

5.2.6.3.1. Obligaciones que se alegan como incumplidas

511. Aunque, como lo dice la Convocada, AIR-E no especificó cuáles eran los deberes secundarios de conducta a cargo de UFINET que habrían sido desatendidos, del contexto de la demanda y de sus alegatos de conclusión el Tribunal puede colegir que la Convocante se refiere realmente, en general, a una supuesta ausencia de buena fe de dicha compañía en el cumplimiento de sus obligaciones.

512. AIR-E considera que UFINET no actuó de buena fe por cuanto no fue consciente de la magnitud de las deficiencias que existían en la red de telecomunicaciones, no actuó diligentemente para corregirlas, estructuró un plan de interventoría ineficiente e ineficaz y, finalmente, mantuvo una actitud pasiva e indolente frente a los problemas que se presentaron en la ejecución del Contrato. UFINET, por el contrario, manifiesta que actuó siempre con buena fe y que fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, que estructuró un Modelo de Interventoría eficaz, y que esa condición fue reconocida por Electricaribe a lo largo de la ejecución del Contrato.

5.2.6.3.2. Análisis del Tribunal

513. El Tribunal considera que no es necesario realizar una explicación detallada de lo que es e implica el principio de buena fe en la ejecución contractual, pues se trata de un tema bien desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia. En ese sentido, el Tribunal trae a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de septiembre de 2020, en la que dicha Corporación sostuvo que:

"(...) En materia contractual, según el artículo 1603 del Código Civil, los 'contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella'.

"La institución es comprendida como el deber de las partes de obrar con lealtad en las relaciones jurídicas y respetar lo textualmente pactado en los negocios y actos jurídicos. También, la de propender,

*recíprocamente, la realización de las expectativas legítimas que tiene su contraparte frente al acuerdo, aun cuando para ello, deban desplegar conductas no señaladas literalmente en él, pero si afines a este. De tal forma, el principio reviste importancia analítica en los contratos en todas sus etapas y adquiere una actividad (i) integradora, (ii) interpretativa y (iii) equilibradora (...)*¹⁹⁴.

514. Los deberes secundarios de conducta también han sido explicados por la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos. Dicha Corporación ha sido clara en afirmar que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que de la buena fe surgen deberes de conducta, denominados secundarios o complementarios, que permiten integrar el contenido obligacional de los negocios jurídicos con deberes no pactados expresamente, con el fin de que el comportamiento de las partes procure la satisfacción plena del interés de su respectiva contraparte. En ese sentido, en sentencia de 7 de abril de 2015 la Corte sostuvo que:

"3.8 Buena fe. Deberes primarios y secundarios de conducta

*El principio general de la buena fe (bona fides) como comportamiento leal y como la creencia de estar actuando honradamente, tiene una incidencia en la actuación jurídica diaria y en la ejecución de obligaciones y contratos por medio de las reglas o deberes primarios y secundarios, por cuanto la relación obligacional es compleja y multiforme, no simplemente lineal"*¹⁹⁵.

515. En esa misma línea, en sentencia de 23 de septiembre de 2022, la Corte sostuvo lo siguiente:

"Del principio de buena fe emergen otras reglas accesorias o agregadas que igualmente tienen fuerza vinculante, conocidas como normas o 'deberes secundarios de conducta' que hacen parte del contenido de la obligación así no hayan sido pactadas expresamente en la convención. Para Stiglitz, éstas se explican en la distinción existente entre las prestaciones principales y aquellas otras que las complementan como manifestaciones de ese principio y son 'el carácter más saliente de la buena fe contractual que se traduce en categorías genéricas, como ser la cooperación y lealtad, y en

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de septiembre de 2020. Exp. No.: 11001-31-03-013-2011-00079-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de abril de 2015. Exp. No. 0526631030022001-00509-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

*directivas específicas que operan como desprendimientos de las anteriores por ejemplo, la información, la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, el auxilio a la otra parte, etcétera*¹⁹⁶.

516. En desarrollo de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, para el Tribunal es claro que ambas partes, tanto AIR-E como UFINET tenían, entre muchas otras obligaciones, el deber de actuar de buena fe en la ejecución del Contrato, de cumplir con todas las prestaciones que emanan del Contrato, de colaborar con su contraparte en la ejecución de éste y de actuar en forma leal y transparente con ella.

517. En su demanda y en sus alegatos de conclusión, AIR-E manifestó que UFINET violó los deberes secundarios de conducta, *“en particular el deber de obrar de buena fe”* en la ejecución contractual, planteamiento este circular que afecta la claridad y precisión del planteamiento de la Convocante; UFINET, por su parte, en su contestación y en sus alegatos finales, sostuvo que actuó de buena fe durante la ejecución del contrato. Sin embargo, el Tribunal considera importante llamar la atención sobre el hecho de que ni en la demanda ni en los alegatos AIR-E presentó una explicación o efectuó un análisis o una explicación sobre los deberes secundarios de comportamiento que consideraba violados, ni UFINET se pronunció al respecto, en parte, como lo dijo en la contestación de la demanda, porque estos no fueron explicados por la Convocante.

518. Mas allá de las inquietudes que pudieran surgir por la forma en la que la Convocante planteó la Pretensión Sexta Principal, el Tribunal considera, luego de analizar los elementos de juicio que obran en el expediente, que AIR-E no probó que UFINET hubiera violado el deber de obrar de buena fe o que hubiera incumplido con alguno de los deberes secundarios de conducta que jurisprudencialmente se han desarrollado, tales como los deberes de reserva, lealtad, protección, información o coherencia, para citar algunos de los más mencionados.

519. Tal como se mencionó anteriormente, AIR-E considera que UFINET no obró de buena fe principalmente porque, según afirma, dicha compañía estaba desligada de sus obligaciones contractuales, conocía de sus incumplimientos y adoptó una actitud *“silente y aletargada”* y, además, adoptó un modelo de interventoría absolutamente ineficiente, pues *“[n]i un solo dedo movían para intervenir la red en casos de usos ilegales sin la presentación de una querrela, y sin la prosperidad de la misma”*.

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 23 de septiembre de 2022. Exp. No: 11001-02-04-000-2021-02602-01. M.P. Francisco Ternera Barrios.

520. Con fundamento en los elementos probatorios analizados por el Tribunal, se concluye que la afirmación realizada por AIR-E sobre una pretendida conducta de UFINET contraria a la buena fe, por comportarse, según afirma, con quietud y desidia respecto del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, se encuentra controvertida con las pruebas ya referidas, que permiten concluir que UFINET era consciente de sus obligaciones contractuales, que buscó soluciones para los problemas anotados y que no estaba desligada de sus compromisos. Adicionalmente, el Tribunal encuentra que no puede afirmarse que el modelo de interventoría que UFINET aplicó para identificar posibles incumplimientos de los cableoperadores fuera "*absolutamente ineficiente*", como sostiene AIR-E, pues en el expediente obran varios elementos de juicio que le permiten concluir que dicho modelo produjo resultados positivos, aunque dicha labor se enfrentaba a dificultades institucionales para poder solucionar eventos de usos no autorizados de la red pues era necesario presentar querrelas policivas, que incluso generaron problemas con las comunidades, todo lo cual dilatava inevitablemente la solución de dichos problemas.

521. En resumen, la falta de fundamentación de la Pretensión Sexta Principal, en lo atinente al soporte fáctico del presunto incumplimiento de UFINET respecto de los deberes secundarios de conducta o de la buena fe objetiva, así como la existencia de medios de prueba que desvirtúan un comportamiento supuestamente indolente de parte de la Convocada, conducen al fracaso de la mencionada pretensión.

5.2.6.4. Conclusiones del Análisis del Tribunal

522. En consecuencia, al no haberse acreditado el supuesto de la Pretensión Sexta Principal, el Tribunal la negará. Por esas mismas razones, el Tribunal declarará probada la excepción presentada por la Convocada, denominada "Inexistencia de Incumplimiento por parte de UFINET".

5.2.6.5. Pretensiones Subsidiarias

523. En su Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, y particularmente en la Sexta Pretensión de dicho grupo, Air-e solicitó al Tribunal que declare que UFINET "(...) *incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derechos de Paso para Telecomunicaciones, en lo relativo a los deberes secundarios de conducta, a cargo de UFINET Colombia SA, particularmente el deber de obrar de buena fe en la ejecución contractual*", pretensión que es igual a la Sexta Pretensión Principal. Por ese motivo, la totalidad de consideraciones y argumentos del

Tribunal con respecto a la Pretensión Principal son aplicables a dicha pretensión subsidiaria, razón por la cual se negará.

5.2.6.6. Decisión de la Sexta Pretensión Principal y de la Sexta Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias

524. Con base en lo dicho en el presente capítulo, el Tribunal negará la Sexta Pretensión Principal, y la Sexta Pretensión del Primer Grupo de Pretensiones Subsidiarias, pues considera que AIR-E no probó que UFINET hubiera incumplido se deber de obrar de buena fe, ni que hubiera desatendido sus deberes secundarios de conducta.

5.2.7. Séptima Pretensión Principal, Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias y Segunda Pretensión Consecuencial Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

525. En la Séptima Pretensión Principal la Convocante solicitó al Tribunal declarar que “...*UFINET COLOMBIA S.A. es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de cesión de uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones identificado como TELECORP 004.01*”.

526. En desarrollo de la referida pretensión, AIR-E formuló tres Pretensiones Consecuenciales de la Séptima Pretensión Principal y una Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Consecuencial. La primera de ellas busca que el Tribunal declare que como consecuencia de la responsabilidad civil contractual el Contrato terminó por actos imputables a UFINET el 10 de marzo de 2021; la segunda que se condene a UFINET a la reparación integral de los perjuicios sufridos por AIR-E en las cifras allí mencionadas; y la tercera solicita que se declare que la terminación del Contrato implicó la terminación del derecho real de usufructo constituido a favor de UFINET, desde el 10 de marzo de 2021. A su vez, en la Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Consecuencial, AIR-E solicita al Tribunal que declare la extinción judicial del usufructo por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave y/o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.

527. Por otra parte, en la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias la Convocante solicitó que se declare que UFINET es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato y, en consecuencia, en la Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias y en la Segunda Pretensión Consecuencial Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, solicitó que se resuelva el Contrato como

consecuencia de la responsabilidad contractual de UFINET y que se condene a la Convocada al pago de la indemnización de perjuicios, respectivamente.

5.2.7.1. Consideraciones del Tribunal

528. De conformidad con el estudio realizado por el Tribunal, tal como se explicó en los acápites anteriores, AIR-E no demostró que UFINET hubiese incumplido con las obligaciones derivadas del Contrato que fueron materia de reclamación por parte de AIR-E en las Pretensiones Segunda a Sexta, principales y subsidiarias. En esas condiciones, y sin más explicaciones que las planteadas en las decisiones sobre las Pretensiones anteriormente mencionadas, el Tribunal concluye que UFINET no es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato. Con ese fundamento, el Tribunal negará la Séptima Pretensión principal.

529. En la misma línea, si UFINET no es responsable por el incumplimiento del Contrato, tampoco prosperarán las pretensiones consecuenciales de la Séptima Pretensión Principal ni la Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Consecuencial, pues todas dependen de lo decidido en la Séptima Pretensión Principal. Tampoco hay lugar a acceder a las pretensiones subsidiarias Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias y la Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias.

5.2.7.2. Decisión sobre la Séptima Pretensión Principal y sobre la Primera, Segunda y Tercera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión Principal, así como sobre la Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Consecuencial, la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, la Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias y Segunda Pretensión Consecuencial Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

530. Con base en lo explicado en los párrafos precedentes, el Tribunal negará la Séptima Pretensión Principal, la Primera, Segunda y Tercera Pretensiones Consecuenciales de la Séptima Pretensión Principal, y la Pretensión Subsidiaria de la Tercera Pretensión Consecuencial, la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias, Primera Pretensión Consecuencial de la Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias y Segunda Pretensión Consecuencial Séptima Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias.

5.2.8. Octava Pretensión Principal y Octava Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

531. En la Octava pretensión principal de la demanda inicial reformada, la Convocante solicita al Tribunal "*[a]plicar la corrección monetaria conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde la fecha del perjuicio hasta la fecha del pago efectivo, sobre las condenas mencionadas en la segunda pretensión consecuencial de la séptima pretensión principal*". En idéntico sentido se formuló la Octava Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias.

532. Con esto, la Convocante pretende que se le reconozcan el daño emergente, el lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro, con la corrección monetaria que se requiera dada la depreciación monetaria que podría afectar dichos montos por el paso del tiempo.

5.2.8.1. Consideraciones del Tribunal

533. En línea con lo expuesto en los acápites anteriores, como el Tribunal no encontró probados los elementos para declarar la responsabilidad civil contractual de UFINET derivada de los incumplimientos alegados por AIR-E, y, por ende, no decretará indemnización de perjuicios a favor de la Convocante, tampoco hay lugar al reconocimiento de la corrección monetaria por ella solicitada.

5.2.8.2. Decisión sobre la octava pretensión principal

534. El Tribunal negará la octava pretensión principal de la demanda reformada por las razones antes expuestas, así como la pretensión subsidiaria respectiva.

5.2.9. Novena Pretensión Principal y Novena Pretensión del Primer Grupo de Subsidiarias

535. En la pretensión novena principal, AIR-E pretende que se aplique "*el interés puro civil del seis por ciento (6%) anual, calculado desde la fecha del perjuicio hasta la fecha del pago efectivo, sobre las condenas mencionadas en la segunda pretensión consecuencial de la séptima pretensión principal*". En idéntico sentido se formuló la novena pretensión del primer grupo de subsidiarias.

5.2.9.1. Consideraciones del Tribunal

536. En la misma línea de lo explicado para decidir la octava pretensión principal, el Tribunal reitera que, como no se declaró la responsabilidad civil

contractual de UFINET, y tampoco hubo lugar a la condena por reparación de perjuicios, esto conduce, por sustracción de materia, a que no se pueda dar prosperidad a una condena accesoria como es la relativa al reconocimiento de intereses.

5.2.9.2. Decisión sobre la novena pretensión principal.

537. En consecuencia, el Tribunal negará la novena pretensión principal de la demanda reformada y la pretensión subsidiaria respectiva.

6. LOS INCUMPLIMIENTOS QUE UFINET LE ATRIBUYE A AIR-E.

6.1. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO AL HABER INTENTADO TERMINARLO UNILATERALMENTE

6.1.1. Posición de las Partes

6.1.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

538. En la demanda de reconvención reformada, UFINET solicita que se declare que AIR-E incumplió el Contrato al haber intentado terminarlo unilateralmente, pues habría actuado en contravía de lo pactado en el mencionado acuerdo, de lo previsto en la ley para la extinción del derecho real de usufructo y del principio de la buena fe. En concreto, la Convocante en Reconvención formuló las siguientes pretensiones:

"Tercera pretensión principal: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber intentado terminarlo unilateralmente, desconociendo lo previsto por las Partes en la cláusula decimoquinta del mismo y/o en la ley con respecto a la extinción del derecho real de usufructo, y/o el principio de la buena fe.

"(...)

"Segunda pretensión subsidiaria: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber intentado terminarlo unilateralmente desconociendo lo previsto por las Partes en la cláusula decimoquinta del mismo y/o en la ley con respecto a la extinción del derecho real de usufructo, y/o el principio de la buena fe".

539. Las pretensiones anteriormente transcritas se fundamentan, en esencia, en que, el 20 de octubre de 2020, AIR-E le solicitó a la Convocante en Reconvención información comercialmente sensible relacionada con los contratos suscritos por UFINET con sus clientes, en el marco de una presunta auditoría interna. Algunos meses después, el 24 de febrero de 2021, se llevó a cabo una reunión del Comité Operativo del Contrato, en la que AIR-E “*sorpresivamente*” le habría anunciado su decisión de terminar el Contrato por la supuesta existencia de eventos técnicos que afectaban la integridad de la Infraestructura Eléctrica. Posteriormente, el 9 de marzo de 2021, AIR-E le remitió una comunicación a UFINET en la que ratificó la terminación unilateral del Contrato. Sin embargo, para adoptar dicha determinación, la Convocada en Reconvención no se habría ajustado a lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato, pues: (i) no entregó los detalles de los presuntos hallazgos, que eran necesarios para que UFINET pudiera proceder a su rectificación; y (ii) tampoco le otorgó a la Demandante en Reconvención un término razonable para la subsanación de los presuntos incumplimientos.

540. Por lo anterior, UFINET considera que la determinación adoptada por AIR-E fue arbitraria, injustificada y abusiva, además de que sería constitutiva de un incumplimiento contractual, comoquiera que: (i) no existía causa o excepción que le permitiera a AIR-E negarle a UFINET el plazo de subsanación; (ii) los presuntos incumplimientos no implicaron un abandono del Contrato, ni tampoco eran graves ni reiterados, pues, en atención al tamaño de la infraestructura eléctrica, se trató de circunstancias marginales e insignificantes; y (iii) AIR-E no le suministró información transparente, completa ni suficiente respecto de los presuntos incumplimientos.

541. En sus alegatos de conclusión, UFINET señaló que AIR-E no agotó el trámite contractual estipulado para dar por terminado el Contrato, pues, según lo reiteró, la Convocada en Reconvención no hizo advertencia expresa de los incumplimientos que le imputaba a aquella, de manera que no pudo conocerlos ni tuvo la oportunidad de remediarlos.

6.1.1.2. Posición de la Convocada en Reconvención

542. En la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, AIR-E se opuso, de manera general, a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, tanto principales como subsidiarias y comunes de UFINET, porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

543. Respecto del incumplimiento que UFINET le atribuye por el ejercicio de la facultad unilateral de terminación, la Convocada en Reconvención manifestó que, efectivamente, en octubre de 2020 inició un proceso de auditoría, como es usual que lo hagan los contratantes respecto de sus contratistas. Posteriormente, en la reunión del Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, le habría socializado a UFINET los resultados de la auditoría que se recogieron en el Informe de Auditoría Interna, que daría cuenta de la existencia de eventos de riesgo eléctrico que serían constitutivos de un incumplimiento contractual y regulatorio. Ante la “*magnitud, recurrencia y severidad*” de dichos incumplimientos, y teniendo en cuenta que UFINET debió adoptar inmediatamente medidas para subsanarlos (a más tardar el 24 de febrero de 2021), se “*vio en la obligación*” de dar por terminado el Contrato mediante comunicación del 9 de marzo de 2021. Afirmó, entonces, que: (i) sí se le entregaron a UFINET los detalles de los hallazgos, pues la información se “*socializó*” en la mencionada reunión del 24 de febrero de 2021; y (ii) que se le habría otorgado un plazo para la subsanación, pues, a más tardar en esa misma fecha, UFINET debió adoptar medidas correctivas inmediatas considerando que ya debía conocer sus propios incumplimientos.

544. La Convocada en Reconvención propuso la excepción de mérito que denominó “*4.1. La terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET*”, en la que reiteró sus argumentos en relación con los hallazgos que se consignaron en el Informe de Auditoría Interna, que califica como incumplimientos contractuales y regulatorios graves, que habrían justificado la decisión de terminación unilateral.

545. Por último, en sus alegatos de conclusión reiteró que la terminación unilateral del Contrato obedeció a los “*graves*” incumplimientos de UFINET, por lo que se habría tratado de una determinación ajustada a derecho.

6.1.2. Problema jurídico

546. De conformidad con los planteamientos de las partes, el problema jurídico que debe resolver el Tribunal consiste en establecer si AIR-E incurrió en un incumplimiento contractual al pretender dar por terminado unilateralmente el Contrato, teniendo en cuenta lo pactado en la cláusula decimoquinta y los parámetros de comportamiento que impone la buena fe para el ejercicio de una prerrogativa de esa naturaleza.

6.1.3. Consideraciones

547. En el acápite “4. LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DE AIR-E Y SUS EFECTOS”, el Tribunal se ocupó, en detalle, de analizar si el comportamiento de AIR-E al ejercer la facultad unilateral de terminación del Contrato se ajustó a lo pactado en él y a los deberes que surgen de la buena fe contractual, consideraciones a las que este panel arbitral remite en aras de la brevedad.

1. En todo caso, se destaca que, según ya se explicó, en la cláusula decimoquinta del Contrato se pactó la facultad unilateral de terminación en favor de ambas partes en caso de incumplimiento de la otra. Para el ejercicio de dicha prerrogativa, las partes fijaron las siguientes condiciones o requisitos: (i) la constatación de un incumplimiento contractual; (ii) el cumplimiento o el allanamiento a cumplir de quien pretendiera terminar unilateralmente el contrato; (iii) la “*advertencia expresa*” del incumplimiento a la “*Parte Incumplida*”; y (iv) el otorgamiento de un “*plazo razonable*” que le permitiera a esta última rectificar su incumplimiento o adoptar las medidas adecuadas para su subsanación.

548. Pues bien, valoradas las pruebas que obran en el expediente, relacionadas con los antecedentes del Comité Operativo del 24 de febrero de 2021, con lo que en él ocurrió y con la comunicación de 9 de marzo de 2021 en la que AIR-E formalmente manifestó su decisión de terminar el Contrato, que fueron examinadas en detalle en el referido numeral “4. LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DE AIR-E Y SUS EFECTOS”, el Tribunal concluyó que AIR-E ejerció de forma indebida la facultad unilateral anteriormente mencionada. En efecto, está acreditado: (i) que no hubo advertencia expresa del incumplimiento, debido a que la determinación de extinguir el vínculo contractual se fundó en los hallazgos de un Informe de Auditoría Interna elaborado por un equipo interno de AIR-E, que no fue puesto en conocimiento de UFINET; y (ii) que no se le concedió a la Convocante en Reconvención un plazo razonable para la subsanación, sin que se hubiera demostrado que existía un motivo que, de manera excepcional, justificara prescindir de él. Lo anterior, se reitera, por las razones expuestas en acápite anteriores de esta providencia.

549. Igualmente, el Tribunal concluyó que AIR-E actuó en contravía de los postulados de la buena fe contractual y de los deberes de conducta que de él se derivan y que se integran al contenido del negocio jurídico en los términos de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. En efecto, se acreditó que AIR-E no tuvo en cuenta los intereses de su contraparte y de manera injustificada se negó a colaborar con UFINET en la búsqueda de una solución conjunta respecto de los hallazgos que se habían identificado con

ocasión de la auditoría interna, teniendo en cuenta la antigüedad de la permanencia de UFINET en la ejecución del Contrato, la ausencia de requerimientos previos por incumplimiento, la posible afectación de los intereses de terceros (v. gr. de los PRST y de la comunidad en general) y la magnitud del alcance contractual, entre otros aspectos.

550. Por consiguiente, el Tribunal considera que está probado que AIR-E incumplió el Contrato, particularmente porque desatendió las pautas de comportamiento pactadas en la cláusula decimoquinta, relativa a los requisitos y al procedimiento que debían observarse para optar por la terminación unilateral del Contrato, así como los deberes de lealtad, transparencia y cooperación que impone la buena fe.

551. Sobre el particular, es pertinente precisar que, cuando se ejerce un derecho que tiene su fuente en el acuerdo de voluntades sin la observancia de las condiciones y del procedimiento que los contratantes han fijado para su efectividad, la doctrina arbitral ha señalado que es posible considerar que con dicho proceder se configura un incumplimiento contractual. Lo anterior, por cuanto un comportamiento de esa naturaleza implica la inobservancia de deberes de conducta específicos que surgen entre los contratantes, cuya desatención tiene la virtualidad de lesionar los intereses y las expectativas que están involucrados tanto en el derecho cuyo ejercicio se censura, como en el negocio jurídico que le sirve de fuente. En concreto, respecto de la inobservancia del procedimiento acordado por los contratantes para el ejercicio de una facultad contractual —como la de terminación—, se ha sostenido lo siguiente:

“En el derecho positivo colombiano es un punto pacífico que el contrato también puede terminar por decisión unilateral de una de las partes, en ejercicio de un pacto expreso de las mismas, sin perjuicio de que su legalidad, o sus requisitos de procedibilidad, puedan ser revisados por la jurisdicción. En este punto son pertinentes las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, y la doctrina citadas por ambas partes en sus respectivos alegatos de conclusión. Nuevamente, la discrepancia de las partes no tiene como sede el contrato que suscribieron y ejecutaron, sino los motivos pretextados por la convocada para terminarlo unilateralmente en forma anticipada, así como la manera como lo hizo.

“En este punto debe destacarse que tan importantes son las prestaciones sustanciales del contrato, las cargas y obligaciones que se hayan impuesto las partes o que surjan del mismo (artículo 876 del C. de Co.), como los procedimientos que ellas acuerden para ejecutar

esas prestaciones, cargas u obligaciones, tanto que ya es corriente en la doctrina y en las decisiones jurisdiccionales y arbitrales de la contratación privada, lo que se denomina 'el debido procedimiento contractual', esto es, la obligación que tienen las partes de atenerse a los 'tiempos y movimientos' que se hayan impuesto o para el performance del contrato, o para enfrentar situaciones sobrevinientes que impongan, por ejemplo, un receso o suspensión de la ejecución, un abono al término previsto, distinto de una prórroga, la imposición de una sanción pecuniaria, la consolidación de un bono o premio, o el mismo decaimiento o frustración del contrato.

"(...). Habrá que entender, entonces, que si las partes acuerdan unos determinados procedimientos para una finalidad explícita en la ejecución de un contrato, a ellos deben atenerse y, en consecuencia, pretermitir el trámite de un procedimiento o rito acordado constituye un incumplimiento contractual, bien bajo el imperativo de la buena fe o bajo la prohibición de desconocer sus propios acuerdos o sus propios actos"¹⁹⁷.

552. En ese orden de ideas, habiéndose probado que AIR-E desatendió el procedimiento pactado en la cláusula decimoquinta para efectos de la terminación unilateral del Contrato y que vulneró los deberes de lealtad, transparencia y cooperación derivados de la buena fe, pues no hizo advertencia expresa del incumplimiento a UFINET y no le concedió un plazo razonable para la subsanación, se encuentra igualmente acreditado el incumplimiento contractual.

6.1.4. Conclusión

553. Con fundamento en el análisis anterior, el Tribunal declarará no probada la excepción de mérito que AIR-E denominó "4.1. La terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET", y, en consecuencia, declarará que la tercera pretensión principal de la demanda de reconvención reformada está llamada prosperar, por lo que no procede el estudio de la segunda pretensión subsidiaria. Lo anterior, toda vez que está acreditado que AIR-E ejerció la facultad unilateral de terminación del Contrato sin la observancia de las

¹⁹⁷ Tribunal arbitral de ORANGE BUSINESS SERVICES COLOMBIA S.A. v. CARVAJAL PROPIEDADES E INVERSIONES S.A. Laudo de 9 de junio de 2016. Árbitro único: Gilberto Peña Castrillón. En similar sentido, sobre la obligatoriedad de los procedimientos contractuales, ver: Tribunal arbitral de MERCANTIL GALEZARAMBA Y CÍA S.A.C. y GABRIEL HERNÁN RAFAEL ECHAVARRÍA v. MUÑOZ MERIZALDE & CÍA S. EN C. y FERNANDO DANIEL MUÑOZ MERIZALDE. Laudo de 24 de septiembre de 2020. Árbitros: Antonio Aljure Salame, Arturo Solarte Rodríguez y Jorge Suescún Melo.

condiciones que, para el efecto, se pactaron en la cláusula decimoquinta, y en contravía de los deberes de conducta que le imponía la buena fe contractual. En efecto, se acreditó: (i) que no hubo advertencia expresa del presunto incumplimiento que se le imputaba, teniendo en cuenta que la decisión de AIR-E estuvo precedida de la elaboración de un Informe de Auditoría Interna que UFINET solo vino a conocer con la presentación de la demanda que AIR-E formuló en su contra; y (ii) que no se le otorgó a UFINET un plazo razonable para subsanar los supuestos incumplimientos, sin que existiera una justa causa para privar a la Convocante en Reconvención de ese derecho.

6.2. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

6.2.1. Posición de las Partes

6.2.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

554. En la demanda de reconvención reformada, UFINET solicita que se declare la terminación judicial del Contrato y que se condene a la Convocada en Reconvención a la reparación de los perjuicios correspondientes, pues considera que AIR-E habría incumplido el Contrato (i) al haber intentado terminarlo unilateralmente, (ii) haber perturbado el derecho real de usufructo de UFINET y (iii) haber incurrido en actos de competencia desleal. En lo que respecta a esta última imputación, esto es, el incumplimiento de AIR-E y su responsabilidad por la comisión de actos de competencia desleal, UFINET formuló la siguiente pretensión:

"Quinta pretensión principal: Declare que Air-e incurrió en actos de competencia desleal de engaño, desviación de clientela, inducción a la ruptura contractual y/o violación de normas".

555. Como fundamento de su solicitud, la Convocante en Reconvención señala, en síntesis, que con posterioridad a la misiva de 9 de marzo de 2021 —en la que AIR-E le comunicó a UFINET su decisión de terminar unilateralmente el Contrato—, la Convocada en Reconvención realizó una publicación en el periódico El Heraldó y remitió sendas comunicaciones a distintos Prestadores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, "PRST") con los que UFINET tenía suscritos contratos de compartición de redes, en las que les informó sobre la terminación del Contrato con el propósito de inducirlos a dar por terminados los acuerdos celebrados con la Convocante en Reconvención y de desviar la clientela de esta última en su favor. Como consecuencia de ese comportamiento, algunos de los PRST habrían optado por finalizar sus vínculos

con UFINET y habrían rechazado las facturas que esta última compañía les había presentado.

556. UFINET considera, entonces, que AIR-E habría actuado de manera abusiva y desleal en su aproximación a los clientes PRST de aquella, a quienes además habría presionado con la advertencia de que les suspendería el acceso y uso de la infraestructura eléctrica si no procedían a celebrar los acuerdos respectivos directamente con AIR-E.

557. Finalmente, sostiene que los comportamientos de AIR-E brevemente descritos le habrían causado perjuicios económicos y que, valorados aquellos en conjunto con el intento de terminar de forma unilateral el Contrato, *“configuran un incumplimiento grave y resolutorio del Contrato, siendo procedente que el Tribunal declare dicha terminación mediante el laudo que ponga fin a esa controversia”*.

558. En sus alegatos de conclusión, UFINET afirma que AIR-E incurrió en actos de competencia desleal que se realizaron con fines concurrenciales en el mercado en el que aquella despliega su actividad comercial, esto *“en la medida que Air-e es nudo propietario de la infraestructura eléctrica en la que Ufinet, como operador de red, despliega su actividad con base en el derecho real de usufructo”*. Adicionalmente, señala que AIR-E habría acudido a medios de comunicación masiva para transmitirle al público información contraria a la realidad, como la referida a la terminación del Contrato, y habría remitido comunicaciones directas a los clientes PRST de UFINET para inducirlos a dar por terminados e incumplir los convenios celebrados con la Convocante en Reconvención. Todo lo anterior, según lo afirma UFINET, habría comportado una vulneración de la buena fe comercial.

6.2.1.2. Posición de la Convocada en Reconvención

559. En la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, AIR-E se opuso, de manera general, a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, tanto principales como subsidiarias y comunes de UFINET, porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

560. En particular, respecto de la imputación de responsabilidad contractual por haber incurrido en actos de competencia desleal, la Convocada en Reconvención destacó, en primer lugar, que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, al resolver la solicitud de medidas cautelares extraprocesales formulada por UFINET, concluyó

que la publicación realizada en el periódico El Heraldó no era indicativa ni constitutiva de acto de competencia desleal alguno. Adicionalmente, AIR-E precisó que, ante los graves incumplimientos contractuales y regulatorios de UFINET, se vio obligada a terminar unilateralmente el Contrato, lo que produjo como efecto que, en su calidad de propietaria de la infraestructura eléctrica, entrara a ocupar la posición contractual de UFINET en los convenios suscritos con los PRST. Eso implicaba informarles a esos terceros sobre la terminación del Contrato y solicitarles que formalizaran sus relaciones contractuales con AIR-E.

561. Por lo tanto, AIR-E sostuvo que no se materializaron actos de competencia desleal, pues ante la terminación del Contrato, lo que debía suceder era que dicha sociedad pasara a ser titular de los contratos celebrados con los PRST, pues UFINET ya no gozaba de esa prerrogativa.

562. En ese sentido, la Convocada en Reconvención propuso la excepción que denominó "4.5. Air-e jamás incurrió en acto de competencia desleal alguno", en la que reiteró que *"al haber terminado el Contrato por causas imputables a UFINET y a su probado incumplimiento contractual y regulatorio, deviene evidente que los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones ('PRST'), que tenían contratos suscritos o administrados por UFINET, para seguir prestando sus servicios, deberían continuar sus relaciones contractuales – ya no con UFINET, puesto que eso sería imposible por cuenta de la terminación del Contrato, sino con AIR-E, en su calidad de propietaria de la Infraestructura Eléctrica"*. Además, afirmó que UFINET no es competidor de AIR-E, lo que descartaría la posibilidad de que se hayan estructurado actos de competencia desleal. Por último, insistió en que, mediante auto No. 89862 de 29 de julio de 2021, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que no se habrían probado, ni siquiera de forma sumaria, los actos de competencia desleal que se reclaman en la demanda de reconvención reformada.

563. En sus alegatos finales, la Convocada en Reconvención señaló que no ha incurrido en actos de competencia desleal, toda vez que: (i) al haber terminado el Contrato por causas imputables a UFINET, era evidente que los PRST que tenían contratos suscritos o administrados por esta última que quisieran seguir prestando sus servicios debían formalizar sus relaciones con AIR-E; y (ii) la Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que no se probaron, siquiera sumariamente, los actos de competencia desleal que se le imputan a AIR-E.

6.2.2. Problema jurídico

564. Precisada la postura de las partes en los términos antes reseñados, el problema jurídico que le corresponde resolver al Tribunal consiste en determinar

si AIR-E actuó de forma desleal y abusiva al haber contactado directamente a los PRST que habían suscrito contratos con UFINET, y si ese comportamiento constituye un incumplimiento de los deberes contractuales de AIR-E que pueda comprometer su responsabilidad contractual.

6.2.3. Consideraciones

565. Para efectos de resolver la controversia existente entre las partes en relación con la presunta comisión de actos de competencia desleal por parte de AIR-E, que UFINET califica como constitutivos de un incumplimiento contractual, el Tribunal procederá en los siguientes términos: (i) en primer lugar, se verificará nuevamente la competencia de este panel arbitral para pronunciarse de fondo sobre la existencia de actos de competencia desleal; (ii) seguidamente, se precisará cuál es el ámbito de protección de la Ley 256 de 1996 y se examinará el alcance de las pretensiones elevadas por UFINET sobre el particular; y (iii), finalmente, se valorarán, desde la óptica de los deberes de conducta que se derivan de la buena fe contractual, los comportamientos de AIR-E con posterioridad a la comunicación de 9 de marzo de 2021, en la que manifestó su intención de dar por terminado el Contrato.

6.2.3.1. Cuestión previa: la competencia del Tribunal

566. Si bien ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones arriba reseñadas, referidas a los actos de competencia desleal que UFINET le atribuye a AIR-E en la demanda de reconvenición reformada, resulta pertinente precisar que, debido a que la cuestión ha sido planteada como un asunto de responsabilidad contractual, se encuentra comprendida dentro del pacto arbitral y, en consecuencia, este panel arbitral es competente para decidir de fondo la controversia.

567. De manera general, se ha discutido si los tribunales arbitrales son competentes para conocer sobre controversias relacionadas con la comisión de actos de competencia desleal y sus consecuencias. Esto, debido a que el régimen de la indemnización de perjuicios por actos de competencia desleal se refiere, en principio, a supuestos de hecho que configurarían responsabilidad civil extracontractual, pues corresponden a hipótesis en las que se causan daños en ausencia de un vínculo jurídico previo, singular y concreto del que hayan surgido deberes específicos de conducta entre los extremos que resultan involucrados. Se suscitan, entonces, inquietudes respecto de si las conductas censuradas por el derecho de la competencia y las consecuencias que ellas generan están comprendidas dentro del pacto arbitral —especialmente cuando corresponde a

una cláusula compromisoria—, pues este, al ser un negocio jurídico, presupone la existencia de un vínculo previo entre los extremos de la controversia.

568. En ese sentido, en sede arbitral algunos tribunales se han abstenido de asumir competencia cuando la controversia relativa a la comisión de actos de competencia desleal se circunscribe a un asunto de responsabilidad civil extracontractual, con fundamento en las siguientes consideraciones:

“El Tribunal CARECE DE COMPETENCIA para decidir acerca de estos pedimentos, toda vez que por la forma y manera como se propusieron en el petitum, al tenor de lo transcrito, la naturaleza de la acción indemnizatoria por ‘actos de competencia desleal’ fue situada, por expresa voluntad del pretensor, en los contornos de la responsabilidad extracontractual, escapando entonces de los confines de la responsabilidad contractual y, por ende, de la aplicabilidad de la cláusula compromisoria pactada para resolver exclusivamente las controversias relacionadas con el contenido, interpretación, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato de venta de abono marca Paz del Río como producto terminado y de escoria de alto contenido de fósforo como materia prima, suscrito por las partes el 18 de septiembre de 2013”¹⁹⁸.

569. Así las cosas, en cada caso será necesario verificar si el pacto arbitral habilitó al tribunal para decidir sobre la existencia de comportamientos de esa naturaleza y los efectos económicos que de ellos se derivan —estos últimos, claramente de libre disposición—, pues, como se verá en detalle al analizar el mérito de la pretensión quinta principal de la demanda de reconvención reformada, es posible que los actos de competencia desleal configuren un incumplimiento contractual, caso en el cual se tratará de un asunto de responsabilidad civil igualmente contractual.

570. Pues bien, en el caso concreto se observa que la controversia relativa a los actos de competencia desleal que se le imputan a AIR-E se enmarca en el contexto del incumplimiento contractual y sus efectos, según se desprende de la valoración conjunta de las pretensiones de la demanda de reconvención reformada (particularmente las pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima principales) y de los hechos en los que se fundamentan (especialmente el hecho 97), sobre los que el Tribunal profundizará más adelante. Por consiguiente, al tratarse de un asunto que fue planteado en términos de

¹⁹⁸ Tribunal arbitral de CALES Y DERIVADOS CALCÁREOS RÍO CLARO NARANJO Y COMPAÑÍA S.C.A. v. ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A. Laudo de 18 de septiembre de 2017. Árbitros: Jorge Enrique Ibáñez Najjar, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Álvaro Mauricio Isaza.

resolución por incumplimiento y de responsabilidad contractual, lo relativo a la presunta conducta desleal de AIR-E se encuentra comprendido por la cláusula compromisoria pactada en la cláusula decimoséptima del Contrato, que es del siguiente tenor:

“DECIMOSEPTIMA – CLÁUSULA COMPROMISORIA:

*“Toda diferencia que surja entre las partes por la interpretación, **ejecución, cumplimiento, terminación** o terminación (sic) **del presente Contrato** que no pudieren arreglarse directamente a través del Comité de Operación en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, de una lista de árbitros registrados en dicto centro. (...)”* (se destaca).

571. Es así que, mediante auto No. 29 del 25 de abril de 2022, el Tribunal resolvió *“declararse competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración”*, sin que al respecto se hubiera manifestado salvedad alguna. Lo anterior, porque es claro que los pedimentos de la demanda de reconvenición reformada versan sobre *“el posible incumplimiento contractual que se le endilga a la Convocante, con las respectivas condenas consecuenciales”*, de manera que se trata de asuntos de libre disposición comprendidos dentro del pacto arbitral.

572. Adicionalmente, se reitera que ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre los presuntos actos de competencia desleal que se le imputan a AIR-E. En efecto, AIR-E (en su calidad de Convocada en Reconvenición) no formuló excepción alguna en ese sentido, así como tampoco se interpusieron recursos contra el auto en el que el Tribunal decidió sobre su competencia.

6.2.3.2. El ámbito de protección de la Ley 256 de 1996 y el alcance de las pretensiones de UFINET en el caso concreto

573. De manera general, el artículo 333 de la Constitución Política establece que *“la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*. En desarrollo de ese postulado, y de los compromisos adquiridos con la adhesión al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial mediante la Ley 178 de 1994, se profirió la Ley 256 de 1996, *“por la cual se dictan normas sobre competencia desleal”* (también conocida como la “Ley de Competencia Desleal”). Si bien en el Código de

Comercio de 1971 ya existían algunas normas que censuraban comportamientos contrarios a la buena fe comercial, fue con la expedición de la mencionada Ley 256 de 1996 que se reguló de manera integral lo relativo a la sana y leal competencia. En el artículo 1° del mencionado cuerpo legal se señala que, *“sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia con lo establecido en el numeral 1o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994”*.

574. Seguidamente, los artículos 2° y 3° de la Ley 256 de 1996 establecen los ámbitos objetivo y subjetivo de la aplicación de sus previsiones. En virtud del primero, las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal tendrán en consideración los actos que se realicen en el mercado, con fines concurrenciales. Por su parte, de conformidad con el ámbito subjetivo, las normas sobre competencia desleal resultan aplicables a los comerciantes y cualesquiera otros participantes en el mercado, sin que estén supeditadas a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal. De esta forma, la Ley de Competencia Desleal censura comportamientos que correspondan a actos de competencia, esto es, actos que se realizan *“en el mercado, con la intención de disputar la clientela de quien lo realiza o de un tercero”*¹⁹⁹.

575. De conformidad con las normas a las que se ha hecho referencia, es claro que el ámbito de protección de la Ley de Competencia Desleal se circunscribe a la tutela del adecuado y transparente funcionamiento del mercado y de los intereses de quienes intervienen en él, en su calidad de tales. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

*“3.2. Por su importancia para el presente caso, conviene recordar que la competencia desleal es el **conjunto de actos que tienden a falsear el recto funcionamiento del mercado** por medio de conductas tendientes a «provocar la confusión del comerciante con otro, o los productos del comerciante con los del competidor, las maniobras de descrédito respecto de los productos de éste, los actos que persiguen la desorganización de la empresa rival, o, en fin, los que buscan la llamada desorganización del mercado» (SC, 12, sep. 1995, rad. 3939), el cual ha sido objeto de variados desarrollos legislativos en nuestro país.*

¹⁹⁹ Jaeckel Kovac, Jorge. *Apuntes sobre competencia desleal*. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Bogotá.

"(...)

*"El enfoque de la competencia desleal, por ende, **está dirigido a la defensa de los consumidores, preservar el buen funcionamiento del mercado, así como los intereses de los empresarios que intervienen en él.** Se trata de un régimen en el cual se abordan los casos específicos entre comerciantes, consumidores y demás participantes, al contrario del régimen de prácticas comerciales restrictivas que apunta a resolver una finalidad colectiva.*

"(...)

*"Ciertamente, el marco legal de competencia desleal no sólo vela por los intereses entre los empresarios, también incluye a los consumidores como sujetos de protección y garantía **cuando en las relaciones de mercado se defraude el orden público que reclama el Estado en las actuaciones económicas**"²⁰⁰ (se destaca).*

576. Definidos el objeto y el ámbito de aplicación de la Ley 256 de 1996, el artículo 7º consagra una prohibición general en virtud de la cual *"quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial"*. Adicionalmente, en los artículos 8º a 19 se establecen los siguientes comportamientos como constitutivos de competencia desleal, siempre que se reúnan los requisitos previstos en la ley para que sean calificados como tales: (i) la desviación de la clientela; (ii) la desorganización; (iii) la confusión; (iv) el engaño; (v) el descrédito; (vi) la comparación; (vii) la imitación; (viii) la explotación de la reputación ajena; (ix) la violación de secretos; (x) la inducción a la ruptura contractual; (xi) la violación de normas; y (xii) los pactos desleales de exclusividad.

577. Ahora bien, según se anunció, puede ocurrir que la violación de las disposiciones de la Ley 256 de 1996 cause, además, una lesión a intereses distintos de los que son objeto de tutela por dicha regulación. En particular, es importante precisar que una misma conducta podría constituir un acto típico de competencia desleal y, a su vez, corresponder a un incumplimiento contractual. En el primer caso, el sujeto al que se le imputa el comportamiento contrario a la sana competencia comprometerá su responsabilidad extracontractual por los

²⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC575-2022 de 4 de abril de 2022. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

daños que cause, cuya efectividad podrá reclamar la parte afectada mediante el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996 (en concreto, la acción declarativa y de condena). Pero si entre el sujeto activo de la conducta desleal y la persona afectada existe un vínculo jurídico previo, y el comportamiento reprochado implica, además, un desconocimiento de los deberes que surgieron para aquel en virtud de dicha relación, la responsabilidad que surgirá será de naturaleza contractual. En este último caso, además, resultarán aplicables las reglas propias de dicho régimen de responsabilidad, de conformidad con las cuales deberá juzgarse la conducta desleal que se le reprocha al demandado. Igualmente, podrá reclamarse la efectividad de los demás derechos que el contrato les confiera a las partes para la tutela del derecho de crédito, así como los previstos en la ley para el efecto.

578. Al respecto, la doctrina arbitral ha explicado lo siguiente:

"Así, entonces, con arreglo a la configuración legal adoptada en Colombia para esta materia, si la conducta de competencia desleal no se presenta en desarrollo de un contrato -p. ej., entre dos competidores en el mercado, no atados por vínculo contractual-, el conflicto derivado de la misma no es de índole contractual sino extracontractual, y queda entonces cobijado por el régimen de la Ley 356 de 1996, pudiendo el afectado ejercer ya la acción preventiva o de prohibición (...), o la acción declarativa y de condena (...), según el caso.

"Pero si en cambio la conducta alrededor de la cual se debate ha tenido lugar en desarrollo de un contrato bilateral, del cual una de las partes predica su existencia, validez, e incumplimiento por la otra parte, y sobre la base de tales premisas pretende que se condene a ésta a indemnizar los perjuicios causados, el conflicto es entonces de naturaleza contractual, pues se origina precisamente en la ejecución del negocio jurídico, y, por ende, debe resolverse en el marco de la acción de responsabilidad contractual -prevista en materia mercantil por el artículo 870 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 822 del mismo estatuto y los artículos 1546, 1602, 1608, siguientes y concordantes del Código Civil-, con aplicación de los principios y normas propios de los contratos en general y del contrato celebrado por las partes en particular.

(...)

*“Puesto en otros términos, la celebración de un contrato en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad, exteriorizado mediante el consentimiento de las partes libre de vicios, aunado al objeto y la causa lícitos, y presentes las formalidades que, de ser el caso, resulten exigibles, produce los efectos vinculantes queridos por los contratantes, y **conlleva la aplicación a la relación jurídica así creada de la forma de protección propia del contrato**, que es el régimen de responsabilidad contractual, bajo el cual cualquiera de ellos puede solicitar, por causas legales, la intervención del órgano jurisdiccional competente a fin de que mediante sentencia -o laudo arbitral- resuelva las controversias planteadas en torno al contrato, escenario en el cual para la solución de tales controversias contractuales es procedente la acción de responsabilidad contractual y no tiene cabida la acción extracontractual declarativa y de condena derivada de la competencia desleal, habida cuenta de que en el Derecho Colombiano no resulta posible la acumulación de acciones de responsabilidad civil contractual y de responsabilidad civil extracontractual provenientes de un mismo hecho y respecto de las mismas personas”²⁰¹ (se destaca).*

579. En similar sentido, al resolver una controversia societaria en la que se le imputaban actos de competencia desleal a uno de los socios, el tribunal arbitral encargado de resolver el conflicto precisó lo siguiente:

*“Queda entonces claro que la competencia del Tribunal se deriva de la citada cláusula compromisoria contenida en los estatutos sociales de SYMTEK y se circunscribe a las controversias o diferencias relativas a dicho acuerdo, razón por la cual el Laudo abordará de las relaciones entre los socios de SYMTEK, dentro del marco de los estatutos sociales y de los **deberes de lealtad y buena fe** que son exigibles a los socios de una sociedad. (...).*

*“De conformidad con lo anterior, **el análisis de los hechos y planteados (sic) en la Demanda de Reconvención como conductas de competencia desleal, serán analizados por el Tribunal a la luz de los deberes de buena fe y lealtad** de los*

²⁰¹ Tribunal arbitral de COMPAÑÍA COMERCIAL NUEVO MILENIUM S.A. – COMILSA EN LIQUIDACIÓN v. CERVECERÍA POLAR COLOMBIA S.A. EN LIQUIDACIÓN. Laudo de 6 de junio de 2007. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Juan Carlos Varón Palomino.

accionistas, dentro del marco de los estatutos sociales de SYMTEK y las normas que rigen la materia” (se destaca)²⁰².

580. En esa misma línea, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá ha explicado lo siguiente:

“(…) si bien es cierto que la circunstancia de que se incumpla un compromiso contractual no descarta de forma absoluta la existencia de un ilícito de competencia desleal, lo cierto es que [se] ha reconocido, como regla general, que los incumplimientos contractuales deben enjuiciarse bajo las acciones o remedios propios del derecho de los contratos.

“2.6. Ese predicamento encuentra su razón de ser en que las normas sobre competencia desleal están instituidas para ‘salvaguardar un orden concurrencial no falseado’, que no para determinar si los sujetos que han regulado sus relaciones bajo las estipulaciones consignadas en un acuerdo de voluntades han honrado las obligaciones adquiridas”²⁰³.

581. De lo anterior se desprende que, en aquellos casos en los que el comportamiento que se le imputa al demandado como constitutivo de un acto de competencia desleal corresponde, en realidad, a la inobservancia de deberes específicos de comportamiento que surgen para él en virtud de la existencia de un vínculo jurídico previo que lo relaciona con el demandante, habrá lugar a la aplicación de las acciones que se derivan del negocio jurídico respectivo, entre las que se destaca la que tiene por objeto la indemnización de los perjuicios causados con una conducta de esa naturaleza. Lo anterior, toda vez que la inobservancia de deberes de prestación y sus consecuencias escapa al ámbito de protección de la Ley 256 de 1996, cuya aplicación se excluiría.

582. Pues bien, en línea con lo expuesto observa el Tribunal que, en el presente caso, lo que UFINET pretende es que se declare que AIR-E es contractualmente responsable por los perjuicios que habría causado su comportamiento “desleal” y “abusivo”, que se concretó en haber contactado directamente a los PRST para efectos de que dieran por terminados sus contratos con UFINET y se abstuvieran de pagar las facturas que esta última les presentara. En efecto, como se anunció al analizar la competencia del Tribunal para conocer de la pretensión quinta

²⁰² Tribunal arbitral de BERTRAND JACQUES EMILE ROGER JEQUIER v. INDUSTRIA Y TECNOLOGÍA SYMETK S.A.S. y otros. Laudo de 7 de noviembre de 2018. Árbitro único: Alfonso Miranda Londoño.

²⁰³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión. Sentencia de 3 de marzo de 2021. Exp. No. 11001 31 99 001 2017 70296 03. M.P. Liana Aida Lizarazo Vaca.

principal de la demanda de reconvención reformada, si bien en esta se alude a los actos de engaño, desviación de clientela, inducción a la ruptura contractual y violación de normas —que corresponden a conductas tipificadas en la Ley 256 de 1996—, lo cierto es que su interpretación armónica con lo pedido en las pretensiones tercera, cuarta, sexta y séptima principal, y con los hechos en los que se sustentan estos pedimientos, permite concluir que lo que UFINET reclama es la efectividad de dos prerrogativas de naturaleza contractual: (i) la terminación del Contrato por incumplimiento; y (ii) la responsabilidad contractual de AIR-E por haber adoptado un comportamiento desleal luego de la comunicación de 9 de marzo de 2021 con la que pretendió dar por terminado el Contrato.

583. Sobre el particular, en las pretensiones anteriores a la quinta principal, UFINET expresamente hizo referencia a una imputación de incumplimiento contractual, en los siguientes términos:

“Tercera pretensión principal: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber intentado terminarlo unilateralmente, desconociendo lo previsto por las Partes en la cláusula decimoquinta del mismo y/o en la ley con respecto a la extinción del derecho real de usufructo, y/o el principio de la buena fe.

“Cuarta pretensión principal: Declare que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber llevado a cabo actuaciones que perturbaron, limitaron y/o impidieron el ejercicio por parte de Ufinet de su derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de Air-e”.

584. Como consecuencia de las anteriores declaraciones (referidas al incumplimiento contractual que se le atribuye a AIR-E), junto con la incorporada en la pretensión quinta principal, en las pretensiones sexta y séptima principales de la demanda de reconvención reformada, UFINET solicitó lo siguiente:

“Sexta pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 y, como consecuencia, la extinción del derecho real de usufructo.

“Séptima pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare que Air-e es civilmente responsable por los

perjuicios ocasionados a Ufinet por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01”.

585. Y, sobre el fundamento fáctico de la pretensión quinta principal, en el hecho 97 de la demanda de reconvención reformada UFINET manifestó lo siguiente:

*“97. Estos actos [de competencia desleal], vistos en conjunto con el intento de Air-e por terminar el Contrato de manera unilateral y anticipada, a pesar del otorgamiento del derecho real de usufructo, **configuran un incumplimiento grave y resolutorio del Contrato**, siendo procedente que el Tribunal declare dicha terminación mediante el laudo que ponga fin a esta controversia” (se destaca).*

586. Por último, se observa que la defensa de AIR-E frente a las imputaciones de UFINET también se ubicó en el terreno del incumplimiento contractual y sus consecuencias. En efecto, en la contestación de los hechos insistió en que su conducta no puede calificarse como desleal ni abusiva pues habría correspondido a la consecuencia ordinaria de la terminación del Contrato, por lo que no es civilmente responsable de los daños que reclama UFINET.

587. De lo anterior se concluye que el comportamiento que UFINET le reprocha a AIR-E bajo la denominación de “actos de competencia desleal” corresponde, en realidad, a la imputación de un incumplimiento de los deberes que se derivan de la buena fe contractual, circunstancia que la Convocante en Reconvención considera que la habilita para el ejercicio de los derechos respectivos de resolución (o terminación, tratándose de un contrato de ejecución continuada) y de indemnización de perjuicios. Según se explicó, aunque en la pretensión quinta principal de la demanda de reconvención reformada se hace expresa mención a cuatro conductas tipificadas en la Ley 256 de 1996 y en los alegatos de conclusión se citan algunos pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los requisitos para su configuración, lo cierto es que la valoración conjunta de todas las pretensiones y de los hechos que les sirven de sustento conducen a la conclusión anunciada: lo que se debate es un incumplimiento contractual por una conducta contraria a la buena fe que se concretaría en que AIR-E contactó directamente a los clientes de UFINET para inducirlos a la ruptura de sus contratos con esta última y así “apropiarse” de ellos. Esta interpretación, además de ser la que más se ajusta a los planteamientos de ambos extremos de la litis, es la que permite garantizar la efectividad del derecho material objeto de disputa (C.G.P, art. 42., num. 5º).

588. En el contexto antes indicado —el del incumplimiento contractual— se analizará, entonces, la conducta adoptada por AIR-E con posterioridad a la comunicación formal de su decisión de terminación del Contrato.

6.2.3.3. Análisis de las conductas desleales que se le imputan a AIR-E

589. Precisado lo anterior, y teniendo en cuenta el problema jurídico sometido a consideración del Tribunal, lo primero que debe señalarse es que el comportamiento que se censura se refiere a actuaciones que habrían ocurrido con posterioridad al envío de la comunicación de 9 de marzo de 2021, con la que AIR-E pretendió terminar unilateralmente el Contrato. En efecto, según se ha explicado en párrafos anteriores, UFINET considera que AIR-E se comportó de forma desleal y abusiva pues, luego de intentar dar por terminado el Contrato, procedió a contactar a los PRST con los que existían acuerdos para la compartición de redes, celebrados o administrados por UFINET. Esto, con el propósito de “inducirlos” a finalizar dichos convenios y a rechazar los cobros de UFINET, para efectos de que contrataran directamente con AIR-E. Por su parte, AIR-E considera que se trató de un comportamiento ajustado a derecho, pues la consecuencia lógica de la extinción del Contrato era, precisamente, que en adelante fuera AIR-E quien ocupara la posición de UFINET en esos acuerdos. Teniendo en cuenta este último argumento, lo primero que estudiará el Tribunal es si, aún en caso de admitirse, el comportamiento de la Convocada en Reconvención se ajustó a los parámetros de la buena fe y si observó los deberes de conducta que dicho principio le imponía.

590. Sobre el particular, resulta pertinente precisar que, en abstracto, el ejercicio de una facultad unilateral de terminación está llamado a producir efectos desde el momento en el que dicha determinación se hace efectiva —esto es, vencido el plazo de preaviso o inmediatamente, según corresponda—, lo que implicaría que, a partir de allí, cesa la relación entre las partes y se extinguen las obligaciones y los derechos correlativos. Lo anterior, sin perjuicio de que el juez del contrato pueda ejercer un control posterior sobre el ejercicio de esa facultad y su efectividad. No obstante, cuando se trata de contratos de larga duración, entre otros posibles ejemplos, es común que, aun con posterioridad al momento en el que se produce el efecto extintivo de la decisión unilateral, subsistan asuntos pendientes para liquidar o finiquitar definitivamente el vínculo. En esos casos, las partes continúan obligadas a actuar de buena fe en ese periodo postcontractual, por lo que deberán observar los deberes que, en virtud del mencionado principio, les resulten exigibles según la naturaleza del negocio y de las actividades que estarían pendientes de llevarse a cabo.

591. Respecto de la exigencia de actuar de buena fe en la etapa posterior a la finalización del contrato, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha destacado lo siguiente:

"(...) en lo que atañe al campo negocial, [el instituto de la buena fe] es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio–: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contratual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico 'proceso', integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección.

"De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). (...).

"Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actúo o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral, o sea en conjunto, dado que es posible que su comportamiento primigenio, en estrictez, se ciña a los cánones del principio rector en cita y ulteriormente varíe, en forma apreciable y hasta sorpresiva, generándose así su inequívoco rompimiento. De allí que la buena fe no se pueda fragmentar, en orden a circunscribirla tan sólo a un segmento o aparte de una fase, por vía de ejemplo: la precontractual –o parte de la precontractual-, ya que es necesario, como corresponde, auscultarla in globo, según se indicó, valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito

que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expressis verbis, establezca un débito de comportamiento que cobija todo el ‘...período precontractual’, sin distingo de ninguna especie”²⁰⁴.

592. Teniendo en cuenta el marco anteriormente reseñado, encuentra el Tribunal que, en el caso concreto, además de que la facultad unilateral de terminación se ejerció en contravía de lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y de los postulados de la buena fe, AIR-E igualmente incumplió los deberes de conducta que le correspondía observar en la etapa subsiguiente al envío de la comunicación de 9 de marzo de 2021, en la que formalmente manifestó su decisión de terminación con efectos inmediatos. Según pasa a explicarse en detalle, la buena fe le imponía a AIR-E observar unos deberes de lealtad, cooperación y transparencia frente UFINET en el adelantamiento del proceso de transición que consideraba necesario surtir con los PRST para efectos de entrar a ocupar la posición de la Convocante en Reconvención en los contratos de compartición de redes. Lo anterior, toda vez que la naturaleza del Contrato y los efectos que su extinción podría generar hacían indispensable advertirle a UFINET que se procedería a contactar a los PRST para gestionar la cesión o terminación de sus contratos, según correspondiera, y, eventualmente, vincular a UFINET a ese proceso en la medida en que resultara posible. Por el contrario, AIR-E apartó injustificadamente a UFINET de ese proceso y, sin aviso previo y expreso respecto de la forma en la que “*asumiría la administración del uso y acceso a la infraestructura eléctrica*”²⁰⁵, buscó directamente a los PRST con el propósito de conservar los clientes mediante el uso de estrategias que no se ajustan a los postulados de corrección y lealtad que le eran exigibles, y que en algunos casos llevaron a la terminación de algunos de los contratos que aquellos habían celebrado con UFINET o al incumplimiento de las obligaciones de pago en ellos incorporadas. Lo anterior, con desconsideración respecto de los intereses de UFINET y de los terceros que podían verse afectados, pues, además, estaba involucrada la prestación de un servicio público. Se pasa seguidamente al análisis de los elementos de convicción que llevan al Tribunal a la conclusión antes mencionada.

593. En primer término, se observa que mediante Auto No. 89862 de 29 de julio de 2021²⁰⁶, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió negativamente la solicitud de medidas cautelares extraprocesales que elevó UFINET respecto de AIR-E. Esta

²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 2 de agosto de 2001. Exp. No. 6156. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

²⁰⁵ Expresión utilizada por AIR-E en sus comunicaciones de 9 y 15 de marzo de 2021.

²⁰⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 5_Contestación reforma. AIR-E_03022022. Pruebas. 7.1. Documentales. 7.1.3. Auto No. 89862 del 29 de julio de 2021.

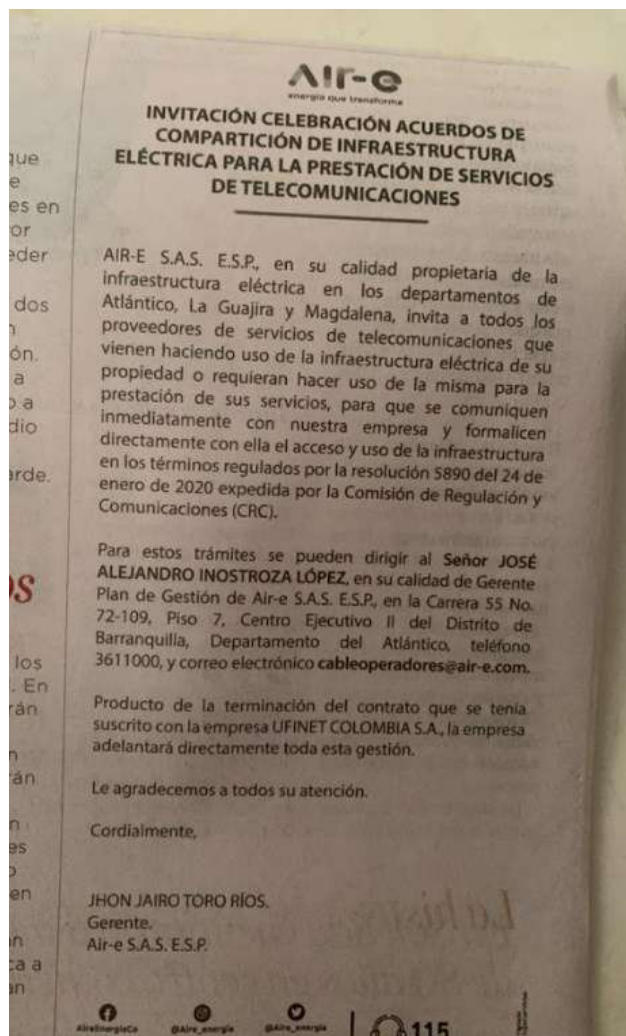
decisión se fundamentó, como lo advirtió preliminarmente la autoridad de competencia, en un examen que se circunscribió únicamente a verificar si había prueba suficiente sobre la configuración de los actos de competencia desleal en los precisos términos en los que se encuentran tipificados en la Ley 256 de 1996 y para el propósito particular del decreto de una medida cautelar, sin valoración de posibles incumplimientos contractuales. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló lo siguiente:

“Como precisión preliminar este Despacho considera pertinente aclarar que no se analizarán los pormenores de las relaciones contractuales presuntamente suscritos (sic) entre las partes desde la óptica del derecho contractual, es decir respecto del cumplimiento o no de obligaciones del orden contractual, sino únicamente la configuración o no de los actos de competencia desleal alegados en la acusación a la luz de la Ley 256 de 1996”.

594. De lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio se colige que, si bien en el escenario de las medidas cautelares dicha autoridad consideró que no se satisfacían los requisitos para decretarlas, porque en su concepto no se reunían los presupuestos que establece la Ley 256 de 1996 para la configuración de los actos desleales típicos que se invocaron, lo cierto es que no se examinó si, en todo caso, los comportamientos reprochados eran constitutivos de un incumplimiento contractual, decisión esta que resulta coherente con el marco de competencia de la citada entidad de supervisión. Así las cosas, la determinación adoptada por la autoridad de competencia no impide que el Tribunal analice si las conductas que se le reprochan a AIR-E constituyen incumplimientos de deberes contractuales que permitan calificar su comportamiento como desleal y abusivo, y si hay lugar a reconocer por tal razón la indemnización de perjuicios solicitada.

595. Precisado lo anterior, encuentra el Tribunal que en la comunicación de terminación de 9 de marzo de 2021, AIR-E señaló que los presuntos incumplimientos de UFINET eran *“de tal magnitud que requieren que el operador de red como propietario y responsable de la reposición y mantenimiento de la infraestructura eléctrica asuma directamente la administración para permitir el acceso a las empresas de telecomunicaciones”*, afirmación que debe interpretarse en armonía con lo expresado por AIR-E en ese mismo escrito en el sentido de que se coordinaría con UFINET la etapa de liquidación del Contrato. Esto significaba, entonces, que AIR-E expresamente reconoció que, para efectos de asumir directamente la administración del uso de la infraestructura eléctrica, era necesario adelantar un procedimiento en el que UFINET debía estar involucrado, y así se lo manifestó. No obstante, pocos días después del envío de

la mencionada misiva del 9 de marzo de 2021, AIR-E realizó una publicación en un medio de comunicación de amplia difusión (periódico El Herald) en el que le informó a la comunidad en general que el Contrato que la vinculaba con UFINET había finalizado y que, en su calidad de propietaria de la infraestructura eléctrica, invitaba a todos los PRST a que formalizaran directamente sus relaciones con AIR-E. En el comunicado²⁰⁷ se lee lo siguiente:



596. Si bien no se observa la fecha de la publicación, ambas partes coinciden en que se realizó el 13 de marzo de 2021, es decir, cinco (5) días después de que se le comunicara a UFINET, formalmente, la decisión de terminar unilateralmente el Contrato. Del aviso citado se destaca que, antes de informarle al público en general la pretendida terminación del Contrato e invitar a los PRST a contratar directamente con AIR-E, nada se le advirtió a UFINET sobre el curso

²⁰⁷ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 13. Imagen del aviso publicado el 13 de marzo de 2021 en El Herald.

de acción que tomaría la Convocada en Reconvención frente a los terceros con quienes se habían celebrado contratos de compartición de redes. Por el contrario, de manera opuesta a la lealtad y a la transparencia con quien había sido su cocontratante, AIR-E procedió en los términos antes citados, incluso en contravía de lo que había anunciado en la comunicación de 9 de marzo de 2021 en la que señaló que quedaban atentos *“para que en el término de la distancia y a través de la administración del Contrato, se coordine con UFINET la etapa de su liquidación”*. Así, a pesar de que AIR-E reconoció que se debía trabajar conjuntamente en la liquidación del Contrato, sin ninguna manifestación previa, procedió a contactar a los PRST.

597. Posteriormente, el 15 de marzo de 2021, AIR-E le envió una segunda comunicación a UFINET, en respuesta del escrito de 12 de marzo en el que la Convocante en Reconvención expresó su desacuerdo con la terminación unilateral del Contrato, en la que le manifestó que *“a partir de la fecha de notificación de terminación AIR-E asumió la administración del uso y acceso a la infraestructura eléctrica por parte de las empresas de telecomunicaciones”*. De esa forma desconoció que, debido a la naturaleza de la relación contractual que existía entre las partes y en atención a la expectativa generada con la comunicación de 9 de marzo de 2021 respecto de una liquidación conjunta del Contrato para que se materializara esa asunción de la administración de la infraestructura eléctrica, no era leal ni transparente contactar directamente a los PRST sin advertencia alguna a UFINET en ese preciso sentido. Además, en esa misma oportunidad AIR-E remitió sendas comunicaciones a Dialnet Colombia S.A.²⁰⁸, Soluciones Estratégicas de Telecomunicaciones S.A.S.²⁰⁹ y Tirian Telecomunicaciones S.A.S.²¹⁰, todas de idéntico contenido, en las que manifestó lo siguiente:

“Asunto: Acuerdo de compartición de infraestructura.

“(…)

“AIR-E S.A.S. E.S.P., en su calidad de propietaria de la infraestructura eléctrica de los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena dio por terminado el contrato telecorp 01-

²⁰⁸ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvención. Pruebas demanda reconvención. 15. Comunicación remitida por Air-e a Dialnet Colombia S.A. el 15 de marzo de 2021.

²⁰⁹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvención. Pruebas demanda reconvención. 16. Comunicación remitida por Air-e a Soluciones Estratégicas de Telecomunicaciones S.A.S. el 15 de marzo de 2021.

²¹⁰ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvención. Pruebas demanda reconvención. 17. Comunicación remitida por Air-e a Tirian Telecomunicaciones S.A.S. el 15 de marzo de 2021.

004 suscrito con UFINET COLOMBIA S.A., en virtud del cual se confirió a este último los derechos de paso sobre la infraestructura para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

*"Teniendo en cuenta que los contratos de acceso y uso de la infraestructura para la prestación de los servicios de telecomunicaciones tenían como fundamento la vigencia de dicho contrato, y bajo el principio que lo accesorio sigue material y jurídicamente la suerte de lo principal, razón por la cual **Air-e S.A.S. E.S.P., en su calidad de propietario de la infraestructura eléctrica ocupará el lugar que en dicho contrato tenía UFINET.** De la misma manera **se le invita a gestionar directamente con nuestra empresa el acceso y uso de la infraestructura,** tal como lo dispone la Resolución 5890 del 24 de enero de 2020 expedida por la Comisión de Regulación [de] Comunicaciones (CRC) y las demás normas que rigen la materia.*

*"De la manera más atenta le solicitamos **comunicarse con Air-e S.A.S. E.S.P. dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de esta comunicación** para adelantar todos estos trámites y poder así garantizar la continuidad del uso de la infraestructura eléctrica. (...)*

*"**En caso que no se comuniquen con nosotros dentro del plazo otorgado, entenderemos que no tiene ningún interés en el asunto y nos veremos en la penosa necesidad de adelantar las acciones pertinentes**" (se destaca).*

598. En similar sentido, el 19 de marzo de 2021, AIR-E le envió la siguiente misiva a Megatel de Colombia S.A.S.²¹¹:

"Asunto: Terminación contrato usufructo suscrito con Ufinet Colombia.

"Por medio de la presente me dirijo a usted, para manifestarle que la empresa Air-e S.A.S. E.S.P. (en adelante 'Air-e') es desde el 1 de octubre del año 2020 es el operador de red en los departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena, producto del proceso de solución empresarial adelantado por la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios para mejorar la prestación del servicio de energía.

²¹¹ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 28. Correo electrónico remitido por Megatel de Colombia S.A.S. el 7 de mayo de 2021 y documentos adjuntos.

"(...)

"Dada la entrada en operación de AIR-E se inició una exhaustiva revisión al contrato, encontrando graves incumplimientos de las obligaciones a cargo de UFINET (...).

"Teniendo en cuenta lo anterior, AIR-E se vio abocada a dar por terminado el contrato de usufructo el pasado 10 de marzo del año en curso, lo que trae como consecuencia que toda la gestión que UFINET desarrollaba en virtud de dicho contrato, así como también los acuerdos de compartición de la infraestructura eléctrica celebrado con las empresas de telecomunicaciones, pasan hacer (sic) ejecutados por AIR-E por ser el propietario de la infraestructura eléctrica (...).

"De esta manera, **AIR-E solicita hacer caso omiso de lo manifestado por UFINET en comunicado reciente dirigido a los proveedores de servicios de telecomunicaciones en el cual informan no reconocer la terminación del contrato de usufructo.**

"**Lo invitamos a dirigirse a Air-e, como propietario de la infraestructura eléctrica en donde tiene ubicados sus equipos, con la finalidad de poder garantizarle el ejercicio del derecho de uso que tiene sobre nuestras redes de energía en debida forma, asegurando el cumplimiento de las normas que regulan este acceso y el cumplimiento del contrato que actualmente tiene suscrito. (...)**" (se destaca).

599. Luego, el 9 de abril de 2021, la Convocada en Reconvencción envió comunicaciones a Columbus Networks de Colombia Ltda.²¹² e Intertel Satelital S.A.S.²¹³, en las que señaló lo siguiente:

"Tal y como lo hemos manifestado en comunicaciones anteriores y en la reunión celebrada en su empresa, el contrato No. TELECORP 01-004 (sic) suscrito con UFINET COLOMBIA S.A. (en adelante 'UFINET'), en virtud del cual se le confirió el derecho de usufructo para conceder

²¹² Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 21. Comunicación remitida por Air-e a Columbus Networks de Colombia Ltda. el 9 de abril de 2021.

²¹³ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 22. Comunicación remitida por Air-e a Intertel Satelital S.A.S. el 9 de abril de 2021.

el uso de la infraestructura eléctrica para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, fue dado por terminado el pasado 10 de marzo del año en curso por los graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones a su cargo, las cuales fueron evidenciadas por AIR-E S.A.S. E.S.P. (en adelante 'Air-e') luego de una auditoría practicada a partir de su entrada en operación el pasado 1 de octubre de 2020.

"(...)

"Teniendo en cuenta la terminación del contrato en la fecha antes indicada, desde el pasado 11 de marzo UFINET no tiene la facultad legal ni contractual para continuar ejerciendo el derecho de usufructo que se le había conferido. De la misma manera, no puede ejecutar el contrato de compartición de infraestructura suscrito con la empresa que usted representa.

"(...)

"De esta manera, no existe ninguna duda que la relación derivada del uso de la infraestructura eléctrica para la prestación de los servicios de telecomunicaciones debe consolidarse con Air-e como propietaria de la infraestructura (...).

*"Para este efecto resulta viable continuar ejecutando el contrato que su empresa había suscrito con UFINET en la medida que no se haya vencido su plazo, con la salvedad de que **Air-e en adelante sustituirá a UFINET en su posición contractual (...).***

*"De esta manera, **lo invitamos a formalizar bajo estos términos la relación contractual con Air-e sin perjuicio de que podamos revisar y, de ser el caso, modificar el contrato actualmente vigente para facilitar la implementación de las garantías y demás obligaciones pactadas.***

*"En este sentido, **le solicitamos hacer caso omiso de los actos que UFINET pretenda ejercer en desarrollo del contrato, como pueden ser, entre otros, el cobro por el uso de la infraestructura eléctrica desde el 11 de marzo en adelante,** puesto que como lo vimos no tienen ninguna facultad para ello, ante lo cual cuenta con todo el respaldo y soporte de Air-e como actual propietario y operador de red" (se destaca).*

600. En relación con las comunicaciones anteriormente citadas, se destaca que AIR-E, en la contestación al hecho 67 de la demanda de reconvencción reformada, reconoció el envío de esas comunicaciones en los siguientes términos: *“es cierto que AIR-E envió una serie de comunicaciones a los PRST de los cuales tenía conocimiento hacía[n] uso de la infraestructura eléctrica, con el propósito de socializar la terminación del Contrato con UFINET y de que se formalizaran las relaciones contractuales con AIR-E”*. Admite, entonces, haber contactado directamente a los PRST con quienes UFINET había suscrito contratos para la compartición de redes, con el propósito de que, en adelante, dichos negocios fueran asumidos directamente por el propietario de la infraestructura eléctrica.

601. Todo lo anterior, sin haberle advertido de forma clara a UFINET que ese sería el procedimiento concreto que seguiría para *“asumir directamente”* la administración de la infraestructura, es decir, con falta de transparencia y lealtad respecto de su co-contratante, a quien le había anunciado que era necesario *“coordinar”* la liquidación del Contrato, no obstante lo cual, sin aviso ni anuncio previo, procedió a adoptar medidas propias de la liquidación del Contrato (v. gr. la terminación y liquidación de los contratos celebrados con los PRST) sin comunicarle ni hacer partícipe de este proceso a UFINET.

602. Además, el lenguaje utilizado en las comunicaciones antes transcritas demuestra que AIR-E pretendía inducir a los PRST a que terminaran sus vínculos con UFINET y a que se abstuvieran de pagarle por la compartición de redes. En efecto, en las comunicaciones de 15 de marzo de 2021 instó a los PRST a ponerse en contacto con AIR-E en un término breve de diez (10) días hábiles para adelantar los trámites correspondientes y *“poder garantizar la continuidad del uso de la infraestructura eléctrica”*. Vencido ese plazo sin tener noticia del PRST, AIR-E anunció que entendería *“que no tiene ningún interés en el asunto y [se vería] en la penosa necesidad de adelantar las acciones pertinentes”*, precisamente relacionadas con la anunciada continuidad del uso de la infraestructura eléctrica.

603. Como consecuencia de las manifestaciones de AIR-E, algunos de los PRST optaron por terminar sus contratos con UFINET. Así ocurrió con GTD Colombia S.A.S., que mediante comunicación de 19 de abril de 2021²¹⁴, le comunicó a UFINET que entendía terminado el contrato número UFINET-GIO-20190820-02, por las siguientes razones: *“Encontrándonos notificados y enterados de la situación actual del contrato que Ufinet tenía con Electricaribe, empresa desaparecida desde octubre de 2020, actualmente en liquidación y cuya*

²¹⁴ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 24. Comunicación remitida por GTD Colombia S.A.S. el 19 de abril de 2021.

infraestructura fue asumida por las empresas AFINIA (Grupo EPM) y AIR-E, se hace necesario nuestro pronunciamiento oficial de cara al Contrato Marco No. UFINET-GIO-20190820-02 que vincula a Ufinet Colombia y Gtd Colombia, dada la inestabilidad jurídica que genera las posiciones encontradas entre AIR-E y Ufinet respecto a dicho contrato". Dentro de los antecedentes, GTD Colombia S.A.S. destaca que el 13 de marzo de 2021 recibió una comunicación por parte de AIR-E en la que se le informaba que el Contrato había terminado el 10 de marzo de 2021 y que el 9 de abril AIR-E nuevamente le comunicó que desde el 11 de marzo de 2021 UFINET no tenía la facultad de seguir ejerciendo el derecho de usufructo que se le había conferido. Concluyó, entonces, que "según las notificaciones que reiteradamente ha recibido de parte del actual propietario de infraestructura eléctrica en Atlántico, Magdalena y Guajira y el análisis jurídico realizado, entiende terminado parcialmente el contrato en base al literal c) de la cláusula Décima del contrato UFINET-GIO-20190820-02, específicamente en estos lugares de Colombia y acepta la sustitución de AIR-E en la posición de UFINET y a partir del 11 de marzo, lo entiende como parte del contrato frente a quien nos obligamos de manera directa".

604. En similar sentido, Cable Guajira Ltda., mediante correo electrónico de 28 de abril de 2021²¹⁵, le informó a UFINET que únicamente renovaría parcialmente el contrato de uso de infraestructura suscrito entre las partes, por los siguientes motivos: *"Tal como se habló el día de ayer telefónicamente, vamos a renovar el contrato de uso de infraestructura en los sectores donde NO pertenece a la empresa aire. Como ya le he manifestado fuimos notificados por la empresa AIRE que ellos directamente van a elaborar los contratos y administrar su infraestructura. Por otra parte solicito informar a su departamento de facturación dejar de emitir facturas por los sectores que ya no tenemos contrato con Ufinet".*

605. En otros casos, el comportamiento de AIR-E condujo al rechazo de las facturas que UFINET presentó para su cobro ante los PRST con los que había celebrado contratos de compartición de redes. Así se desprende del correo electrónico de 22 de abril de 2021, mediante el cual Azteca Comunicaciones Colombia le devolvió a AIR-E las facturas números UFQC7766 y UFQC7711, con fundamento en las siguientes razones: *"Me permito hacer devolución de las siguientes facturas teniendo en cuenta el comunicado recibido por AIR E (ver documento adjunto), en cuanto a los servicios que se prestan en los departamentos de Magdalena, La Guajira y Atlántico. (...) El comunicado menciona que a partir del 11 de Marzo/21 los procesos se tramitan directamente con AIR E, con lo cual te pido por favor que para la factura UFQC7766 se realice*

²¹⁵ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvencción. Pruebas demanda reconvencción. 26. Correo electrónico remitido por Cable Guajira Ltda. el 28 de abril de 2021.

el respectivo prorrateo para el periodo 01-10 Marzo/21. En cuanto a la factura UFQC7711, se recibirá facturación siempre que sea emitida directamente por AIR-E dado el periodo de prestación del servicio”²¹⁶.

606. De la valoración conjunta e integral de los medios de convicción a los que se hizo referencia en los párrafos anteriores se concluye que AIR-E actuó en contravía de los deberes de lealtad, transparencia y cooperación que le eran exigibles en virtud de la buena fe contractual. En efecto, está claro que: (i) sin advertencia previa, clara y transparente a UFINET, a pesar de haber anunciado que era necesario coordinar la liquidación del Contrato, a los pocos días de la comunicación de 9 de marzo de 2021 AIR-E decidió hacer pública la terminación del Contrato e instó a los PRST a que se comunicaran con ella para formalizar sus relaciones; y (ii), adicionalmente, también sin ningún tipo de aviso previo a UFINET, la Convocada en Reconvención envió comunicaciones a los PRST para que contrataran directamente con AIR-E y rechazaran las facturas que UFINET les presentara, haciendo uso, además, de advertencias sobre consecuencias desfavorables si no actuaban de conformidad, como lo era el otorgamiento de un término breve de diez (10) días para que manifestaran su interés so pena de entender que *“no tiene ningún interés en el asunto y nos veremos en la penosa necesidad de adelantar las acciones pertinentes”*. Ese comportamiento contrario a la buena fe se materializó en la efectiva terminación de algunos de los contratos que UFINET había celebrado con terceros y en el rechazo de algunas de las facturas que presentó para el cobro. Todo lo anterior es demostrativo, entonces, de que AIR-E actuó de forma desleal con el propósito de sustituir a UFINET en la relación que esta entidad tenía con los PRST, bajo el pretexto de que el Contrato había terminado y que, por lo tanto, UFINET ya no podía seguir ocupando la posición que detentaba en los acuerdos de compartición de redes.

607. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Tribunal, en acápites anteriores, declaró que AIR-E ejerció la facultad unilateral de terminación en contravía de lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y de los postulados de la buena fe, razón por la que no produjo efectos extintivos, resulta igualmente censurable el comportamiento que adoptó la Convocada en Reconvención con posterioridad a la remisión de la carta de 9 de marzo de 2021. En efecto, sirviéndose del ejercicio indebido de una prerrogativa contractual, se comportó de forma contraria a la lealtad que le era exigible frente a su otro contratante, cuando, según se ha concluido, aún estaba vigente la relación contractual.

²¹⁶ Expediente digital. PRUEBAS. Pruebas 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvención. Pruebas demanda reconvención. 23. Cadena de correos electrónicos con asunto DEVOLUCIÓN FRAS UFQC7766 – UFQC7711.

608. Como ya se ha señalado, durante la ejecución del contrato las partes deben actuar de buena fe (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio), lo que implica comportarse de forma honesta, leal y correcta respecto de la contraparte comercial y de sus intereses. Pues bien, en contravía de esa necesaria corrección que debe existir entre quienes intervienen en un negocio jurídico, AIR-E, en vigencia del Contrato pues su comunicación de terminación unilateral no cumplió su cometido, contactó directamente a los PRST con quienes UFINET había suscrito acuerdos para la compartición de redes, con el fin de inducirlos a terminar dichos vínculos y contratar directamente con la Convocada en Reconvención, desconociendo así las prerrogativas contractuales de las que gozaba UFINET como titular del derecho real de usufructo.

6.2.4. Conclusión

609. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que la pretensión quinta principal de la demanda de reconvención reformada está llamada prosperar y así lo declarará. Lo anterior, toda vez que está acreditado que AIR-E actuó de forma desleal al contactar directamente a los PRST con el propósito de que contrataran directamente con ella, sin advertencia previa a UFINET en el sentido de que ese tipo de medidas se adoptarían inmediatamente por la terminación del Contrato, y sin su participación. Así las cosas, la Convocada en Reconvención vulneró los deberes de lealtad, transparencia y cooperación que le eran exigibles en virtud del principio de la buena fe contractual.

610. En consecuencia, se declarará no probada la excepción "4.5. Air-e jamás incurrió en acto de competencia desleal alguno".

6.3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR PERTURBACIÓN DEL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

611. Una de las controversias planteadas por UFINET en la demanda de reconvención tiene que ver con la presunta perturbación de su derecho real de usufructo por la decisión de AIR-E de ejercer la facultad unilateral de terminación Contrato, lo que considera un incumplimiento contractual.

612. Sin embargo, antes de resolver sobre la pretensión específica de la Demandante en Reconvención, cabe recordar lo dicho en acápites anteriores sobre los bienes objeto de usufructo, esto es, que, a pesar de tratarse de una operación jurídica inescindible, el derecho real solo recae sobre el componente mobiliario de la infraestructura eléctrica de AIR-E, tal como lo reconocieron las partes en el otrosí No. 2 al Contrato.

613. Precisado lo anterior, el Tribunal abordará la cuarta pretensión principal de la Demanda de Reconvención, en la que se pide declarar "(...) *que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber llevado a cabo actuaciones que perturbaron, limitaron y/o impidieron el ejercicio por parte de Ufinet de su derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de Air-e*"²¹⁷.

6.3.1. Posición de las partes

6.3.1.1. Posición de la Demandante en Reconvención

614. De una parte, para UFINET, el derecho real de usufructo que ostenta sobre la infraestructura eléctrica de AIR-E se ha visto "*perturbado*" y "*limitado*", en la medida que ésta decidió, sin fundamento válido, declarar el incumplimiento y terminar unilateralmente el Contrato, con lo cual desconoció su derecho. Así lo expresó en los hechos de su demanda de reconvención:

*"g. Air-e se tomó la atribución de declarar un incumplimiento, calificarlo de grave, terminar unilateralmente el Contrato y socavar el derecho real de usufructo de Ufinet, sin tener las facultades para hacerlo"*²¹⁸.

615. También manifestó que:

"(...) el derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de Air-e, del cual es titular Ufinet, y el cual resulta un elemento esencial del Contrato, no ha terminado, y Air-e no puede, unilateralmente, desconocerlo; hacerlo constituye una perturbación al pacífico ejercicio de dicho derecho real y, en consecuencia, un incumplimiento de Air-e al contravenir lo expresamente pactado en la cláusula octava del Contrato.

"Sin embargo, Air-e ha adelantado una serie de conductas que desconocen y atentan contra el derecho real de usufructo de Ufinet y la buena fe, todo lo cual le está ocasionando serios perjuicios económicos a ésta última.

"Air-e anunció públicamente la supuesta terminación para provocar la terminación de contratos de Ufinet.

²¹⁷ Demanda de reconvención reformada. Pág. 2

²¹⁸ Demanda de reconvención reformada. Pág. 15

“(...) remitió sendas comunicaciones directas a los clientes PRST de Ufinet, indicándoles la supuesta terminación del Contrato, (...) instándolos a celebrar nuevos contratos de compartición de infraestructura (...)”²¹⁹.

616. Incluso, más adelante, señala que la Convocada en Reconvención iguala el usufructo a una obligación extinta, debido a la supuesta terminación del negocio jurídico mediante el cual se constituyó el derecho real, así:

“Además del claro desconocimiento por parte de Air-e de los derechos reales, al equipararlos en dicha comunicación a obligaciones extintas por la terminación del Contrato”²²⁰.

617. Finalmente, expone que:

“(...) las acciones de Air-e, tanto al intentar terminar el Contrato desconociendo lo allí pactado como al perturbar gravemente el derecho real de usufructo de Ufinet, configuran incumplimientos graves al Contrato y, por tanto, causas suficientes para que el Tribunal declare su terminación y, con ello, la extinción del derecho real de usufructo, junto con la correspondiente indemnización de perjuicios.

“100. Si en gracia de discusión el Tribunal aceptara que el Contrato efectivamente terminó con la decisión unilateral de Air-e, debe en todo caso calificarse dicha terminación como un grave incumplimiento contractual, y como una perturbación ilegal al derecho real de usufructo de Ufinet, y, con base en ello, declarar civilmente responsable a Air-e y condenarla al pago de la totalidad de los perjuicios causados a Ufinet (...)”²²¹.

6.3.1.2. Posición de la Demandada en Reconvención

618. Por su parte, AIR-E manifiesta que los incumplimientos de UFINET estaban acreditados y fueron motivo suficiente para la terminación unilateral del Contrato. Sin embargo, no se refiere puntualmente al literal g. del hecho 50 de la demanda de reconvención transcrito anteriormente.

²¹⁹ Demanda de reconvención reformada. Pág. 17

²²⁰ Demanda de reconvención reformada. Pág. 21

²²¹ Demanda de reconvención reformada. Pág. 27

619. Más adelante, sostiene que lo narrado por UFINET "(...) no es un hecho. Es una manifestación jurídica subjetiva y por demás errada, de la Parte Convocante, pues lo cierto es que el llamado usufructo también habría terminado al haberse configurado el evento de la condición prefijados para su terminación, que no es otra cosa que el cualificado e insuperable incumplimiento contractual de UFINET que abrió paso a la terminación del Contrato (...)"²²².

620. Finalmente, planteó la excepción de mérito que denominó "4.3 Air-e no perturbó derecho real alguno de Ufinet. Por el contrario, es Ufinet quien perturba un derecho real de Air-e", en la que manifiesta que la "condición resolutoria" del Contrato conlleva la resolución del usufructo; de lo contrario, se estaría pasando de un usufructo oneroso a uno gratuito sin justificación alguna. Cita además el artículo 863 del Código Civil para sostener que una de las causales de extinción del usufructo es el cumplimiento de la condición prefijada para su terminación, como se manifestó en acápites anteriores.

621. Así lo expone la Convocante (y Convocada en Reconvención):

*"(...) la resolución del Contrato implicó de suyo la resolución de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo surgieron, pues si se considera que la prestación principal del Contrato a cargo de ELECTRICARIBE (hoy AIR-E), fue precisamente la de otorgar los Derechos de Paso o el llamado usufructo, **ningún sentido tendría aceptar, de un lado, que el contrato se extinguió, y del otro, que la obligación principal a cargo de una de las partes subsistió.***

"Tal desafortunada interpretación propuesta por UFINET, encierra un sinsentido jurídico adicional, pues de acuerdo con UFINET, resultaría plausible la terminación del Contrato sin que se resolviera el usufructo. Así lo expuso en el hecho 58 de la demanda.

*"Bajo esta llamativa interpretación, el usufructo, que sería oneroso como incluso lo manifestó UFINET en el hecho 23 de la demanda, **por cuenta de la finalización del Contrato, pasaría de ser oneroso a gratuito**, pues por virtud de la extinción del Contrato, nada podría cobrarle AIR-E a UFINET, por el usufructo concedido.*

"Así, es apenas obvio que la condición resolutoria del Contrato es también condición resolutoria del usufructo, y así lo habilita, además,

²²² Contestación a la demanda de Reconvención. Pág. 19

el artículo 863 del Código Civil, que reza lo siguiente: 'El usufructo se extingue generalmente por la llegada del día, o el evento de la condición prefijados para su terminación'.

"En el caso de marras, el Contrato estableció una condición resolutoria, que, desde luego, abarca también la resolución del usufructo. En suma, al haberse extinguido el Contrato se extinguió el llamado usufructo, con lo cual UFINET no puede predicar que se le perturbó derecho real alguno.

"En este punto, solo resta concluir que, por el contrario, quien sí está perturbando un derecho real es UFINET, quien, aún después de la finalización del Contrato, siguió haciendo uso de la Infraestructura Eléctrica propiedad de AIR-E y permitiendo su uso a terceros, por supuesto, de forma abiertamente ilegal y sin reconocer contraprestación alguna en favor de AIR-E.

"De esta situación da cuenta, entre otras, la comunicación del 30 de septiembre de 2021, de EME INGENIERÍA S.A dirigida a AIR-E, en la cual, esta empresa justificó el no pago de las facturas de AIR-E, alegando que los pagos los estaba realizando directamente a UFINET, incluso habiendo transcurrido más de 6 meses después de la finalización del Contrato entre AIR-E y UFINET"²²³ (se destaca).

6.3.2. Problema jurídico

622. En vista de lo anterior, debe el Tribunal definir si las actuaciones de AIR-E, al pretender terminar el Contrato y actuar como si éste hubiese culminado (informar de ello al público y contactar directamente a los PRST), constituyen incumplimientos que perturbaron el derecho real de usufructo que UFINET tiene sobre los bienes muebles que componen la mencionada infraestructura eléctrica.

6.3.3. Consideraciones

623. Efectuados por el Tribunal el análisis y la valoración probatoria sobre la facultad unilateral de terminación del Contrato, donde se concluyó que dicha potestad fue ejercida por AIR-E en contravía de lo pactado en la cláusula decimoquinta del Contrato y de los postulados de la buena fe, procede el Tribunal a estudiar la situación en la que se encuentra el derecho real de usufructo que se constituyó a favor de UFINET.

²²³ Contestación a la demanda de Reconvención. Pág. 55

624. Sea lo primero manifestar que como el efecto buscado por AIR-E con la presunta terminación unilateral no se materializó, se abre paso el estudio de la cuarta pretensión principal de la demanda de reconvención, según la cual la Convocada en Reconvención incumplió el Contrato al intentar darlo por terminado y con ello limitó y perturbó el derecho real de usufructo de la Demandante en Reconvención, a quien se le impidió seguir ejerciendo pacíficamente sus facultades.

625. En cuanto a la condición resolutoria referida por AIR-E, quedó ampliamente demostrado que, para hacerla efectiva, era necesaria la concesión de un plazo razonable a UFINET para subsanar o adoptar las medidas tendientes a la subsanación de los supuestos incumplimientos, y ello no se dio. Lo anterior significa que no se cumplieron los presupuestos para activar la "*condición resolutoria*" invocada por la Demandante y, en ese orden de ideas, no es procedente su argumento según el cual la terminación del Contrato dio lugar a la terminación del usufructo.

626. Tal y como está acreditado en apartados anteriores, a partir de la notificación de AIR-E a UFINET sobre su decisión de dar por terminado el negocio jurídico, aquella quiso asumir el control de los contratos con los PRST, a quienes contactó para que se abstuvieran de contratar con UFINET o de continuar su relación negocial con ella.

627. Como quedó visto, las actuaciones de AIR-E al tener por terminado el contrato, sin estarlo, y contactar a los PRST con el propósito de contratar directamente con ellos, vulneró el derecho de usufructo de UFINET y constituye un incumplimiento contractual que viola los deberes de lealtad y cooperación que le eran exigibles en virtud del principio de la buena fe contractual.

628. Sobre este punto, es importante resaltar que, en línea con lo que se ha planteado en el laudo, la perturbación al derecho real de usufructo no puede incluir el hecho de que AIR-E le haya impedido el acceso a UFINET a inmuebles de su propiedad, toda vez que el derecho real de usufructo constituido a favor de UFINET solamente recae sobre los bienes muebles que integran la infraestructura eléctrica de la Convocante.

6.3.4. Conclusión

629. En ese orden de ideas, prospera la cuarta pretensión principal de la Demanda de Reconvención, en la que se pide declarar "*(...) que Air-e incumplió el Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones*

TELECORP-004-01 al haber llevado a cabo actuaciones que perturbaron, limitaron y/o impidieron el ejercicio por parte de Ufinet de su derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica de Air-e”.

630. Como consecuencia de la anterior decisión, no se abrirá paso la excepción planteada por la Demandada en Reconvención y que se denominó: *“4.3 Air-e no perturbó derecho real alguno de Ufinet. Por el contrario, es Ufinet quien perturba un derecho real de Air-e”.*

7. LA TERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO POR EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE AIR-E

7.1. Posición de las partes

7.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

631. En la demanda de reconvención reformada, UFINET solicita que se declare la terminación judicial del Contrato por los incumplimientos contractuales que le atribuye a AIR-E, con la consecuente extinción del derecho real de usufructo. En concreto, formuló la siguiente pretensión:

“Sexta pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare la terminación del Contrato de Uso-Derecho de Paso para telecomunicaciones TELECORP-004-01 y, como consecuencia, a extinción del derecho real de usufructo”.

632. Como fundamento de su petición, la Convocante en Reconvención manifiesta, en esencia, que el comportamiento de AIR-E en el sentido de intentar terminar unilateralmente el Contrato y de contactar directamente a los PRST con quienes UFINET había celebrado acuerdos de compartición de redes, constituye un incumplimiento grave y resolutorio del Contrato. Por consiguiente, considera procedente que el Tribunal disponga la terminación del negocio jurídico que es objeto de controversia.

633. En sus alegatos de conclusión, UFINET insistió en que *“la manera en que Air-e intentó dar por terminado el Contrato no cumplió con lo pactado en la cláusula decimoquinta, lo que configura un incumplimiento material y grave de Air-e”*, pues, para efectos de ejercer la facultad unilateral de terminación prevista en la mencionada cláusula decimoquinta, AIR-E no le hizo advertencia expresa del presunto incumplimiento que le atribuyó, así como tampoco le concedió a UFINET un plazo razonable para subsanarlo. Adicionalmente, la Convocante en Reconvención expresó que, luego de la misiva del 9 de marzo de

2021, *“Air-e incurrió en conductas que vulneraron la buena fe con las cuales, (1) incurrió en costos de competencia desleal y, además (2) afectó y perturbó el ejercicio normal del usufructo de Ufinet, incumpliendo gravemente el Contrato”*.

7.1.2. Posición de la Convocada en Reconvención

634. En la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, AIR-E se opuso, de manera general, a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, tanto principales como subsidiarias y comunes de UFINET, porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

635. En cuanto a la pretensión de terminación judicial del Contrato por incumplimiento grave, la Convocada en Reconvención no formuló una excepción específica, sino que controvertió la existencia de un incumplimiento contractual que le pudiera ser atribuido. Al respecto, propuso las excepciones de mérito que denominó *“4.1. La terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de UFINET”*, *“4.3. Air-e no perturbó derecho real alguno de Ufinet. Por el contrario, es Ufinet quien perturba un derecho real de Air-e”* y *“4.5. Air-e jamás incurrió en acto de competencia desleal alguno”*. De manera general, en dichos medios de defensa AIR-E manifestó que su comportamiento se habría ajustado a lo pactado en el Contrato y a lo que resultaba natural ante la terminación del Contrato, pues su decisión de terminación se habría fundamentado en el incumplimiento grave de UFINET y la extinción del vínculo se habría materializado el 9 de marzo de 2021 y que le permitía contactar a los PRST para asumir, en los acuerdos de compartición de redes, la posición contractual de UFINET.

636. En sus alegatos de cierre, AIR-E reiteró que no habría incurrido en un incumplimiento contractual y que, por lo tanto, no podrían derivarse las consecuencias reclamadas por UFINET.

7.2. Problema jurídico

637. Reseñada la postura de las partes en los anteriores términos, el problema jurídico que le corresponde resolver al Tribunal consiste en determinar si los incumplimientos contractuales de AIR-E (que así fueron previamente declarados en esta providencia) son graves y si, por lo tanto, procede la declaratoria de terminación judicial del negocio jurídico que ha vinculado a las partes y la consecuente extinción del derecho real de usufructo del que es titular UFINET.

7.3. Consideraciones

638. Con el propósito de resolver la problemática antes expuesta, el Tribunal procederá de conformidad con el siguiente orden: (i) en primer lugar, se estudiará el régimen jurídico aplicable a la resolución —en este caso, terminación— por incumplimiento y sus requisitos; y (ii), seguidamente, se analizará si, en el caso concreto, se cumplen los presupuestos para declarar la terminación del Contrato y la extinción del usufructo.

7.3.1. Aspectos generales de la resolución (o terminación) por incumplimiento y sus requisitos

639. De manera general, el artículo 1546 del Código Civil prevé que *“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”*. Se trata de una disposición normativa que, si bien se encuentra ubicada dentro del Título IV del Libro IV del Código Civil, dedicado a las obligaciones condicionales o modales, consagra las principales prerrogativas con las que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento del deudor. En similar sentido, el artículo 870 del Código de Comercio establece que, *“en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”*.

640. De las normas anteriormente citadas se desprende que, ante el incumplimiento contractual, la parte afectada tiene a su disposición los siguientes medios de tutela que son comunes a todo negocio jurídico bilateral: (i) la posibilidad de solicitar la ejecución de la prestación debida, de la forma y en los términos en los que se pactó —cumplimiento en especie o específico—, o por equivalente pecuniario cuando la prestación se ha hecho de imposible cumplimiento o ya no es del interés del acreedor que se realice de la manera convenida; (ii) la resolución del contrato fuente de las obligaciones que fueron desatendidas; y (iii) la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento le haya causado al acreedor, alternativa que puede ejercerse de manera autónoma o como complemento de las pretensiones de cumplimiento o de resolución, estas últimas, claro está, excluyentes entre sí.

641. La resolución del contrato por incumplimiento, que corresponde a la segunda de las alternativas antes mencionadas, se refiere, entonces, a la extinción de la relación contractual (en principio, con efectos retroactivos) como consecuencia del acaecimiento de una condición resolutoria que consistiría en la

inobservancia de los compromisos contractuales a cargo de uno de los contratantes, condición que puede ser expresa —cuando las partes del negocio explícitamente la han convenido— o tácita. Esta última es, precisamente, la que se encuentra contemplada en los citados artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, que se entiende pactada en todo contrato bilateral.

642. Ahora bien, para la prosperidad de una pretensión de resolución contractual por incumplimiento, la jurisprudencia civil ha establecido una serie de requisitos cuya observancia resulta indispensable en la medida en que el “remedio” contractual al que se ha hecho referencia implica restarle efectos al acuerdo de voluntades, por lo que se trata de una alternativa que, en principio, solo resulta admisible en circunstancias en las que el incumplimiento genera una afectación tal que, para tutelar el interés lesionado, lo que procede es la disolución del contrato.

643. Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

“La Corte ha sostenido que el buen suceso de la acción resolutoria está sujeto a la concurrencia de ciertas condiciones, a saber: i) que verse sobre contrato bilateral válido; ii) que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo, o se haya allanado a cumplirlas, y iii) que el demandado se haya separado de sus compromisos contractuales total o parcialmente. La segunda exigencia, referente a que la legitimación para promover la acción como condición necesaria para que pueda salir adelante, solo radica en quien ostente la calidad de contratante cumplido o dispuesto a cumplir, fue reiterada por la Sala en múltiples ocasiones”²²⁴.

644. Igualmente, en oportunidad posterior reiteró que, son requisitos de la resolución por incumplimiento, los siguientes:

“5.1. En este asunto, la parte demandante se acogió a la opción de resolver el contrato, la cual tiene como presupuestos: i) la validez del negocio jurídico concertado, ii) el cumplimiento o allanamiento a satisfacer el débito prestacional de su parte por el pactante iniciado de la causa judicial (CSJ SC2307-2018, 25 jun., rad. 2003-00690-01, CSJ5569-2019, 18 dic., rad. 2010-00358-01, CSJ SC4801-2020, 7 dic., rad. 1994-00765-01), y iii) el incumplimiento del contratante convocado al juicio.

²²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5430-2021 de 7 de diciembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

*"La desatención de las obligaciones contractuales que tiene aptitud para acarrear la resolución del convenio no es otra que aquella que constituya un incumplimiento esencial y relevante, de entidad tal que ocasione la ruptura de la ecuación sinalagmática implícita en la correlatividad de las prestaciones; contrario sensu, si la infracción convencional es intrascendente o de poca monta, no da lugar a resolver el negocio jurídico, pues no repercute en el interés económico que ostenta el celebrante cumplidor de sus cargas en mantener el negocio"*²²⁵.

645. Así las cosas, para que proceda la resolución por incumplimiento, se requiere: (i) que exista un contrato bilateral válido; (ii) que, según la tesis tradicionalmente sostenida por la jurisprudencia, quien reclama la extinción del acuerdo de voluntades sea, en principio, el contratante cumplido o que se haya allanado a cumplir, aunque en oportunidad más reciente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que la resolución igualmente procede en la hipótesis de mutuos y recíprocos incumplimientos²²⁶, con la particularidad de que, en ese caso, ninguna de las dos partes estaría en mora y, por consiguiente, no se podría perseguir la indemnización de perjuicios. Lo anterior, salvo que se trate de prestaciones escalonadas o sucesivas, en las que el incumplimiento, aunque recíproco, no sería simultáneo y podría reclamarse, además de la resolución, la reparación de los daños causados con el incumplimiento²²⁷; y (iii) que el incumplimiento que sirva de fundamento a la petición de resolución sea grave o esencial.

646. En lo que respecta a este último requisito, la jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

"Es claro que no todo incumplimiento por parte de uno de los contratantes conduce a la resolución o a la terminación del convenio. Pensar lo contrario, sería tanto como desconocer el principio de mantenimiento de los contratos, cuyo significado no es otro que tratar de prolongar la vigencia del pacto, por supuesto si es válido, en orden a su ejecución, con preferencia a la alternativa de finalizarlo.

²²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3972-2022 de 15 de diciembre de 2022. M.P. Hilda González Neira.

²²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC1662-2019 de 5 de julio de 2019. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

²²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3666-2021 de 25 de agosto de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. En similar sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3674-2021 de 25 de agosto de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

“Esa regla principal ha sido considerada por la doctrina extranjera, por mediación de Luis Díez-Picazo, quien señala que «No se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento. Y ello ocurre lo mismo si el incumplimiento es culpable que si no lo es. Los casos relativos a la imposibilidad sobrevenida fortuita, que más adelante se examinarán, son una prueba palmaria, si no fuera suficiente el hecho de que el art. 124 CC contempla el incumplimiento, pero no su imputabilidad.»

“(…)

“Deviene de lo precedente, que para la viabilidad de la acción de resolución de contrato o, en general, para su terminación anticipada o unilateral, se requiere del incumplimiento de uno de los contratantes de las prestaciones a su cargo, mientras el otro, por su parte, ha observado lo que le correspondía o, al menos, ha procurado su cumplimiento en la forma y tiempo debidos.

“Además, precisa que la inobservancia por parte del otro contratante sea de aquellas que reducen o eliminan la utilidad de la convención, o se concentran en el objeto principal del contrato, o se trata de un compromiso que actualmente no se puede satisfacer, puesto que si no hay incumplimiento del objeto primario y esencial del convenio, o no se da al traste con el fin práctico de la convención, no es viable su resolución ni su terminación.

“De ese modo, con observancia de las normas, bien del Código Civil o las pautas del Código de Comercio previstas para el suministro, el incumplimiento que permite la resolución contractual, que autoriza la alegación de la excepción de contrato no cumplido, y, que viabiliza la terminación unilateral de la convención, debe ser grave, es decir, un auténtico incumplimiento resolutorio que, de suyo, afecte la utilidad del contrato o revista una importancia que merme la confianza del otro contratante”²²⁸.

647. En sentido semejante a los desarrollos jurisprudenciales sobre el requisito del incumplimiento grave, en los instrumentos internacionales también se han

²²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4902-2019 de 13 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

planteado los siguientes criterios para calificar un incumplimiento como grave o esencial, que justifique la resolución del contrato: (i) en el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se establece que el incumplimiento será esencial *“cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”*; (ii) en el artículo 7.3.1. de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016 se señala que, *“para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; (c) el incumplimiento fue intencional o temerario; (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”*; y (iii), en el artículo 8:301 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se establece que el incumplimiento es esencial para el contrato *“(a) cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causal del contrato; (b) cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado; (c) o cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”*.

648. De lo expuesto anteriormente se desprende que los criterios para establecer si un determinado incumplimiento reviste la entidad suficiente para justificar la extinción del contrato se refieren, en general, a las siguientes circunstancias: (i) el impacto que el incumplimiento genera en la economía del contrato, porque priva sustancialmente a la parte afectada del beneficio que tenía derecho a esperar, o porque incide en la causa del contrato y en la obtención del fin práctico perseguido por las partes; (ii) la naturaleza de la obligación desatendida, pues habrá que distinguir si se trata de una prestación principal o de un deber accesorio; (iii) el grado de afectación del interés del acreedor, esto es, si el incumplimiento es de tal naturaleza que vulnera la confianza que tenía en el deudor y en la observancia futura de sus compromisos; (iv) la modalidad del incumplimiento, es decir, si se trata de un incumplimiento

total y definitivo, o si corresponde a una falta de ejecución parcial o a un simple retardo; y (v) la intencionalidad en el incumplimiento.

649. Por último, en cuanto a las consecuencias de la resolución por incumplimiento, al tener su fundamento en el acaecimiento de una condición resolutoria, en principio, se generan efectos retroactivos, lo que implica poner a las partes en la situación en la que estarían como si el contrato no se hubiera celebrado, propósito que se cumple mediante las restituciones mutuas que ordena el artículo 1544 del Código Civil. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que *"la resolución del contrato, a la vez que aparece como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo - efectos ex nunc-, tiene además eficacia retroactiva -ex tunc- en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifican actos de cumplimiento entre las partes; se trata, pues, de colocar a los contratantes, en cuanto sea posible, en la posición en que se hallaban antes de celebrar el contrato. Es así como el artículo 1544 establece como principio general el de que 'cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición...'* (véase al respecto Cas. Civ. Sent. 081 de 15 de junio de 1993)²²⁹. No obstante, como se advierte en el extracto jurisprudencial anteriormente transcrito, cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva o periódica, debido a la naturaleza de las prestaciones que surgen de aquellos, la resolución únicamente producirá efectos hacia el futuro (*ex nunc*). En este último caso se alude, entonces, a "terminación" contractual por incumplimiento, pues respecto de dichos negocios jurídicos no se predicán los efectos retroactivos propios de la figura objeto de estudio.

7.3.2. La terminación judicial del Contrato por el incumplimiento grave de AIR-E y la extinción del derecho real de usufructo

650. Siguiendo los parámetros que ha determinado la jurisprudencia civil para el análisis de una pretensión de resolución contractual por incumplimiento, el Tribunal encuentra reunidos los requisitos para declarar la terminación del Contrato, de conformidad con lo solicitado por UFINET, por los motivos que seguidamente se analizan.

651. En primer lugar, es claro que el Contrato corresponde a un negocio jurídico bilateral, pues, en los términos del artículo 1496 del Código Civil, ambos contratantes de obligaron recíprocamente. En efecto, de la lectura del Contrato

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de junio de 2004. Exp. No. 7748. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC11287-2016 de 17 de agosto de 2016. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

y sus acuerdos modificatorios se desprende que AIR-E (y, antes, ELECTRICARIBE) se obligó a concederle a UFINET *"la facultad de utilizar directamente o ceder a título oneroso a terceros la facultad de utilizar la Infraestructura Eléctrica existente y las Infraestructuras Futuras, para la instalación de cables y equipos de telecomunicaciones"*²³⁰, facultad que posteriormente, a partir de 2015, quedaría comprendida dentro del alcance de un derecho de usufructo que respecto del componente mueble de la Infraestructura Eléctrica se constituyó, mientras que respecto de la parte inmobiliaria se le confirió a UFINET el derecho de uso para la ocupación de espacios²³¹. En consecuencia, AIR-E se obligó a mantener a UFINET *"en el uso pleno y pacífico de los derechos que se reconocen en el (...) Contrato durante toda su vigencia"*²³², de manera que el correspondía a AIR-E, por ejemplo, *"hacer frente a cualquier perturbación de hecho en el ejercicio de los derechos aquí cedidos"*. Asimismo, AIR-E se comprometió a *"mantener en buen estado de uso y conservación la infraestructura eléctrica de su propiedad que sea técnicamente necesaria para la continua y adecuada explotación de los derechos"*²³³ adquiridos por UFINET. En síntesis, AIR-E asumió un deber de comportamiento respecto de UFINET que consistía en garantizarle el uso y el disfrute pacífico de su Infraestructura Eléctrica, tanto para la instalación de sus propios cables y equipos de comunicación a efectos de que pudiera prestar sus servicios a terceros, como para la celebración de acuerdos de compartición con terceros, de los que derivaría una utilidad.

652. Por su parte, UFINET se obligó, entre otras prestaciones, a las siguientes: (i) realizar el mantenimiento preventivo de las redes de telecomunicaciones²³⁴; (ii) realizar el mantenimiento, la reparación y la reposición de la red de telecomunicaciones de su propiedad²³⁵; y (iii) pagarle a AIR-E una suma global fija por los derechos que adquirió y, además, una contraprestación correspondiente al 25% del 90% del total de las sumas facturadas en virtud de los acuerdos de compartición que suscribiera con terceros, y el 12.5% de los importes recaudados por encima del 90%.

653. Adicionalmente, según lo concluyó el Tribunal en el numeral "3. *SOBRE LA DURACIÓN DEL USUFRUCTO Y SU RELACIÓN CON LA DURACIÓN DEL CONTRATO*" de la presente providencia, el Contrato es válido, pues únicamente la cláusula sexta, relativa a su duración, está afectada por un vicio de nulidad

²³⁰ Cláusula segunda del Contrato, en su redacción inicial del año 2001.

²³¹ Cláusula primera del otrosí No. 2 suscrito el 20 de noviembre de 2015.

²³² Cláusula octava del Contrato, modificada por la cláusula sexta del otrosí No. 1.

²³³ Cláusula octava del Contrato, modificada por la cláusula sexta del otrosí No. 1.

²³⁴ Cláusula tercera del otrosí No. 2.

²³⁵ Cláusula séptima del otrosí No. 1.

en la medida en que se habría pactado un derecho real de usufructo por un término superior al permitido por la ley.

654. En lo que respecta al segundo de los requisitos para la resolución por incumplimiento, el Tribunal concluyó, en el acápite “5. *LOS INCUMPLIMIENTOS QUE AIR-E LE ATRIBUYE A UFINET Y LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD CIVIL DE ESTA ÚLTIMA*”, que no se acreditó el incumplimiento contractual que AIR-E le imputó a UFINET, motivo por el cual es claro que la Convocante en Reconvención está legitimada para solicitar la terminación del Contrato y la extinción del derecho real de usufructo, junto con la indemnización de perjuicios sobre la que el Tribunal se pronunciará en apartes posteriores.

655. Finalmente, el comportamiento de AIR-E al haber ejercido la facultad de terminación del Contrato mediante la comunicación del 9 de marzo de 2021, al haber contactado directamente a los PRST con posterioridad a dicha misiva —de la forma en la que lo hizo— y al haber perturbado el derecho real de usufructo de la Convocante en Reconvención, comporta un incumplimiento grave y esencial del Contrato, toda vez que la conducta de la Convocada en Reconvención objetivamente permite considerar: (i) que se vulneró la confianza que UFINET tenía en su contraparte negocial y en el cumplimiento futuro de los compromisos que adquirió; y (ii) que se afectó sustancialmente el interés de UFINET en el mantenimiento de la relación en la medida en que, un comportamiento orientado a dar por terminado un vínculo contractual de larga duración —del que, demás, surgió un derecho real—, sin la observancia de la lealtad negocial exigible ni de las condiciones previstas en el Contrato para el efecto, necesariamente afecta la consecución del fin práctico perseguido con su celebración. Lo anterior, se reitera, en la medida en que AIR-E pretendió hacer efectiva la prerrogativa de terminación unilateral de manera claramente contraria a lo pactado en el Contrato para su ejercicio y en contravía de los postulados de la buena fe contractual que le imponían comportarse de manera correcta y honesta frente al otro contratante, con lo que se afectó seriamente la expectativa que UFINET podía tener en el sentido de que sus prerrogativas contractuales serían respetadas y de que podría seguir gozando pacíficamente de su derecho real de usufructo.

656. En efecto, a pesar de que AIR-E fundamentó su decisión de terminación en los hallazgos que fueron recogidos en un Informe de Auditoría Interna, para cuya elaboración requirió de varios meses, no puso a disposición de UFINET el documento y sus anexos, a pesar de que la Convocante en Reconvención se lo solicitó en múltiples oportunidades para efectos de verificar su contenido y adoptar las medidas que correspondieran para corregir cualquier posible irregularidad. Por el contrario, AIR-E se limitó a “socializar” de manera general

las conclusiones del Informe de Auditoría Interna en la reunión del Comité Operativo que se realizó el 24 de febrero de 2021, oportunidad en la que la Convocada en Reconvención anunció que ya había optado por la terminación del Contrato y que no le concedería plazo alguno a UFINET para subsanar los presuntos incumplimientos que se atribuían. Al respecto, según se explicó en detalle en el acápite "4. LA DECISIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR PARTE DE AIR-E Y SUS EFECTOS", las pruebas son demostrativas de que AIR-E nunca tuvo la intención de permitirle a UFINET rectificar su comportamiento, pues además de que no medió una advertencia expresa del incumplimiento, tampoco se le otorgó un plazo razonable para ese propósito, sin que existieran causas que justificaran que se privara a UFINET del derecho a la subsanación de su presunto incumplimiento.

657. A lo anterior se suma que, luego de remitir la comunicación de 9 de marzo de 2021, en la que AIR-E formalmente manifestó su decisión de terminar unilateralmente el Contrato, la Convocada en Reconvención contactó a los PRST con quienes UFINET había suscrito acuerdos de compartición de redes, con el propósito de que dieran por terminados dichos convenios y de que se abstuvieran de pagarle a UFINET las facturas que presentara para cobro, y de esa manera poder contratar directamente con ellos. Dicho comportamiento implicó una violación de los deberes de conducta derivados de la buena fe, en la medida en que AIR-E actuó de forma contraria a la lealtad y a la transparencia que le eran exigibles. Así quedó demostrado en los términos expuestos en el numeral "6.2. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR LA COMISIÓN DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL".

658. Lo expuesto es indicativo, entonces, de que el comportamiento de AIR-E constituye un incumplimiento contractual que vulneró de manera significativa la confianza que UFINET podía tener en que, en el futuro, la Convocada en Reconvención honraría sus compromisos y de que el fin práctico perseguido con la celebración del Contrato se podría alcanzar, pues lo cierto es que la conducta de la Convocada en Reconvención estaba dirigida a separar a UFINET del Contrato sin que existieran motivos fundados que lo justificaran, y un acto de esa naturaleza privaba a la Demandante en Reconvención de los beneficios que podía aspirar a alcanzar en virtud de lo pactado en el Contrato.

7.4. Conclusión

659. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que la pretensión sexta principal de la demanda de reconvención reformada está llamada a prosperar y así lo declarará. Lo anterior, toda vez que está acreditado que AIR-E incurrió en un incumplimiento grave que habilita a UFINET a solicitar

la terminación judicial del Contrato, así como la extinción del derecho real de usufructo que se constituyó en virtud de él. En consecuencia, a partir de la fecha de ejecutoria del presente laudo se extinguen tanto el Contrato como el derecho real de usufructo.

8. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO CONSECUENCIA DE LA TERMINACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO

8.1. Posición de las Partes

8.1.1. Posición de la Convocante en Reconvención

660. En la demanda de reconvención reformada, UFINET solicita que, como consecuencia de la terminación judicial del Contrato por el incumplimiento grave de AIR-E, se declare que la Convocada en Reconvención es civilmente responsable por los perjuicios que dicha conducta le ha generado y que se condene a AIR-E al pago de la indemnización correspondiente, por los siguientes conceptos: (i) daño emergente futuro, que consiste en los gastos en los que UFINET tendrá que incurrir para utilizar la infraestructura de AIR-E; (ii) lucro cesante consolidado, relativo a los ingresos que UFINET dejó de percibir desde la comunicación de la terminación unilateral del Contrato; y (iii) lucro cesante futuro, por los ingresos que UFINET habría percibido hasta la finalización del plazo del Contrato. En concreto, la Convocante en Reconvención formuló de manera principal las siguientes pretensiones:

"Séptima pretensión principal: Como consecuencia de las anteriores pretensiones, declare que Air-e es civilmente responsable por los perjuicios ocasionados a Ufinet por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Octava pretensión principal: Condene a Air-e al pago de veintitrés mil ochocientos cuarenta y siete millones de pesos (COP\$ 23.847.000.000), por concepto de daño emergente futuro, por los gastos en los que tendrá que incurrir Ufinet para utilizar la infraestructura eléctrica de Air-e, con ocasión de la terminación del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Novena pretensión principal: Condene a Air-e al pago de ciento noventa y cuatro millones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y un pesos (COP\$ 194.522.261), por concepto de lucro cesante

consolidado, por los ingresos dejados de percibir por Ufinet, con ocasión del incumplimiento de Air-e al Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01.

"Décima pretensión principal: Condene a Air-e al pago de sesenta y cuatro mil treinta y dos millones de pesos (COP\$ 64.032.000.000), por concepto de lucro cesante futuro, derivado de los ingresos que Ufinet habría percibido durante el plazo restante del Contrato de Cesión de Uso-Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01".

661. La Convocante en Reconvención fundamenta sus pretensiones, en síntesis, en que había elaborado un plan de negocios que tenía previsto ejecutar durante cincuenta (50) años, que consistía en la explotación de la Infraestructura Eléctrica de propiedad de AIR-E *"para su propio provecho y el de terceros mediante la suscripción de contratos de uso de infraestructura"*. No obstante, los incumplimientos que le atribuye a la Convocada en Reconvención, y con fundamento en los que solicitó la terminación del Contrato, habrían frustrado tales proyecciones.

662. En el juramento estimatorio incorporado en la demanda de reconvención reformada, UFINET cuantificó y discriminó cada uno de los rubros que comprenden la indemnización de perjuicios que solicita, en los siguientes términos: (i) la suma de \$23.847.000.000 por concepto de daño emergente futuro, que corresponde a las erogaciones en las que UFINET tendrá que incurrir por hacer uso de la Infraestructura Eléctrica de AIR-E y que se concretan en el pago de la tarifa que se le cobraría para el efecto, gasto en el que UFINET no tendría que incurrir si el Contrato y su derecho real de usufructo se hubieran mantenido vigentes; (ii) la suma de \$194.522.261 por concepto de lucro cesante consolidado, que corresponde al valor de los ingresos que UFINET ha dejado de percibir desde la fecha en la que AIR-E intentó dar por terminado el Contrato, para cuyo cálculo la Convocante en Reconvención tuvo en cuenta los contratos celebrados con terceros *"cuyo rompimiento causó Air-e"*; y (iii) la suma de \$64.032.000.000 por concepto de lucro cesante futuro, que corresponde a los ingresos que UFINET dejará de percibir como consecuencia de la terminación del Contrato, calculados por el periodo durante el cual el Contrato habría continuado vigente, que, según lo sostiene UFINET, se extendería hasta el 31 de mayo de 2051.

663. En sus alegatos de conclusión, UFINET señaló que se habrían acreditado los daños cuya reparación reclama, que estarían soportados en el dictamen pericial elaborado por Mejoracinco S.A.S. (en adelante, "MEJORACINCO"). En

relación con los cálculos del perito y sus fundamentos, la Convocante en Reconvención destacó lo siguiente: (i) que el daño emergente futuro estaría conformado por los gastos en los que UFINET tendría que incurrir por el arrendamiento de los puntos de apoyo para la utilización de la red, y por el uso del espacio en las subestaciones eléctricas y la energía requeridos para los equipos instalados en ellas; (ii) que el lucro cesante consolidado estaría basado en los contratos suscritos con los clientes PRST que terminaron como consecuencia de la conducta de AIR-E, cuyo valor fue determinado por el perito; y (iii) que el lucro cesante futuro estaría fundamentado en los ingresos que UFINET percibiría si el Contrato continuara vigente, calculados con base en la metodología del flujo de caja operacional compuesto por los ingresos del Contrato, los costos del Contrato, los gastos de administración y ventas, y el capital de trabajo. Todas las cifras de futura causación se habrían traído a valor presente con base en una tasa de descuento aplicada al 1° de enero de 2022.

664. Finalmente, UFINET se refirió a las críticas incorporadas en el dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG Advisory, Tax & Legal S.A.S. (en adelante, "KPMG") y aportado por AIR-E. Sobre el particular, resaltó, en síntesis, los siguientes puntos: (i) que las críticas de KPMG parten del supuesto de que lo que se estaría valorando en el caso es una empresa, cuando en realidad lo que es objeto de análisis son los efectos económicos de la terminación de un contrato pactado a largo plazo; y (ii) que en la audiencia de contradicción se demostró la falta de idoneidad del perito, quien no tenía claridad sobre las diferencias entre el lucro cesante y el daño emergente.

8.1.2. Posición de la Convocada en Reconvención

665. En la contestación a la reforma de la demanda de reconvención, AIR-E se opuso, de manera general, a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena, tanto principales como subsidiarias y comunes de UFINET, porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico.

666. En particular, respecto de la indemnización de perjuicios solicitada por UFINET, la Convocada en Reconvención propuso la excepción de mérito que denominó "4.6. *Los perjuicios solicitados son puramente hipotéticos*", en la que, luego de hacer referencia a los requisitos para que un daño sea resarcible, manifestó lo siguiente: (i) que el daño emergente futuro no cuenta con respaldo probatorio alguno, además de que UFINET, con posterioridad a la comunicación de 9 de marzo de 2021, continuó utilizando la infraestructura eléctrica de AIR-E sin pagar contraprestación alguna, por lo que no ha sufrido un daño emergente; y (ii) que el lucro cesante, consolidado y futuro, es hipotético o eventual,

comoquiera que parte de un supuesto de hecho que no es verificable, esto es, el margen de ingresos proyectado en el tiempo que UFINET asume que devengaría durante el plazo restante del Contrato, margen que está sujeto a incertidumbres como el comportamiento del mercado y de la economía, y las regulaciones estatales sobre el sector energético y las tarifas, entre otras variables.

667. Adicionalmente, AIR-E objetó el juramento estimatorio incluido en la demanda de reconvencción reformada. En su objeción, la Convocada en Reconvencción manifestó, en esencia, lo siguiente: (i) que el perjuicio reclamado es puramente hipotético, reparo que fundamentó en los mismos argumentos expuestos en la excepción de mérito que denominó “4.6. *Los perjuicios solicitados son puramente hipotéticos*”; (ii) que, en lo relativo al lucro cesante futuro, se hace referencia, de manera general, a los “ingresos”, pero no se precisa si estos corresponden a la utilidad esperada, lo que haría imposible determinar la forma en la que se hizo la cuantificación respectiva; (iii) que el margen de utilidad que UFINET emplea para el cálculo del lucro cesante no se encuentra debidamente razonado, pues no se explicitó cuál es dicho margen ni la metodología para su cálculo; y (iv) que no se aplicaron de forma adecuada los procesos de cuantificación de los daños futuros, toda vez que no se descontó el interés puro civil del 6% causado entre la fecha de la liquidación y la fecha en la que se habría obtenido el ingreso frustrado.

668. En sus alegatos de conclusión, AIR-E reiteró sus argumentos en relación con la falta de certeza de los daños cuya reparación reclama UFINET. Adicionalmente, hizo referencia al dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO, respecto del que señaló que adolecía de las siguientes falencias: (i) el perito no estudió directamente la contabilidad de UFINET, sino que se basó en la información suministrada por la Convocante en Reconvencción para realizar sus estimaciones; (ii) el perito no calculó el lucro cesante consolidado, sino que se limitó a transcribir la cifra suministrada por UFINET; (iii) no se precisó si el perito ha sido designado por UFINET en otros procesos, como lo exige el numeral 6° del artículo 226 del Código General del Proceso; y (iv) no se indicó si los métodos utilizados son diferentes respecto de los que el perito ha empleado en otros dictámenes, de conformidad con el requisito previsto en el numeral 8° del estatuto procesal. Por lo anterior, AIR-E considera que el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO debe ser desestimado.

8.2. Problema jurídico

669. Teniendo en cuenta que el Tribunal concluyó que las pretensiones tercera a sexta principal de la demanda de reconvencción reformada están llamadas a

prosperar, y precisada la posición de las partes en los términos anteriormente expuestos, el problema jurídico que le corresponde resolver al Tribunal consiste en determinar si UFINET tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que reclama por la terminación judicial del Contrato como consecuencia del incumplimiento grave de AIR-E, por concepto de daño emergente futuro, lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro.

670. En caso afirmativo, respecto de cada daño el Tribunal deberá determinar su cuantía de conformidad con lo que efectivamente se haya probado en proceso.

8.3. Consideraciones

671. Para efectos de resolver la problemática relativa a la reparación de perjuicios solicitada por UFINET, el Tribunal procederá de la siguiente manera: (i) en primer lugar, se estudiará el régimen jurídico aplicable a la obligación indemnizatoria con referencia particular a los criterios que la jurisprudencia ha establecido para la reparación del daño emergente y del lucro cesante; (ii) seguidamente se analizarán las particularidades de la indemnización de los perjuicios que se causan por la terminación contractual por incumplimiento, su contenido y alcance, especialmente cuando se trata de contratos de duración a término fijo; (iii) a continuación, se plantearán las conclusiones del Tribunal respecto de la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas por la Convocante en Reconvención; y (iv) finalmente, se examinarán individualmente los perjuicios cuya reparación pretende UFINET, en el mismo orden en el que fueron propuestas las pretensiones respectivas (daño emergente futuro, lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro), con el propósito de verificar su existencia y determinar su cuantía, con fundamento en las pruebas allegadas al proceso.

8.3.1. Aspectos generales de la indemnización de los perjuicios patrimoniales

672. En general, en los procesos en los que se debate la responsabilidad civil, sea contractual o sea extracontractual, el propósito del demandante es obtener la reparación de los perjuicios que considera haber sufrido como consecuencia del hecho imputable al demandado.

673. En relación con los criterios que deben observarse respecto de la reparación de los perjuicios que un sujeto ha causado a otro, los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso disponen que, en la valoración de los daños, el juez debe atender a los principios de reparación

integral y equidad, además de observar los parámetros actuariales y financieros que sean del caso.

674. De conformidad con la doctrina, el daño "es el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"²³⁶.

675. En sentido semejante, la jurisprudencia civil ha indicado lo siguiente:

"2.1.1. El daño, como el elemento nuclear de la responsabilidad, consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima.

"Se trata de «una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio» (CSJ, SC10297, 5 ag. 2014, rad. n.º 2003-00660-01; reiterada SC2758, 16 jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01).

"En otras palabras, «es todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01)"²³⁷.

676. Es claro, entonces, que el daño resarcible se manifiesta en las consecuencias adversas que un sujeto padece en virtud de la afectación que se produce en un interés personal de carácter lícito. En algunas ocasiones se presentan detrimentos en los que el respectivo menoscabo se proyecta en la esfera económica de la víctima, pues se trata de daños estimables en dinero; en contraste, en otras situaciones, los daños corresponden a las consecuencias lesivas vinculadas con la personalidad del sujeto o con su esfera espiritual o

²³⁶ Zannoni, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires (2005). Pág. 1.

²³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC282-2021 de 15 de febrero de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

afectiva. En el primer caso se tratará de daños patrimoniales y en tal supuesto la reparación o el resarcimiento procurará dejar a la víctima en la situación patrimonial en la que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido; en el segundo, se estará en presencia de daños extrapatrimoniales, en relación con los cuales la respuesta del ordenamiento, también pecuniaria por regla general, buscará brindarle al damnificado una compensación o satisfacción que le haga más llevadera la lesión que ha sufrido en sus bienes vitales o en su esfera afectiva.

677. Como requisitos del daño resarcible se señala que: (i) este debe ser *cierto* (deben existir elementos de juicio suficientes que permitan concluir que el daño es real, es existente, o es verosímil, de manera actual o potencial); (ii) debe ser *personal* de quien demanda la reparación; (iii) debe ser imputable al demandado, de donde se concluye que el daño debe ser *directo*; y (iv) debe tratarse de una afectación que la víctima no tenga el deber de soportar, por lo que se indica que debe ser *antijurídico*.

678. En relación con los requisitos del daño resarcible, es pertinente precisar que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se ha considerado indemnizable el que la doctrina denomina “daño consecuencia”, esto es, las repercusiones negativas, disvaliosas o desfavorables que se derivan de la vulneración del interés jurídico —que corresponden a lo que un sector de la doctrina denomina “perjuicio” en sentido estricto—, por oposición al que se conoce como “daño evento”, definido como la lesión a un derecho, bien o interés jurídico tutelado por el ordenamiento²³⁸.

679. Ahora bien, como es suficientemente conocido, los daños patrimoniales admiten una primera gran subclasificación recogida por el ordenamiento jurídico nacional en el artículo 1614 del Código Civil.

680. (i) En primer término, está el daño emergente, que se manifiesta como un empobrecimiento o disminución del patrimonio, sea por un menor valor del “activo” o por un incremento del “pasivo”. Igualmente, se hace referencia a que el daño emergente se puede materializar en los gastos o desembolsos que se hayan hecho o deban hacerse por causa del hecho dañoso.

681. Sobre esta modalidad del daño patrimonial, ha indicado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

²³⁸ Naveira Zarra, Maita María. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid (2006). Pág. 45.

"El señalado detrimento corresponde técnicamente a la noción de daño emergente, el cual ha sido entendido como 'un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales' (Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Ed. Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina, Novena Edición. 1997. Pág. 170.), que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales -por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los bienes que lo conforman-, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito.

"Al respecto, ha señalado la jurisprudencia nacional que '[e]l daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad' (Cas. Civ., sentencia del 29 de septiembre de 1978, citada en el fallo del 28 de junio de 2000, expediente No. 5348, en el que se reiteró ese mismo criterio;...)"²³⁹.

682. (ii) Pero también el daño patrimonial puede exteriorizarse como un lucro cesante, esto es, como una frustración o privación de incrementos patrimoniales, tales como menores ingresos o disminución o eliminación de ganancias o provechos. Es, en síntesis, la ganancia, provecho o utilidad que deja de obtenerse como consecuencia del ilícito. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, *"el lucro cesante ha de concretarse en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia o provecho, que ya devengaba o que habría obtenido la víctima según el curso normal de las cosas o de las circunstancias del caso concreto (...)"²⁴⁰.*

683. Desde otro punto de vista, el daño patrimonial se puede clasificar en daño actual o consolidado y en daño futuro, dependiendo de si el mismo se ha concretado o no al tiempo de la sentencia o del acuerdo transaccional que ponga fin a la diferencia entre las partes.

684. Respecto del daño futuro resarcible se destaca que este tipo de perjuicio debe estar dotado de las condiciones de certeza que se exigen a todo daño, analizadas, en todo caso, teniendo en cuenta que se trata de un perjuicio que para la fecha de la sentencia no se ha realizado o concretado, razón por la cual

²³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de septiembre de 2011. Exp. No. 19001-3103-003-2005-00058-01.

²⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2008. Exp. No. 88001-3103-002-2005-00031-01.

tal exigencia debe interpretarse como una "certeza relativa"²⁴¹ o como una "razonable probabilidad"²⁴² sobre su existencia, en la medida en que las circunstancias actuales, debidamente acreditadas, lo presentan "como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, y como susceptibles de estimación inmediata"²⁴³.

685. En consecuencia, si el propósito de la reparación es procurar dejar al perjudicado en la situación en la que se encontraría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, esto exige que se le indemnice no sólo la disminución o menoscabo sufrido en su patrimonio, sino también la ganancia que haya dejado de obtener, en uno y otro caso, no solo referidos a los daños consolidados sino también los que en el futuro habrían de causarse.

686. Ahora bien, en relación con el lucro o la ganancia frustrada debe tenerse presente que dicha utilidad o provecho debe valorarse como un concepto neto, en el sentido de que no puede considerarse como tal el conjunto de los ingresos que tendría el damnificado con su actividad, sino que dicha partida debe depurarse sustrayendo los gastos o desembolsos que la víctima debería realizar para obtenerlos. Como señala el profesor Díez Picazo, "[l]os lucros frustrados deben entenderse como ganancia líquida en aquellos casos en que perjudicado para obtenerlos hubiera tenido que llevar a cabo desembolsos que el evento dañoso hace innecesarios"²⁴⁴.

687. En el mismo sentido, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente:

"Como puede apreciarse en la experticia así reseñada, la auxiliar de la justicia pretendió determinar la productividad del camión tomando como referente el contrato de distribución; empero, ignoró que las reglas de la experiencia indican que para realizar esa tarea debía atender elementales postulados lógicos y financieros para efectos de establecer las utilidades de una actividad, particularmente, la necesidad de considerar y deducir los costos y gastos de la misma, entre otros factores.

"8. Al respecto no puede olvidarse que, según se colige de lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 2649 de 1993, los costos y gastos de una operación económica corresponden a conceptos distintos, toda

²⁴¹ De Cupis, Adriano. *El daño*. Ed. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona (1975). Pág. 315.

²⁴² Vicente Domingo, Elena. *El Lucro cesante*. Editorial Reus. Madrid (1975). Págs. 41 y ss. Parra Lucán, María Ángeles. *La indemnización del lucro cesante*. Revista de Derecho Privado. No.1, enero – febrero de 2019. Editorial Reus. Madrid. Pág. 84.

²⁴³ Zannoni, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 101.

²⁴⁴ Díez Picazo, Luis. *Derecho de Daños*. Editorial Civitas. Madrid (1999). Pág. 324.

vez que los primeros 'representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos', mientras que los segundos 'representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un período que no provienen de los retiros de capital o de utilidades excedentes' (artículos 39 y 40 *Ibíd*em).

(...)

"Quiérese significar, entonces, que de los ingresos brutos resultantes de la venta de bienes o servicios debe descontarse, entre otros aspectos (como el valor de las devoluciones, rebajas o descuentos concedidos), el monto de los costos y gastos operacionales de administración y ventas, sin olvidar los impuestos a que hay lugar. Por consiguiente, la utilidad de una operación económica se establece a partir de la fijación de los ingresos que reporta, a los que hay que deducir el costo de enajenación y los diversos gastos en los que incurre quien la realiza. (...)"²⁴⁵.

688. Ahora bien, en relación con los daños futuros y, particularmente, con el lucro cesante, en sentencia de 4 de marzo de 1998 la Corte Suprema de Justicia precisó los parámetros básicos para su valoración, que han permanecido constantes en la jurisprudencia civil. Entre ellos se destaca el criterio restrictivo y prudente que tradicionalmente se ha aplicado para su reconocimiento:

"1. Sabido es que en los daños patrimoniales tomados como objeto de indemnización, ha de computarse no sólo la disminución efectiva que sufra el perjudicado en sus bienes (*damnum emergens*), sino también aquellos aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) con que al mismo perjudicado le era dado contar pues, atendiendo al curso normal de las cosas y vistas las circunstancias del caso concreto, se habrían producido de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad. Desde antiguo y con apoyo en conocidos textos romanos, tiene declarado la jurisprudencia que la idea fundamental inspiradora de las normas en esta materia, consistente en procurar que de ser posible el perjudicado sea restituido a la misma situación

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. Exp. No.70001 3103 004 1999 00403 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

en que actualmente se encontraría de no haber mediado ese hecho dañoso, exige que también reciban adecuada compensación las mermas de ganancia aludidas y, en el ordenamiento positivo vigente en el país, así lo señalan en forma expresa los artículos 1613 y 1614 del Código Civil al reconocer, en línea de principio por lo menos, el 'lucro cesante' como una de las modalidades en que puede manifestarse el daño patrimonial indemnizable, modalidad que por su propia índole, no puede operar sino dentro de severas restricciones algunas de las cuales, a juicio de la Corte y porque es necesario hacerlo frente al cargo en estudio, ahora corresponde recordar.

"a) Sea lo primero advertir que salvo contados eventos de verdadera excepción (...), nunca ha sido tarea fácil demostrar detrimentos económicos de esta naturaleza y su real extensión, pues (...) el lucro cesante, al decir de los expositores, '...participa de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios...', toda vez que '...el único jalón sólido de razonamiento es la frustración de aquellos hechos de que hubiera brotado con seguridad la pérdida ganancia, de no haberse interpuesto el evento dañoso. Pero siempre cabrá la duda, más o menos fundada, de si, a no ser esa, otra circunstancia cualquiera hubiera venido a interrumpir el curso normal de las cosas. Sería demasiado severo el derecho si exigiese al perjudicado la prueba matemática irrefutable de que esa otra posible circunstancia no se habría producido, ni la ganancia hubiera tropezado con ningún otro inconveniente. Mas, por otra parte, la experiencia constante nos enseña que las demandas de indemnización más exageradas y desmedidas tienen su asiento en ese concepto imaginario de las ganancias no realizadas. Incumbe, entonces, al derecho separar cuidadosamente estos sueños de ganancia (...) de la verdadera idea de daño...' (Hans A. Fischer. Los Daños Civiles y su Reparación. Cap. 1, B, num. 4).

"Así, pues, ante la necesidad de que la indemnización por fijar se adecue al postulado que acaba de indicarse, salta a la vista que el problema que entraña la determinación del 'lucro cesante' se encuentra fincado en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho en que se sustenta la pretensión resarcitoria, luego en este terreno no queda otra alternativa que conformarse por lo general con juicios de probabilidad objetiva elaborados hipotéticamente tomando como referencia procesos causales en actividades análogas, juicios que en consecuencia, no deben

confundirse con la existencia de simples posibilidades más o menos remotas de realizar ganancias puesto que, según se dejó dicho líneas atrás y no sobra insistir en el punto, para los fines de la indemnización del daño en la forma de lucro frustrado, el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta quiméricas conjeturas en cuanto tales acompañadas de resultados inseguros y desprovistos de un mínimo de razonable certidumbre; ‘...la posibilidad de importantes ganancias, abonada apenas por una exigua probabilidad, y la de ganancias insignificantes relacionada con una gran verosimilitud —explica en afortunada síntesis el expositor recién citado—, si bien pueden adoptar una relación económica equivalente, sin embargo la ley sólo aprecia como lucro frustrado la segunda...’.

“b) En este orden de ideas, dando por supuesto desde luego que en el ámbito patrimonial la indemnización no debe exceder los detrimentos ciertos experimentados por quien la reclama y que además reconozcan su causa adecuada en el hecho que al responsable le es imputado, la jurisprudencia se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del ‘lucro cesante’ y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. (...)”²⁴⁶.

689. Como se puede observar, la jurisprudencia aconseja evaluar el lucro cesante con un “*prudente sentido restrictivo*” con el fin de que no se terminen reparando los perjuicios meramente hipotéticos o eventuales, caracterizados por la ausencia de certidumbre. Sin embargo, como la propia sentencia antes reseñada lo destaca, el excesivo rigor podría conducir a negar siempre la indemnización de un daño futuro, el que por definición carecería de certeza, entendida esta como realidad y efectiva verosimilitud del daño. Por esa razón, como ya se ha señalado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han optado

²⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 4921 de 4 de marzo de 1998. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos. Dentro de los más recientes pueden verse la sentencia de 2 de noviembre de 2021. M.P. Francisco Ternera Barrios. Exp. 15322-31-03-001-2015-00078-01.

por flexibilizar el requisito de certeza respecto de los daños futuros, para efectos de analizar la situación en términos relativos o con criterio de razonabilidad.

690. Al respecto, el pensamiento de la jurisprudencia puede condensarse en el siguiente segmento:

"(...) el daño actual, o sea, aquel cuya realidad perceptible es constatada con certeza objetiva en su materialidad, al momento de su ocurrencia o del fallo, y, el daño futuro que, en proyección de situaciones consolidadas o de concretas situaciones entonces existentes en vía de consolidarse, acaecerá en el porvenir según una verosímil, fundada y razonable previsión, es reparable por cierto.

"En este contexto, el lucro cesante como preconiza la jurisprudencia reiterada de esta Corporación y entendió el ad quem, parte de 'una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado', es 'indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente' (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008, [S-055-2008], exp. 11001-3103-038-2000-01141-01), es decir, es menester una situación concreta, real y sólida al instante del detrimento a consecuencia de cuya ruptura se prolonga en el tiempo el efecto nocivo o, a lo menos, una situación cierta en proceso de consolidación en la época del evento dañino, hipótesis en la que, por supuesto, se requiere previamente constatar su existencia para proyectar la privación de las utilidades.

"De este modo, el lucro cesante implica el quebranto de un interés lucrativo por su naturaleza intrínseca o por disposición legal o negocial, generador de una utilidad que se percibe o percibiría y deja de percibirse a consecuencia del daño, es decir, obedece a una situación real, susceptible de constatación física, material u objetiva, y excluye la eventualidad de hipotéticas ganancias, cuya probabilidad es simplemente utópica o remota"²⁴⁷.

691. Es evidente, entonces, que para poder determinar la existencia de un lucro cesante futuro deberá evidenciarse: (i) una situación actual verificable y cierta;

²⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de septiembre de 2010. Exp. No. 17042-3103 001-2005-00103-01.

(ii) una proyección del curso normal u ordinario de los acontecimientos; y (iii) un grado razonable de probabilidad respecto de la percepción de los ingresos futuros.

692. Finalmente, debe destacarse que los métodos de valoración del lucro cesante en actividades empresariales no han sido desarrollados por la jurisprudencia civil. Sin embargo, en sentencia de 14 de noviembre de 2008, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó al respecto lo siguiente:

“Desde esa perspectiva, el juzgador, estando cabalmente demostrado el daño, ante las dificultades probatorias para tasar un lucro cesante del que se tiene certidumbre o una alta probabilidad objetiva de acaecimiento -lucro cesante futuro-, debe acudir a los métodos de evaluación desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina y que permiten establecerlo, ya sea por analogía o comparación, o por proyección o modelización. El primero impone la adopción de un referente que refleje la afectación de la actividad a causa del hecho dañino, trátase usualmente del índice de negocios celebrados con anterioridad, en una situación similar a la que existía al momento de producirse éste; y en el segundo de ellos, se busca describir cómo hubiere funcionado la empresa si el daño no se hubiere producido, comparándolo con la situación realmente afrontada por ésta, sistema al cual solamente suele acudirse cuando no es posible comparación con modelos anteriores, como acontece con la fabricación frustrada de productos novedosos”²⁴⁸.

693. En sede arbitral, particularmente en el arbitraje internacional, se ha señalado que para la valoración de los daños en controversias empresariales se deben utilizar, por regla general, métodos técnicos, de carácter financiero, con el fin de estimar los detrimentos que se reclaman en conflictos que ordinariamente son de naturaleza contractual. Se ha indicado al respecto que pueden utilizarse métodos prospectivos y métodos retrospectivos. Los primeros están dirigidos a establecer el valor de un activo con fundamento en su potencialidad para generar utilidades en un futuro predecible; y los segundos, tienen como propósito establecer el valor con base en los gastos relacionados con inversiones pasadas.

694. En ese contexto, se ha señalado que los principales enfoques prospectivos son los siguientes: (i) enfoque de ingresos: en el que “[e]l valor de un activo o

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. Exp. No.70001 3103 004 1999 00403 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

*negocio se determina mejor mediante el cálculo del flujo de ingresos o beneficios que dará a su propietario, descontado al valor presente utilizando una tasa de descuento apropiada*²⁴⁹, que refleje los riesgos asociados a la generación de tales beneficios. En este enfoque, el método más usual es el denominado método del flujo de caja descontado, pues explica la doctrina que, *“cuando se aplica el enfoque de los ingresos, la teoría de la valoración de la empresa determina el valor de un negocio mediante la determinación del valor presente de sus flujos de caja netos futuros. Dado que el requisito de la indemnización integral se interpreta en general como situar a la parte perjudicada en la misma situación económica (es decir, financiera) en la que se habría encontrado de no haber sido por el hecho ilícito, la metodología y los enfoques ampliamente aceptados para la valoración de empresas también se aplican en la determinación de los daños y perjuicios”*.²⁵⁰; y (ii) el enfoque basado en el mercado: en el que el valor de un activo o negocio se determina mejor con *“referencia al valor de otros proyectos o compañías de magnitudes similares, cuyo valor en el mercado es conocido o puede inferirse”*²⁵¹.

695. Y en cuanto a los métodos retrospectivos más importantes, se señala que ellos son: (i) el enfoque de costos: mediante el cual se puede determinar cuáles fueron los costos en los que se incurrió para llevar a cabo una inversión; y (ii) el enfoque basado en activos, en el que se determina el valor contable o el valor de reemplazo del activo de que se trate.

8.3.2. Particularidades de la indemnización de los perjuicios que se causan por la terminación por incumplimiento en los contratos de duración a término fijo, su contenido y alcance

696. Es suficientemente conocido que la responsabilidad civil contractual corresponde a la obligación indemnizatoria que surge como consecuencia de los daños causados por el incumplimiento de deberes jurídicos singulares y concretos, existentes previamente entre personas determinadas²⁵². En la

²⁴⁹ Bedoya Denegri, Alonso. *Cuantificando los Daños en Arbitrajes de Inversión*. Arbitraje PUCP Año 8 N° 8. Pág. 31.

²⁵⁰ Traducción libre. El texto original es el siguiente: *“When applying the income approach, the theory of business valuation determines the value of a business by assessing the present value of its future net cash flows. Since the requirement of full compensation is generally interpreted to put the damaged party into the same economic (i.e., financial) situation it would have been in but for the wrongful act, the methodology and approaches widely accepted for business valuation are also applied in the determination of damages”*. Demuth, Alexander. *Income Approach and the Discounted Cash Flow Methodology*. Capítulo en: Trens, John A. (coord.). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Ed. Law Business Research Ltd. Londres (2020). Pág. 204.

²⁵¹ Bedoya Denegri, Alonso. *Op. Cit.* Pág. 31.

²⁵² Santos Ballesteros, Jorge, *Responsabilidad civil*. Tomo I. Parte General. 3.ª ed. Ed. Pontificia Universidad Javeriana y Temis. Bogotá (2012). Pág. 200.

mayoría de las situaciones, se trata del incumplimiento de obligaciones de origen contractual²⁵³.

697. De conformidad con el régimen legal, los contratos legalmente celebrados obligan a su cumplimiento de buena fe (artículos 1602 y 1603 del Código Civil), y, por lo tanto, ellos obligan no solo a los compromisos expresamente pactados, sino también a la observancia de los deberes secundarios o complementarios de conducta que sean necesarios para la plena satisfacción del interés del acreedor²⁵⁴.

698. En atención a lo dispuesto en los artículos 1613, 1614 y 1615 del Código Civil, cuando se presenta el incumplimiento del deudor y este ha sido constituido en mora, el acreedor puede demandar la indemnización de los daños que el incumplimiento del obligado le haya ocasionado, en particular, el daño emergente y el lucro cesante.

699. Por regla general, el acreedor que ha visto lesionado su derecho de crédito puede reclamar la reparación de los daños que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; sin embargo, el obligado deberá reparar también los perjuicios imprevisibles si se establece que su comportamiento puede ser calificado como doloso, efecto este que se extiende al incumplimiento gravemente culposo (artículo 1616 del Código Civil, en concordancia con el artículo 63 *ejusdem*)²⁵⁵. Es pertinente precisar que, en uno y otro caso, debe tratarse de perjuicios directos, esto es, según ya se ha señalado, de aquellos detrimentos que puedan ser imputados fáctica y jurídicamente al comportamiento del deudor.

700. De manera general, los requisitos para que se decrete una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de obligaciones de origen contractual son los siguientes: (i) que se acredite la existencia de un vínculo jurídico singular y concreto del que hayan surgido obligaciones para las partes involucradas; (ii) el incumplimiento total o parcial, el cumplimiento defectuoso o el retardo en la ejecución de una o varias de tales obligaciones; (iii) un daño o perjuicio padecido por el acreedor; (iv) un factor de atribución, por regla general subjetivo y

²⁵³ En relación con la terminología "responsabilidad civil contractual", la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "*su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos*" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de mayo de 1970. *Gaceta Judicial*, tomo CXXXIV, núms. 2326-2327-2328. M.P. Guillermo Ospina Fernández).

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Exp. No. 20001-3103-005-2005-00025-01.

²⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de febrero de 2021. Exp. No. 20001-3103-005-2005-00025-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 9 de diciembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

excepcionalmente objetivo, cuya demostración y la carga respectiva dependerán de la naturaleza de las obligaciones incumplidas, esto es, si ellas son de medio o de resultado; (v) una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño sufrido por el acreedor; y (vi), por último, la mora del deudor²⁵⁶.

701. Ahora bien, es sabido que el incumplimiento del deudor activa la posibilidad de que el acreedor haga efectiva una serie de prerrogativas o derechos enderezados a la satisfacción de su interés, que se conocen generalmente como medios de tutela o “remedios del acreedor”. Dentro de estos derechos o prerrogativas se destacan, para los efectos del estudio a cargo del Tribunal, la resolución o terminación contractual y la indemnización de perjuicios. Ya el panel arbitral se ha pronunciado *in extenso* sobre la facultad de terminación unilateral por incumplimiento de una de las partes del negocio jurídico y sobre la resolución judicial que puede solicitarse con ese mismo fundamento. E, igualmente, las características básicas de la obligación indemnizatoria por incumplimiento contractual fueron delineadas en los párrafos anteriores. Procede, entonces, el Tribunal a precisar los elementos básicos de la obligación indemnizatoria que corresponde decretar cuando una de las partes de un contrato incumple sus compromisos de prestación de manera grave o esencial, causando daños resarcibles al otro contratante.

702. El incumplimiento contractual que da lugar a la resolución o terminación del contrato permite que la parte cumplida solicite, adicionalmente, la indemnización de los perjuicios que el comportamiento ilícito de su contraparte le generó. Se señala, en términos generales, que los perjuicios que pueden reclamarse en el escenario de la responsabilidad civil contractual pueden corresponder, por una parte, al interés contractual negativo o *de confianza*, si el demandante solicita que se le ubique en la situación más semejante posible a aquella que tendría si el contrato no se hubiera celebrado; o, por otra parte, al interés contractual positivo o *de cumplimiento*, cuando la pretensión del actor se concreta en que la reparación del daño lo sitúe como estaría si el contrato se hubiera cumplido en tiempo y forma²⁵⁷.

703. En el caso particular de la resolución contractual se discute por un sector doctrinal si esta puede ir acompañada de la indemnización del interés contractual positivo, pues, por los efectos retroactivos de la resolución, el contrato

²⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Exp. No. 4700131030052006-00045-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ver también: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2142-2019 de 18 de junio de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

²⁵⁷ Llamas Pombo, Eugenio. *Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción*. Revista de la asociación española de abogados especializados en Responsabilidad civil y seguros. Año 2013. Nº 45. Pág. 19.

desaparece y, con él, el fundamento para que la parte que la solicite pida el reconocimiento de prestaciones relacionadas con el cumplimiento del contrato, sea *in natura* o mediante una indemnización de carácter compensatorio. Sin embargo, se señala por el sector mayoritario de la doctrina que "(...) *la vinculación contractual es, ante todo, la garantía del resultado de la satisfacción del interés del acreedor. La resolución del contrato no priva totalmente de eficacia al mismo. No impide que el obligado siga teniendo que garantizar el resultado de satisfacción del interés del otro contratante, conforme a las exigencias del contrato*"²⁵⁸. En este contexto, la resolución contractual no impediría que el contratante cumplido pueda solicitar que se le repare el interés lesionado consistente en obtener el provecho o la ganancia que habría derivado si el contrato se hubiera cumplido.

704. En esta materia es importante precisar, según se advirtió en acápites anteriores, que cuando se trata de contratos de ejecución sucesiva o periódica, el efecto de la terminación contractual no puede ser retroactivo, dada la naturaleza de las prestaciones de las partes, razón por la cual en tales supuestos no se alude, específicamente, a *resolución* del contrato, sino a su *terminación*, con la cesación de los efectos que el negocio podría producir hacia el futuro.

705. Al respecto, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente:

*"(...) la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto -efectos ex tunc-, y contrario sensu, la terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódica, sucesiva o continuada, también llamados contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de las obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino sólo hacia el porvenir -efectos ex nunc-, o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo"*²⁵⁹.

706. En consecuencia, en el escenario de la resolución o terminación contractual por incumplimiento es factible que a dicha pretensión el contratante cumplido adicione una reclamación por los perjuicios causados, que podría

²⁵⁸ Morales Moreno, Antonio-Manuel. *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Ed. Ibáñez. Bogotá (2016). Págs. 111-112.

²⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Exp No. 2002-00007.

incorporar el interés contractual positivo, referido a la utilidad neta que el contrato le habría reportado. Como lo ha precisado el profesor Antonio Manuel Morales Moreno, “[l]a responsabilidad contractual toma en consideración, fundamentalmente, el interés que surge del contrato (fin de protección del contrato), los beneficios o ventajas que cada contratante tiene derecho a obtener de él frustrados por el incumplimiento”²⁶⁰.

707. Por otra parte, en cuanto a la vigencia temporal de los contratos y a su incidencia en la indemnización por incumplimiento, se destaca que aquellos pueden clasificarse en contratos de ejecución instantánea, diferidos o no en su cumplimiento, por una parte, y en contratos de ejecución periódica, sucesiva o continuada, por la otra. En estos últimos, también denominados *contratos de duración*, el término de su vigencia puede ser definido o indefinido, pues es evidente que la vinculación negocial no puede ser eterna o ilimitada en cuanto al aspecto temporal, por lo que en algún momento habrán de llegar a su fin.

708. Sobre los primeros, esto es, sobre los contratos de duración definida, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente:

“3. La terminación unilateral puede presentarse en contratos de duración definida o indefinida.

“Una difundida opinión los distingue en de ejecución instantánea o sucesiva, continúa, periódica o diferida, y a término definido o indefinido.

“Cuando se cumplen, ejecutan, agotan y terminan en un solo acto, generalmente coincidente con la celebración o asunción de la prestación, son de ejecución instantánea, a diferencia de la sucesiva, prolongada o proyectada en el tiempo, ya continua, ininterrumpida, fraccionada, escalonada, a intervalos o repetida en fechas preestablecidas intermitentes.

“Los de duración definida se pactan desde (dies a quo) y hasta fecha precisa (dies ad quem), a plazo cierto, determinado o concreto, y su sola verificación los termina salvo pacto contrario, término mínimo legal de duración mayor al convenido, fraude a la ley, abuso del derecho o presencia de condiciones normativas para su eficacia extintiva.

²⁶⁰ Morales Moreno, Antonio Manuel. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson Reuters. Madrid (2010). Págs. 18 y 19.

*"En principio, la terminación unilateral anticipada del contrato de duración definida es improcedente y el plazo debe acatarse según corresponde a la estabilidad del vínculo, utilidad de la relación para las partes y función del término definido"*²⁶¹.

709. Si se da por terminado un contrato celebrado a término definido por hechos imputables a una de las partes, la otra parte tiene derecho a obtener la indemnización de los perjuicios que dicho comportamiento ilícito le haya generado, tanto por daño emergente como por lucro cesante, sean estos pasados o futuros, en los términos ya explicados. Sin embargo, surge la inquietud sobre el límite temporal que debe tener la indemnización de los perjuicios futuros en supuestos como el mencionado. En tales casos, el primer criterio que se debe considerar es el contenido del respectivo contrato, pues de sus estipulaciones pueden derivarse parámetros que permitan delimitar los daños futuros resarcibles. A ese respecto, la doctrina, haciendo referencia a varios ejemplos de contratos celebrados a tres o cinco años, indica que cuando los contratos se hayan celebrado por un término definido de duración, el contratante cumplido tiene, en principio, la posibilidad de pedir la indemnización, por ejemplo, *"de las ganancias netas que hubieran podido obtener (...) durante el tiempo restante de duración del contrato"*²⁶².

710. Ahora bien, se han considerado *"problemáticos"* los supuestos en los que el periodo de tiempo en que el contratante cumplido pretenda la indemnización de daños futuros sea bastante más amplio —contratos de larga duración—, caso en el cual el simple plazo del contrato no es el criterio único para determinar la viabilidad de una reparación con esa extensión temporal. Será necesario verificar el interés lesionado con el incumplimiento, que, a su vez, dependerá de la naturaleza del negocio jurídico, todo esto en el contexto del fin de protección del contrato. Corresponderá igualmente analizar la fundamentación de la reclamación en términos de razonabilidad y adecuado soporte técnico. Y, para estos efectos, debe tenerse en cuenta que cuando el deudor lesiona el interés del acreedor responde por todas las consecuencias que fueran previsibles para la época de celebración del contrato. En ese contexto, Elena Vicente Domingo indica que *"[l]a deducción del riesgo inherente a un cambio en el curso de los acontecimientos previstos es una opción sensata para el cálculo de la pérdida de ganancias futuras"*²⁶³.

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

²⁶² Morales Moreno, Antonio Manuel. Op. Cit. Pág. 36.

²⁶³ Vicente Domingo, Elena. El lucro cesante. Editorial Reus S.A. Madrid. 2014. Pág. 91.

711. En relación con esta temática debe recordarse que la disposición establecida en el artículo 1616 del Código Civil, que distingue entre los daños previsibles y los imprevisibles, comporta una excepción al principio de reparación integral, dado que, salvo que al deudor le sea atribuible el incumplimiento a título de dolo o culpa grave, no se le pueden imputar todos los daños que haya padecido el acreedor, sino solamente aquellos que las partes, en el marco de los riesgos asignados en el contrato, hayan previsto o podido prever al tiempo de su celebración.

712. Sobre esta temática, en tiempo reciente la jurisprudencia civil se pronunció en los siguientes términos:

"(i) Al respecto conviene partir de la idea de que, como el incumplimiento achacado a las accionadas derivó de un actuar culposo de sus dependientes, las mismas únicamente deben responder por las utilidades o ganancias que fueran previsibles.

"La previsibilidad, como ya se anticipó, «consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes» [Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Roma, 2010, p. 291].

"A la inversa, será imprevisible «aquello '[q]ue no se puede prever', y prever, a su turno, es '[v]er con anticipación' (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante)» (SC, 27 feb. 2009, rad. n.º 2001-00013-01)"²⁶⁴.

8.3.3. Conclusiones del Tribunal respecto de la prosperidad de las pretensiones indemnizatorias planteadas por la Convocante en Reconvención

713. Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que la pretensión séptima de la demanda de reconvención reformada está llamada a prosperar, en la medida en que se encuentran reunidos los requisitos

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC282-2021 de 15 de febrero de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

para efectuar un pronunciamiento estimatorio respecto de una pretensión de responsabilidad civil contractual en el caso concreto. Con fundamento en las mismas razones de declarará no probada la excepción de mérito propuesta por AIR-E, denominada "4.6. Los perjuicios solicitados son puramente hipotéticos".

714. En efecto, (i) está acreditada la existencia de una relación jurídica previa, de carácter contractual, entre AIR-E y UFINET. (ii) Igualmente quedó establecido, como lo determinó el Tribunal, que AIR-E incumplió en forma sustancial el Contrato al haber ejercido la facultad de terminación unilateral sin dar cumplimiento a lo acordado por las partes en la cláusula decimoquinta del referido negocio jurídico, además de lo cual desarrolló conductas con las que perturbó el derecho real de usufructo que estaba radicado en cabeza de UFINET, entre ellas, aquellas que la Demandante en Reconvención calificó como constitutivas de competencia desleal. (iii) Por otra parte, UFINET ha visto lesionado su interés en el mantenimiento y la culminación natural de un contrato celebrado a largo plazo, del que se derivó un derecho real de usufructo sobre la Infraestructura Eléctrica de propiedad de AIR-E, lesión que le generó diversas consecuencias perjudiciales, que serán objeto de análisis específico en el apartado siguiente. (iv) Los daños reclamados se derivan o son imputables a la conducta de AIR-E, al haber ejercido la facultad unilateral de terminación del Contrato sin cumplir con las exigencias contractualmente convenidas para el efecto. (v) El factor de atribución de la responsabilidad igualmente está establecido, pues AIR-E inobservó el estándar de conducta que le era exigible ya que incurrió en comportamientos que no resultan ajustados a los que se esperan de un buen hombre de negocios o de un empresario profesional, tal y como se especificó en el análisis realizado en el acápite "6. LOS INCUMPLIMIENTOS QUE UFINET LE ATRIBUYE A AIR-E". (vi) Finalmente, AIR-E fue constituido en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención.

715. La indemnización de los perjuicios podrá abarcar el interés positivo, en la medida en que, en los casos de terminación contractual, el ordenamiento debe proteger "la legítima expectativa de ganancia que la parte hubiese obtenido, de mediar un cumplimiento de buena fe"²⁶⁵. A este respecto, destaca el Tribunal que el interés positivo que está en la base de la reclamación indemnizatoria de UFINET nunca fue cuestionado por AIR-E, quien enfocó su defensa en cuanto a

²⁶⁵ Aedo Barrena, Cristian Eduardo. *Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual*. Revista chilena de derecho privado. No. 33. Diciembre de 2019. Pág. 88. El autor cita la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Chile el 22 de mayo de 2019, en el asunto Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A., en el que ese alto tribunal se pronunció en favor del reconocimiento del provecho que un contratante esperaba alcanzar con un contrato celebrado por un plazo de cinco (5) años que fue terminado prematuramente por su contraparte.

este grupo de pretensiones en el carácter hipotético o eventual de los daños o en las deficiencias de los medios de prueba en los que se sustentan las pretensiones.

716. Y respecto de la extensión temporal de la indemnización por los daños futuros reclamados, de cuya prosperidad particular el Tribunal se ocupará en el acápite siguiente, se concluye que los mismos abarcarán los perjuicios que estén debidamente acreditados y cumplan con los requisitos ya explicados, por la duración restante del Contrato, con la limitación indicada de la máxima extensión temporal de un derecho de usufructo constituido a favor de una persona jurídica, esto es, el 2 de marzo de 2045.

717. Las consideraciones básicas para arribar a esta última conclusión son las siguientes:

718. (i) Como ya se ha analizado, las partes acordaron que el contrato de compartición de uso de redes entre ellas perfeccionado fuera un contrato de larga duración. En efecto, el Contrato tenía una duración de cincuenta (50) años contados a partir del 1º de junio de 2001. Sin embargo, según se ha señalado, el Tribunal ha determinado que la duración del Contrato debería ajustarse al término máximo de duración de un derecho de usufructo constituido en favor de una persona jurídica, razón por la cual la relación contractual se habría extendido hasta el 2 de marzo de 2045.

719. (ii) Dada la específica estipulación contractual sobre el término de duración, es factible concluir que, para la época de celebración del Contrato, las partes previeron o debieron prever las consecuencias de un incumplimiento respecto de los términos contractuales, en particular sobre la duración del negocio jurídico ajustado entre ellas. Si lo previsible, según ya se ha señalado, es *“lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato”*, para el Tribunal es claro que para las dos partes del Contrato, empresarios profesionales en sus respectivos campos de actividad, era claramente previsible que si por causa de una de ellas la relación comercial terminaba anticipadamente, las consecuencias perjudiciales de dicho comportamiento podrían extenderse hasta la época en la que se extinguiría el negocio jurídico por el vencimiento de su término de duración.

720. (iii) No se acreditaron en el proceso elementos de juicio de los que el Tribunal pueda inferir que existan o se prevean circunstancias objetivas que puedan llegar a afectar el Contrato y, particularmente, el normal u ordinario

desarrollo que este hubiera podido tener en los siguientes años. La Convocada en Reconvención ciertamente hizo referencia a que los perjuicios reclamados eran hipotéticos en cuanto que, en el caso particular, no era posible establecer el comportamiento del mercado y de la economía, o las regulaciones estatales sobre el sector energético y las tarifas. Si bien esto es cierto, en el proceso no se acreditó ninguna circunstancia objetiva de la que se pueda desprender el sentido o la orientación que puedan tener las mencionadas variables en el futuro, y menos que de ellas se desprenda que el derecho de UFINET a obtener una ganancia, en el marco de un contrato legalmente celebrado, fuera a truncarse o afectarse en forma sustancial. Por el contrario, lo que está probado es que el Contrato se ejecutó durante más de veinte (20) años, con cambios regulatorios y de tarifas, por ejemplo, pero sin una afectación sustancial a las prerrogativas y las obligaciones libremente acordadas por las partes.

721. (iv) El Tribunal destaca que los intereses que UFINET alega lesionados con los incumplimientos de AIR-E no encuentran respaldo solamente en el plano de los derechos personales o de crédito, sino que el acuerdo entre los contratantes dio lugar a que se radicara en el patrimonio de UFINET un *derecho real de usufructo*, con todas las consecuencias que de esa determinación de la autonomía privada se derivan, como que la Demandante en Reconvención incorporó en su activo patrimonial una verdadera potestad para explotar la Infraestructura Eléctrica de AIR-E en los componentes dominicales del uso y del goce, prerrogativa que no solamente debería ser respetada por la sociedad titular de la infraestructura, sino también por el resto de individuos de la comunidad que potencialmente pudieran interferir en el referido disfrute.

722. (v) Aunque no existe una disposición de carácter general que establezca el límite temporal que debe tener la indemnización de perjuicios por la terminación judicial por incumplimiento grave de un contrato celebrado a un término fijo, resulta relevante hacer referencia al artículo 2003 del Código Civil, correspondiente al régimen del arrendamiento de cosas —típico contrato de duración—, en el que el legislador estableció lo siguiente: *“Cuando por culpa del arrendatario se pone término al arrendamiento, será el arrendatario obligado a la indemnización de perjuicios, y especialmente al pago de la renta por el tiempo que falte hasta el día en que desahuciando hubiere podido hacer cesar el arriendo, o en que el arrendamiento hubiere terminado sin desahucio”*. Recuérdese al respecto que, de conformidad con lo establecido en los artículos 2008 y 2009 del Código Civil, el desahucio está establecido para efectos de dar un preaviso dirigido a la terminación de los contratos de arrendamiento en los que no se ha establecido un término de duración. En consecuencia, para los casos en los que el contrato de arrendamiento haya de finalizar al vencimiento del término acordado por las partes, la indemnización a la que hace referencia

el artículo 2003 del Código Civil se extenderá hasta el cumplimiento de dicho término de duración.

723. Lo anterior es indicativo del criterio que ha acogido el legislador en lo que respecta a la extensión de la indemnización de perjuicios en el marco de contratos de duración que terminan de forma anticipada como consecuencia del incumplimiento de uno de los contratantes. Por consiguiente, el Tribunal estima que se trata de un criterio que puede ser tenido en cuenta para la valoración de los daños en casos como el que aquí se discute.

724. (vi) Por otra parte, es pertinente advertir que el deber de mitigación del daño es otro de los parámetros que permite delimitar el alcance de la indemnización de perjuicios, particularmente cuando el daño, por la naturaleza del interés lesionado, es susceptible de prolongarse en el tiempo²⁶⁶. En efecto, en virtud del principio de la buena fe, la parte afectada con el incumplimiento debe adoptar medidas razonables tendientes a evitar que el perjuicio aumente en su magnitud o que se propague hacia otros bienes o intereses suyos. Así las cosas, en el contexto de la terminación de un contrato de larga duración del que el acreedor derivaba un provecho, habrá que analizar si este último cuenta con la posibilidad de desarrollar otra actividad lucrativa semejante y el tiempo que podría tardar en conseguirla, con el propósito de mitigar las afectaciones patrimoniales que podrá padecer por la extinción de aquel. Verificado lo anterior en el presente caso, se encuentra que, en la medida en para la prestación de servicios de telecomunicaciones como los que había venido desarrollando UFINET es indispensable hacer uso de una infraestructura eléctrica, de la que, en el entendimiento que tiene el Tribunal del asunto, AIR-E es la única entidad que cuenta con tal infraestructura en los municipios comprendidos dentro del ámbito geográfico del Contrato, en concepto del Tribunal no resulta razonable considerar que UFINET esté en la posibilidad de establecer una nueva infraestructura propia o de contratarla con un tercero para, de esa forma, conseguir otra alternativa de negocio semejante en dicho territorio.

725. Finalmente, si bien corresponde al fallador valorar el aspecto atinente a la extensión temporal de la indemnización de los daños futuros, para lo cual debe analizar criterios como los anteriormente mencionados, el Tribunal encuentra,

²⁶⁶ Malo Valenzuela, Miguel Ángel. *Remedios frente al incumplimiento contractual*. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid. (2016). Págs. 247 y ss.

además, que en la jurisprudencia nacional²⁶⁷ y en los antecedentes arbitrales²⁶⁸ existen diversos pronunciamientos en los que se ha reconocido al demandante de la reparación de perjuicios futuros el valor de la utilidad neta que el actor habría percibido hasta el vencimiento del término del contrato.

8.3.4. El daño emergente futuro reclamado por UFINET

726. De conformidad con lo expuesto en líneas anteriores, UFINET reclama el pago de la suma de veintitrés mil ochocientos cuarenta y siete millones de pesos (\$23.847.000.000) por concepto de daño emergente futuro, que se concreta en los costos en los que tendrá que incurrir por utilizar la Infraestructura Eléctrica de AIR-E a partir de la terminación del Contrato. En particular, en el juramento estimatorio la Convocante en Reconvención manifestó que el daño emergente futuro solicitado *"obedece a erogaciones que Ufinet tendrá que asumir ante la terminación del Contrato. En efecto, (...) para que Ufinet pueda hacer uso de la infraestructura eléctrica de Air-e, tendrá que asumir el pago de una tarifa regulada, y en los casos de infraestructura cuyos precios no son regulados, Ufinet deberá sufragar los precios que Air-e tenga a bien cobrarle. Es decir, un pago que Ufinet no tendría que realizar si se hubiese respetado su derecho de usufructo. Así, el monto presentado responde a una proyección de la tarifa que se cobraría a Ufinet, por el término restante del Contrato"*. Lo anterior se fundamentaría en que, en los términos del hecho 98 de la demanda de reconvención reformada, UFINET *"había elaborado un plan de negocios para ejecutar durante 50 años con la explotación de la infraestructura eléctrica para su propio provecho y el de terceros mediante la suscripción de contratos de uso de infraestructura"*.

727. Examinadas las pruebas que obran en el expediente, efectivamente se encuentra acreditado que, con ocasión de la terminación del Contrato por incumplimiento grave imputable a AIR-E, UFINET tendrá que incurrir en una erogación futura que se concreta en los pagos que tendrá que realizar a favor del propietario de la Infraestructura Eléctrica para poder desarrollar su actividad.

²⁶⁷ Por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en casos de nulidad del acto administrativo que declaró la caducidad del contrato estatal y, en consecuencia, ha dado lugar a la terminación anticipada del contrato, se ha reconocido el derecho del contratista a la reparación de los ingresos que habría percibido hasta la finalización del plazo convenido. Al respecto, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 19 de marzo de 2021. Rad. 47811. C.P. María Adriana Marín. En similar sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 11 de octubre de 2021. Rad. 53479. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

²⁶⁸ Ver al respecto, por ejemplo: Tribunal Arbitral de EMBOTELLADORA CAPRI EN REORGANIZACIÓN v. ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Laudo arbitral de 12 de junio de 2019. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, José Armando Bonivento Jiménez y Henry Sanabria Santos; Tribunal Arbitral de ASOCIADOS MARÍN VALENCIA S.A. v. PERENCO COLOMBIA LIMITED. Laudo arbitral de 22 de mayo de 2018. Árbitro: Catalina Hoyos Jiménez.

728. Lo anterior, toda vez que el Contrato, en los términos en los que fue modificado por el otrosí No. 2²⁶⁹, le otorgó a UFINET las siguientes prerrogativas:

“SEGUNDO: La Cláusula Segunda – Objeto del Contrato, modificada parcialmente por la Cláusula Segunda del Otrosí No. 1, quedará así:

“En virtud del presente Contrato ELECTRICARIBE confiere a UFINET, que adquiere, en los términos y condiciones aquí estipulados, los siguientes derechos:

“(a) Los Derechos de Paso, que para todos los efectos se entiende el derecho real de usufructo sobre la Infraestructura Eléctrica existente, de propiedad o en posesión de ELECTRICARIBE, así como de las Infraestructuras Futuras, tal y como se indicó en los términos definidos en el literal (a) de la Cláusula Primera. (...).

“(b) El Derecho de Preferencia para adquirir la red de cable de fibra óptica de propiedad de ELECTRICARIBE tanto la existente como la que pueda instalar en el futuro, tanto para uso propio de UFINET como para uso a título oneroso por terceros”.

729. Por su parte, los denominados “Derechos de Paso” se redefinieron en el citado otrosí No. 2, en los siguientes términos:

“PRIMERO: La Cláusula Primera – Definiciones del Contrato, modificada por la Cláusula Primera del Otrosí No. 1, quedará así:

“A los efectos del presente Contrato, las expresiones que a continuación se indican tendrán el sentido respectivamente asignado a las mismas a continuación:

*“(a) Derechos de Paso: Es el derecho real de usufructo sobre la capacidad que tiene la Infraestructura Eléctrica de ELECTRICARIBE para ser explotada **para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o televisión, sea para la instalación de cables, elementos y/o equipos de telecomunicaciones y/o televisión, o para la sustitución o ampliación de los existentes, o para celebrar acuerdos de compartición de esta capacidad***

²⁶⁹ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 1_Subsanación Demanda 01072021. EXPEDIENTE. Subsanación Demanda 020721. PRUEBAS. OTROSI#2 A LOS CONTRATOS TELECORP00401 Y 005-001.

con terceros para estos mismos fines. Sobre los bienes inmuebles sólo aplica el derecho de uso para ocupación de espacios para instalaciones con fines de telecomunicaciones” (se destaca).

730. De lo anteriormente expuesto se desprende que, en virtud del Contrato y, particularmente de su acuerdo modificatorio No. 2, UFINET adquirió un derecho real de usufructo (respecto de la infraestructura mobiliaria) y un derecho personal de uso (respecto del componente inmueble) en virtud de los cuales gozaba de las siguientes prerrogativas: (i) el derecho a utilizar la Infraestructura Eléctrica de AIR-E para su propio tendido de cables y para la instalación de sus propios equipos de telecomunicaciones, destinados a la prestación de sus servicios a terceros; y (ii) el derecho a cederle el uso de la Infraestructura Eléctrica de AIR-E a terceros PRST mediante la celebración de acuerdos de compartición de redes a título oneroso.

731. Por la adquisición del mencionado derecho real y del derecho de uso, UFINET pagó una suma de dinero que tenía por objeto remunerar al propietario de la Infraestructura Eléctrica por el otorgamiento de un derecho real de goce y disfrute en favor de la Convocante en Reconvención, por el término pactado en el Contrato. En efecto, en la cláusula quinta del otrosí No. 2, que modificó la cláusula quinta del Contrato, se convino lo siguiente:

“QUINTO: La Cláusula Quinta – Precio y Forma de Pago, modificada por la Cláusula Quinta del Otrosí No. 1, quedará así:

“Por el derecho real de usufructo y los demás derechos conferidos en el presente contrato, UFINET reconocerá a ELECTRICARIBE las siguientes sumas de dinero:

“a) UFINET entregará a ELECTRICARIBE la suma global fija de CIENTO CUARENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$141.600.000) M.L. por los derechos conferidos en el presente Contrato. Este precio será pagado en un contado dentro de los CUARENTA Y CINCO días siguientes a la firma del presente Contrato.

“(…)”.

732. Es claro, entonces, que además de los otros pagos a los que se comprometió UFINET —esto es, el 25% del 90% facturado y el 12.5% de lo recaudado por encima del 90%, sumas que remuneran el derecho que adquirió de celebrar acuerdos de compartición con terceros—, la Convocante en Reconvención pagó una suma global fija por la adquisición del derecho a utilizar

la Infraestructura Eléctrica para el desarrollo de sus actividades como operador de telecomunicaciones. Así las cosas, su expectativa era la de poder disfrutar, en su calidad de usufructuaria y titular de un derecho de uso, la Infraestructura Eléctrica hasta la fecha de finalización del Contrato, época en la que se extinguirían su derecho real y su derecho de crédito.

733. En ese contexto, resulta evidente que la terminación del Contrato que declarará el Tribunal y la consecuente extinción del usufructo por incumplimiento grave imputable a AIR-E, lesionan el interés patrimonial de UFINET vinculado con el disfrute de la Infraestructura Eléctrica por la que esta sociedad pagó un precio en el año 2015, cuya expectativa de satisfacción se extendía hasta el 2 de marzo de 2045, fecha que, según se explicó en acápite anteriores, corresponde al plazo máximo de duración del usufructo (y por ende, del Contrato) habiéndose constituido en favor de una persona jurídica. Lo anterior, en la medida en que, en adelante, UFINET tendrá que pagarle a AIR-E las tarifas que esta decida cobrarle por el acceso y el uso de su Infraestructura Eléctrica, contraprestación definida en la Resolución CRC 5890 de 2020, que no tendría que pagar de no haber mediado el incumplimiento de AIR-E, pues conservaría el usufructo y el derecho de uso.

734. Por lo tanto, es indiscutible que, como consecuencia de la terminación del Contrato por causas imputables a AIR-E, la Convocante en Reconvención tendrá que incurrir en un gasto futuro que supondrá un aumento de su pasivo patrimonial, pues, en vigencia del negocio jurídico celebrado con la Convocada en Reconvención, no estaba obligada a pagar una remuneración adicional o distinta de la que reconoció en el año 2015 por la adquisición del derecho real de usufructo y del derecho de uso, que le permitía instalar de cables, elementos y equipos de telecomunicaciones en la Infraestructura Eléctrica de AIR-E. De esta manera se configura un daño emergente que deberá ser reparado por la Demandada en Reconvención.

735. En ese sentido, no le asiste razón a la Convocada en Reconvención cuando señala que el daño emergente futuro que reclama UFINET carecería de certeza, toda vez que, con posterioridad al 9 de marzo de 2021 (fecha en la que se remitió la comunicación de terminación unilateral), ha seguido haciendo uso de la Infraestructura Eléctrica sin reconocer contraprestación alguna en favor de AIR-E. Al respecto, se precisa que lo que reclama UFINET es el valor de los gastos en los que tendrá que incurrir en el futuro, a partir de la determinación que adoptará este panel arbitral en relación con la terminación del Contrato por incumplimiento, pero ninguna reclamación se formuló por el periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2021 y la fecha de laudo. No obstante, como se explicará más adelante, los cálculos del daño emergente futuro se

realizaron a partir del 1° de enero de 2022, por lo que todo periodo anterior a la fecha de la presente providencia deberá excluirse de la estimación del daño emergente futuro, por tratarse, en realidad, de un perjuicio pasado o consolidado que no se habría acreditado.

736. Ahora bien, con el propósito de cuantificar el valor de la indemnización del daño emergente futuro, en primer lugar, el Tribunal considera pertinente hacer referencia, de manera general, al mérito de los dictámenes periciales financieros aportados por las partes para el efecto, particularmente al que fue allegado por UFINET, y a los criterios generales de valoración de dichos medios de convicción.

8.3.4.1. Criterios para la valoración de la prueba pericial y consideraciones generales sobre el mérito de los dictámenes financieros aportados en el proceso

737. Como prueba de la cuantía de los daños patrimoniales reclamados en la demanda de reconvención reformada, UFINET aportó un dictamen pericial financiero elaborado por MEJORACINCO. Por su parte, AIR-E aportó un dictamen pericial de contradicción elaborado por KMPG y, adicionalmente, en sus alegatos de conclusión formuló algunos reparos sobre el mérito probatorio del dictamen pericial de MEJORACINCO por considerar que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso. En particular, AIR-E afirma: (i) que MEJORACINCO no estudió directamente la contabilidad de UFINET; (ii) que el perito no indicó si ha sido designado en otros procesos por la misma parte, como lo ordena el numeral 6° del artículo 226 del Código General del Proceso; y (iii) que el perito no señaló si los exámenes y métodos aplicados son diferentes respecto de los que ha utilizado en anteriores procesos, como lo exige el numeral 8° del estatuto procesal.

738. Procede el Tribunal a abordar, en primer término, los reproches formulados por AIR-E respecto del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso.

739. En primer lugar, respecto de la presunta falta de verificación de la contabilidad de UFINET, el Tribunal observa lo siguiente: (i) el dictamen elaborado por MEJORACINCO corresponde a una experticia financiera que no tenía por objeto adelantar una auditoría contable; y (ii), en todo caso, lo cierto es que, para efectos de calcular los daños, particularmente el lucro cesante futuro, el perito sí estudió la información contable de UFINET que reposa en el Anexo 10 del dictamen, en el que se encuentran, entre otros, los estados financieros auditados de 2015 a 2020 y los balances de prueba de 2019 a 2020.

Adicionalmente, lo relativo a la veracidad de la información contable y a su carácter fidedigno no fue controvertido por AIR-E ni tampoco por KPMG.

740. En cuanto al requisito previsto en el numeral 6° del artículo 226 del Código General del Proceso, según el cual el perito debe señalar si *“ha sido designado en procesos anteriores o en curso por la misma parte o por el mismo apoderado de la parte, indicando el objeto del dictamen”*, encuentra el Tribunal que dicha exigencia se encuentra satisfecha. En efecto, en el Anexo 2 del dictamen consta la relación de los distintos procesos judiciales en los que MEJORACINCO ha participado, en el que se precisan las partes del proceso, la materia de su declaración y el apoderado de la parte que lo designó. Basta, entonces, con la revisión del mencionado Anexo para constatar si el perito ha sido designado por UFINET en otros procesos judiciales, aunque no haya una manifestación expresa del experto en ese sentido.

741. Por último, el numeral 8° del artículo 226 del Código General del Proceso exige *“declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación”*. Esta exigencia fue cumplida por MEJORACINCO, quien afirmó lo siguiente: *“los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones usados o realizados por MEJORACINCO S.A.S. para los efectos de este dictamen, no son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el desarrollo regular de su objeto”*. De lo manifestado por el experto se colige con claridad que los métodos y exámenes utilizados en el dictamen elaborado para el presente trámite arbitral no son distintos de los que ha utilizado en oportunidades anteriores. En ese sentido, la sola circunstancia de no haber hecho referencia explícita a peritajes rendidos en procesos anteriores que versen sobre la misma materia no significa que el requisito que aquí se analiza no se haya observado en debida forma, pues es evidente que, si en el desarrollo regular de su objeto no ha utilizado métodos distintos, tampoco lo ha hecho en dictámenes periciales anteriores.

742. En consecuencia, el Tribunal no les encuentra fundamento plausible a los reparos formulados por AIR-E respecto del mérito probatorio del dictamen elaborado por MEJORACINCO.

743. Aclarado lo anterior, conviene precisar que, respecto de los criterios de valoración de la prueba pericial, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

"(...) de antaño la Corte tiene dicho que el dictamen pericial, como medio de prueba, es susceptible de ser valorado, pues aun cuando se trata de una prueba técnica no es de obligatoria aceptación para el funcionario judicial. Por el contrario, este elemento de convicción es de libre apreciación para él, quien puede argumentar por qué no le merece la suficiente credibilidad al adolecer de deficiencias en sus fundamentaciones o de lógica en sus conclusiones. (CSJ SC de 29 abr. 1942, 11 dic. 1945, 3 sep. 1954, 17 jun. 1970, 15 dic. 1973, entre otras).

"Entre los requisitos para la eficacia probatoria del dictamen pericial, se encuentran: a) que sea un medio conducente respecto del hecho por probar; b) que el perito sea competente para el desempeño de su encargo; c) que no exista motivo serio para dudar de su imparcialidad o sinceridad; d) que esté debidamente fundamentado; e) que sus conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos; y f) que del trabajo se haya dado traslado a las partes; correspondiendo al juez el análisis de tales requisitos para establecer la eficacia probatoria del dictamen.

"La prueba pericial, por ende, no es camisa de fuerza para el juez, sino medio probatorio que, a pesar de tener carácter especial por su calificación técnica, no impone a tal funcionario la obligación de acogerlo, puesto que, al igual que los demás materiales de convicción, está sometido a las reglas de la sana crítica (art. 176 CGP)"²⁷⁰.

744. Según se desprende del extracto anteriormente citado, le corresponde al Tribunal, conforme a las reglas de la sana crítica²⁷¹ y a las pautas fijadas por la jurisprudencia, valorar el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO y sus fundamentos, en conjunto con las críticas que KPMG formuló, para efectos de fijar la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho UFINET por el daño emergente futuro.

8.3.4.2. Valoración del dictamen de MEJORACINCO y críticas formuladas por KPMG en relación con el daño emergente futuro

745. En el numeral 3.7 del dictamen pericial de MEJORACINCO se calcularon los "egresos en los que incurrirá Ufinet por la terminación del Contrato", estimación que comprende los siguientes rubros: (i) alquiler de puntos de apoyo

²⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3689-2021 de 25 de agosto de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

²⁷¹ Artículo 176 del Código General del Proceso.

propios²⁷², que corresponde a la tarifa que UFINET tendrá que pagarle a AIR-E por el número de puntos de apoyo que utiliza directamente, proyectados conforme a un crecimiento del 33,2% respecto del crecimiento de la demanda de puntos de apoyo de terceros; y (ii) el costo de la energía y el arriendo de subestaciones eléctricas²⁷³, calculado con base en una estimación mensual suministrada por UFINET.

746. En el dictamen de contradicción, KPMG formuló los siguientes reparos²⁷⁴ en relación con los cálculos realizados por MEJORACINCO: (i) para la estimación del valor del alquiler por los Puntos de Apoyo "propios" se incluyeron municipios que no hacen parte del alcance del Contrato; (ii) el valor de los gastos por alquiler de Puntos de Apoyo estaría sobrevalorado, según se desprendería de los cálculos indirectos que realizó KPMG para los primeros cuatro (4) años; (iii) el gasto por consumo de energía fue estimado respecto de equipos ubicados en subestaciones que no están comprendidas dentro del alcance del Contrato y, además, MEJORACINCO no discriminó las tarifas proyectadas para cada uno de los años, por lo que la cifra estaría sobrevalorada; y (iv) en la determinación de los gastos por arriendo de subestaciones eléctricas se incluyeron zonas geográficas no comprendidas dentro del alcance del Contrato y para el cálculo del costo de arrendamiento de los ductos se empleó una tarifa que no corresponde a la definida por la CRC para el año 2021.

747. Valorados ambos dictámenes en conjunto, el Tribunal concluye lo siguiente:

748. Es cierto que, en la determinación del valor de las tarifas que, en el futuro, UFINET tendrá que pagar por el uso de la Infraestructura Eléctrica se incluyeron puntos de apoyo ubicados en nueve (9) municipios que no hacen parte del Contrato, razón por la cual tales partidas deberán ser deducidas del cálculo. Así se desprende de la comparación de la información contenida en el Anexo 11 del dictamen de MEJORACINCO y lo pactado en la cláusula primera del otrosí No. 3. Esos municipios corresponden a los siguientes:

²⁷² Numeral 3.7.1. del dictamen pericial financiero elaborado por MEJORACINCO. Pág. 27.

²⁷³ Numeral 3.7.2. del dictamen pericial financiero elaborado por MEJORACINCO. Pág. 28.

²⁷⁴ Numeral 6.5 del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG.

Tabla 9. Puntos de Apoyo Instalados en Postes Ubicados en Municipios Excluidos.

Municipio	Departamento	Total Postes
El Banco	Magdalena	63
Guamal	Magdalena	21
Nueva Granada	Magdalena	258
Pijiño	Magdalena	17
San Angel	Magdalena	4
San Sebastian	Magdalena	25
San Zenón	Magdalena	4
Santa Ana	Magdalena	20
Santa Barbara	Magdalena	11
TOTAL		423

Fuente: Elaborado por KPMG, a partir de información suministrada por los Apoderados Legales de UFINET COLOMBIA S.A

749. Respecto de la presunta sobrevaloración de los gastos por alquiler de puntos de apoyo como consecuencia de la fórmula aplicada por MEJORACINCO, KPMG se limitó a señalar que realizó unos cálculos indirectos para los primeros cuatro (4) años en los que se causarían las tarifas a cargo de UFINET, pero no allegó el soporte de sus estimaciones ni tampoco consta en el dictamen la cifra a la que arribó conforme a su metodología, lo que impide corroborar si, en efecto, MEJORACINCO sobreestimó el valor respectivo. En consecuencia, se descartará el reparo formulado por KPMG.

750. Por su parte, en lo relativo a los costos por energía eléctrica y por arriendo de subestaciones eléctricas, destaca el Tribunal que los cálculos de MEJORACINCO, que se detallan en el Anexo 11, parten de unas estimaciones elaboradas directamente por UFINET, respecto de las que no se aportaron los soportes necesarios para efectos de verificar: (i) de dónde se tomó el promedio de consumo mensual de energía y cómo se calculó ese promedio; y (ii) de dónde surgen las cifras por concepto de costos mensuales de alquiler de espacio y de alquiler de ductos. Por consiguiente, el Tribunal deberá restarle mérito al dictamen pericial de MEJORACINCO en lo relativo a este segundo componente del daño emergente futuro, pues en realidad no está acreditado adecuadamente.

751. Igualmente, se observa que MEJORACINCO incluyó en sus cálculos un rubro que denominó "capital de trabajo", pero en su experticia no explica en qué consiste, qué relación guarda con los conceptos que conforman el daño emergente y cómo lo estimó. Por esa razón, deberá descontarse de la valoración del daño emergente futuro, pues carece de todo soporte y no es posible valorar su fundamento ni la razonabilidad de su cálculo.

752. Finalmente, se observa que el perito MEJORACINCO calculó el daño emergente "futuro" desde el 1º de enero de 2022 y hasta mayo del año 2051. Sin embargo, es necesario limitar temporalmente la indemnización de este

perjuicio, comoquiera que, en la medida en que el daño futuro es aquel que se causa con posterioridad a la sentencia que lo reconoce, el Tribunal deberá excluir del cálculo el período comprendido entre el 1° de enero de 2022 y el 15 de junio de 2023, pues además de que se trataría de daños pasados o consolidados, se encuentra probado que UFINET ha seguido utilizando la Infraestructura Eléctrica de AIR-E sin pagar las tarifas que fueron proyectadas para el año 2022 y lo que ha transcurrido del año 2023. Al respecto, AIR-E ha afirmado que, a la fecha, UFINET sigue utilizando la Infraestructura Eléctrica sin reconocerle contraprestación alguna, aseveración que no fue controvertida ni desvirtuada por UFINET, quien, por el contrario (y con razón) ha considerado que, hasta tanto el Tribunal disponga la terminación del Contrato, sigue gozando del derecho real de usufructo y del derecho de uso. En ese orden de ideas, también encuentra el Tribunal que, en el dictamen pericial financiero elaborado por la firma Ernst & Young Audit S.A.S., de 11 de mayo de 2022, que fue aportado por AIR-E con la demanda principal reformada, se calculó el “*valor del uso de postes de propiedad de Air-e que Ufinet no ha pagado desde la resolución de los Contratos, por el periodo de marzo de 2021 a abril de 2022 es COP\$997,978,566 (valores no actualizados)*”. Sobre el particular, no hay mención en el dictamen pericial de contradicción elaborado por MEJORACINCO, pues la réplica se circunscribió a los rubros que no habrían sido descontados para el cálculo de la utilidad reclamada por AIR-E, sin que se desvirtuara la existencia de los contratos con los PRST y su actual vigencia.

753. De lo anterior se colige que no está probada la existencia de un daño emergente entre el 1° de enero de 2022 y la fecha del presente laudo, pues, hasta el momento, UFINET ha seguido utilizando la Infraestructura Eléctrica sin haber pagado una contraprestación por dicho concepto, como resulta lógico, toda vez que el usufructo y el derecho de uso continúan vigentes hasta que se produzca su extinción como consecuencia de la terminación del Contrato que decretará el Tribunal. De allí que las cifras que por ese concepto fueron calculadas por MEJORACINCO para el periodo comprendido entre la fecha antes mencionada y el 16 de junio de 2023 (inclusive), deban excluirse.

754. Asimismo, debido que el Tribunal concluyó que el Contrato únicamente podía extenderse hasta el 2 de marzo de 2045, la indemnización solo se debe calcular hasta esa fecha.

8.3.4.3. Liquidación del daño emergente futuro a favor de UFINET

755. De conformidad con las consideraciones antes expuestas, el Tribunal liquidará el daño emergente futuro a favor de UFINET con base en los cálculos realizados por MEJORACINCO, a los que se les aplicarán los siguientes ajustes:

(i) se restará el valor correspondiente a las tarifas de los cuatrocientos veintitrés (423) puntos de apoyo ubicados en municipios del departamento de Magdalena que no hacen parte del ámbito geográfico del Contrato; (ii) no habrá lugar a aplicar el "capital de trabajo"; y (iii) se eliminará la partida correspondiente "costo de energía y arriendo en subestaciones" ("collocation"). Las demás variables consideradas por MEJORACINCO se mantienen inalteradas.

756. Adicionalmente, la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el 16 de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas.

757. A las sumas que se obtengan del cálculo anterior, se les aplicará la tasa de descuento calculada por MEJORACINCO del 9,24%, que el Tribunal estima razonable con fundamento en las consideraciones que se desarrollan en detalle al liquidar el lucro cesante futuro.

758. Aplicado lo anterior, se obtiene la suma de ocho mil seiscientos ochenta y cuatro millones pesos (\$8.684.000.000). El detalle de los cálculos respectivos se incorpora al expediente en el archivo Excel denominado "*Liquidación de perjuicios definitiva*"²⁷⁵.

759. Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal accederá a la pretensión octava principal de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenará a AIR-E a pagarle a UFINET, a título de daño emergente futuro, la suma de ocho mil seiscientos ochenta y cuatro millones de pesos (\$8.684.000.000).

8.3.5. El lucro cesante consolidado reclamado por UFINET

760. A título de lucro cesante consolidado, UFINET solicita el pago de ciento noventa y cuatro millones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y un pesos (\$194.522.261), que corresponderían a los ingresos que habría dejado de percibir como consecuencia del incumplimiento de AIR-E, desde la fecha en la que la Convocada en Reconvención pretendió dar por terminado el Contrato, esto es, el 9 de marzo de 2021, y la fecha de presentación de la demanda de reconvención reformada. Respecto de los rubros que comprendería la mencionada afectación patrimonial, en el juramento estimatorio UFINET precisó que se tomaron "*en consideración los contratos cuyo rompimiento causó Air-e al perturbar el normal ejercicio del derecho real de usufructo y los derechos derivados del Contrato*".

²⁷⁵ Expediente Digital: PRINCIPAL 9_Air-e vs Ufinet/26_Excel denominado "*Liquidación de perjuicios definitiva*".

761. Para la demostración del lucro cesante consolidado, UFINET aportó un dictamen pericial financiero elaborado por la firma MEJORACINCO con fundamento en el cual, en sus alegatos de conclusión, la Convocante en Reconvención argumentó que *“se comprobó que Ufinet perdió numerosos contratos con sus clientes PRST, como consecuencia de la perturbación del derecho real de usufructo y los derechos derivados del Contrato, concepto que Metrix valoró en la suma de COP\$194.522.261”*.

762. Sobre el particular, encuentra el Tribunal que el lucro cesante pasado o consolidado no se encuentra debidamente acreditado, pues no es cierto que el perito MEJORACINCO haya “valorado” ese perjuicio por los conceptos y en la suma que se reclaman en la demanda de reconvención reformada. Por el contrario, analizado el dictamen pericial financiero aportado por la Convocante en Reconvención, se observa que fue la propia parte interesada, esto es, UFINET, quien realizó los cálculos de las presuntas pérdidas económicas que habría sufrido por la terminación de los contratos celebrados con terceros PRST, lo que, según lo afirma UFINET, habría ocurrido como consecuencia de la decisión de AIR-E de dar por terminado unilateralmente el Contrato el 9 de marzo de 2021.

763. En efecto, en lo que respecta al lucro cesante futuro, en el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO se señaló lo siguiente:

“3.6. Lucro cesante consolidado

“De acuerdo con los cálculos realizados por la administración de la Compañía, desde el momento de la Comunicación, hasta diciembre 31 de 2021, el lucro cesante consolidado en ese periodo derivado de la pérdida de clientes es de COP 194.522.261 (ciento noventa y cuatro millones quinientos veintidós mil doscientos sesenta y un pesos) lo cual arroja una cifra redondeada de COP 195 millones. (ver Anexo 13)”²⁷⁶.

764. Según se desprende del aparte anteriormente transcrito, MEJORACINCO reconoce expresamente que los cálculos por concepto de utilidades dejadas de percibir entre el 9 de marzo de 2021 y el 31 de diciembre de la misma anualidad fueron realizados directamente por UFINET, sin que conste en el dictamen que el perito haya validado o verificado dichas estimaciones y su soporte. Al respecto, analizado el Anexo 13²⁷⁷ al que hace referencia el experto como

²⁷⁶ Numeral 3.6. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Pág. 27.

²⁷⁷ Expediente digital. PRUEBAS. PRUEBAS 4_Reforma de la demanda. UFINET_14122021. Pruebas y anexos ref reconvención. Pruebas nuevas demanda reformada. D. Prueba pericial.

fundamento de su conclusión —que corresponde a un archivo en Excel en el que se relaciona el nombre del operador, el valor mensual recurrente, el mes de retiro y el valor por los meses de facturación restantes, entre otros valores—, se evidencia que el perito se limitó a transcribir la información que le suministró UFINET, sin que se encuentren los soportes que efectivamente den cuenta de que se verificó: (i) la existencia de los contratos que allí se relacionan; (ii) la causa de su terminación, esto es, si efectivamente finalizaron por la conducta de AIR-E; y (iii) las sumas facturadas respecto de cada uno.

765. En ese sentido, le asiste razón a AIR-E cuando afirma, en sus alegatos de conclusión, que el lucro cesante consolidado *“fue ‘calculado’ directamente por UFINET y el perito simplemente lo transcribió, lo que equivale a una preconstitución de la propia prueba, lo cual por supuesto está proscrito”*. Sobre el particular, es suficientemente conocido el principio de derecho probatorio según el cual a nadie le está permitido constituir su propia prueba como respaldo de sus argumentaciones, de manera que no es posible reconocerle mérito demostrativo a un pretendido medio de convicción que ha sido elaborado por la parte interesada para dar por demostrado el fundamento de su propia causa.

766. Respecto de la prohibición antes mencionada, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

“(...) a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como ‘admitir que el demandado, «mutatis mutandis», pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal’, tal y como se afirmó en reciente oportunidad en sentencia del 18 de octubre de 2000 (exp. 5673). Precisamente, por esta razón, el artículo 177 del C.P.C. consagró que ‘Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’”²⁷⁸.

767. En oportunidad posterior, al analizar el mérito del informe rendido por un ajustador en una controversia relativa a la efectividad de un seguro, la citada corporación señaló lo siguiente:

Dictamen pericial demanda de reconvención. Anexos. Anexo 13 Cálculo Lucro Cesante Consolidado. Clientes con impacto Air-e_corte 3011201.xls.

²⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 2001. Exp. No. 5502. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

“(viii) Además, el análisis contable no proviene directamente del ajustador, sino que se fundamenta en un informe elaborado por el jefe de Gestión Contable de Etanoles del M., visible a folios 69 y 70 del cuaderno principal. Luego, **el supuesto dictamen no da cuenta de los daños que observó, analizó y estimó, sino de los que dedujo la propia actora, todo lo cual impide considerar ese medio probatorio, dado que sería permitirle a la parte fabricar su propia prueba, pero aducirla por medio de un tercero**”²⁷⁹ (se destaca).

768. Es claro, entonces, que, por la vía de la aportación de un dictamen pericial, la parte interesada presentó pruebas de su propia elaboración para obtener una decisión favorable a su causa. Por consiguiente, se impone concluir que el lucro cesante consolidado que se reclama en la demanda de reconvención reformada no se encuentra acreditado, en la medida en que el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO carece de mérito probatorio para este caso particular.

769. Adicionalmente, es importante advertir que las cifras calculadas por UFINET, que fueron recogidas en el Anexo 13 del dictamen pericial de MEJORACINCO, únicamente tienen en cuenta los valores que, según la Convocante en Reconvención, se les habría facturado a los PRST desde la fecha en la que el respectivo acuerdo de compartición finalizó y hasta el 31 de diciembre de 2021. Es decir, no se descontaron los distintos costos y gastos en los que UFINET habría tenido que incurrir para la obtención de la utilidad que reclama, por lo que no se trata de una partida correspondiente a una ganancia neta, motivo por el que no resultan admisible el reconocimiento de la cifra que incorporó MEJORACINCO en su dictamen por concepto de lucro cesante futuro.

770. Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal negará la pretensión novena principal de la demanda de reconvención reformada.

8.3.6. El lucro cesante futuro reclamado por UFINET

771. Por concepto de lucro cesante futuro, UFINET solicita el pago de sesenta y cuatro mil treinta y dos millones de pesos (\$64.032.000.000), correspondientes a los ingresos que habría percibido durante el plazo restante del Contrato, que se concretan en las utilidades que obtendría por la celebración de acuerdos de compartición de redes con terceros PRST. Sobre la existencia de este perjuicio, es claro para el Tribunal que, como consecuencia de la terminación judicial del Contrato por incumplimiento grave de AIR-E, se

²⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2142-2019 de 18 de junio de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

extinguirá el derecho real de usufructo del que UFINET era titular y su derecho de uso, y, asimismo, cesarán las prerrogativas que había adquirido en virtud del Contrato, como lo era el derecho de celebrar acuerdos de compartición de la capacidad de la Infraestructura Eléctrica de AIR-E, en los términos de las cláusulas primera y segunda del otrosí No. 2, transcritas en párrafos anteriores. Esto significa, entonces, que: (i) en adelante, UFINET no podrá suscribir nuevos contratos con terceros en virtud de los cuales les ceda, a título oneroso, el uso de la Infraestructura Eléctrica de propiedad de AIR-E; y (ii) deberá terminar o cederle a AIR-E (o a quien este indique) los acuerdos de compartición que actualmente se encuentran vigentes y que celebró con los PRST en ejercicio de los derechos que adquirió por virtud del Contrato. Por lo tanto, desde la fecha del presente laudo y hasta el 2 de marzo de 2045 (fecha en la que finalizaría el Contrato), UFINET se verá privada de una utilidad que, de no haber mediado el incumplimiento de AIR-E, habría podido percibir con una alta probabilidad objetiva, teniendo en cuenta las prerrogativas establecidas a su favor en el Contrato.

772. Acreditada la existencia de un daño resarcible por concepto de lucro cesante futuro, le corresponde al Tribunal fijar la cuantía de la indemnización a cargo de AIR-E, para efectos de lo cual, conforme a las reglas de la sana crítica y a las pautas fijadas por la jurisprudencia anteriormente expuestas, este panel arbitral procederá a valorar el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO y sus fundamentos, en conjunto con las críticas que KPMG formuló, para efectos de determinar el monto de la indemnización a la que tiene derecho UFINET por el lucro cesante futuro que reclama.

8.3.6.1. Valoración del dictamen de MEJORACINCO y de las críticas formuladas por KPMG

773. En el numeral 3.5 del dictamen pericial de MEJORACINCO S.A.S., titulado "*ingresos netos futuros dejados de percibir derivados de la terminación del Contrato*", el perito calculó el lucro cesante futuro reclamado por UFINET como consecuencia de la terminación del Contrato por el incumplimiento grave de AIR-E. Para el efecto, el experto "*proyectó el flujo de caja operacional del Contrato y lo descontó a enero 1 de 2022*", teniendo en cuenta las siguientes variables: (i) los ingresos del Contrato; (ii) los costos del Contrato; (iii) los gastos de administración y ventas; y (iv) el capital de trabajo.

774. Al respecto, de manera general, KPMG considera que hubo una sobrevaloración del lucro cesante futuro debido a "*la exclusión de las partidas del Flujo Operacional relacionadas con la carga fiscal, depreciación amortización e inversión en bienes y gastos de capital (CapEx), y las omisiones de valor*

incurridas por el Perito en el reconocimiento de los Costos directos Gastos indirectos y requerimiento de Capital de Trabajo (Working Capital), conjunto con la utilización de una Tasa de Descuento no aplicable para el caso en análisis". En efecto, en el numeral 6.3 del dictamen de contradicción aportado por AIR-E y elaborado por KMPG se consignó el "análisis de los argumentos expuestos por MEJORACINCO S.A. (sic) frente a la estimación del lucro cesante", y la primera de las críticas que en él se destacó consistió en que MEJORACINCO "no tuvo en cuenta las diferentes partidas que integran el Flujo de Caja Libre (FCF) respectivamente las relacionadas con la carga fiscal, depreciación, amortizaciones e inversión en bienes y gastos de capital (CapEx)"²⁸⁰. KMPG consideró, entonces, que, de manera general, el cálculo de MEJORACINCO estaba sobrevalorado, pues: (i) no se descontó el CapEx; y (ii) no se descontó la carga fiscal.

775. Respecto de la no inclusión del CapEx, el perito de KPMG explicó lo siguiente: "los gastos directos e indirectos del Contrato de Cesión de Uso y derechos de paso para telecomunicaciones partieron de los asientos reportados a nivel contable asociados al Core Business de UFINET por la participación unitaria del Contrato de Cesión de Uso. No obstante, **se excluyeron aquellas partidas relacionadas con Activos Fijos, debido a que el Contrato no poseía inversión en bienes y Gastos de Capital (CapEx)**" (se destaca). Y, en su declaración en la audiencia de contradicción de su dictamen, manifestó lo siguiente:

"APODERADO UFINET: Pero está diciendo que tenga el Flujo de Caja Libre respectivamente y ahí menciona el CAPEX, porque dice que el Flujo de Caja Libre, entonces, no incluye el CAPEX.

*"PERITO: Porque como te digo uno no..., como te digo en una..., en una..., en una formulación uno no puede obviar términos que son estándar porque son de común aceptación, entonces, si uno construye un Flujo de Caja Libre **así el componente que uno esté evaluando no tenga CAPEX, uno debe indicar que el CAPEX es igual a cero (0)**, que la depreciación es igual a cero (0), ¿Por qué? porque esto es un Flujo de Caja Libre, pero si yo veo que en Flujo no tengo ni CAPEX, no tengo carga fiscal, entonces ahí es cuando uno dice esto si es un Flujo de Caja Libre, es un Flujo de Caja Operacional, es una Utilidad Operacional, es una EBITDA"²⁸¹ (se destaca).*

²⁸⁰ Numeral 6.3.1. del dictamen pericial financiero de contradicción elaborado por KPMG. Pág. 28.

²⁸¹ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 23 de septiembre de 2022 – 10_00 AM. A partir del minuto 00:29:015.

776. Según se observa, aunque KPMG considera que debieron incluirse, para el cálculo del flujo de caja, con el propósito de descontarlas, las partidas por concepto de “*depreciación amortización e inversión en bienes y gastos de capital (CapEx)*”, lo cierto es que el experto expresamente reconoce, en líneas posteriores y en su declaración, que este Contrato en particular no implicaba inversión en bienes ni gastos de capital, es decir, no implicaba la existencia de un CapEx. Por lo tanto, esta primera crítica debe ser descartada y no desvirtúa la razonabilidad de la metodología utilizada por MEJORACINCO, pues aún si se hubiera incluido el CapEx en el cálculo, la cifra habría sido igual a cero —como lo afirma KPMG—, de manera que no se afecta la cuantificación realizada por MEJORACINCO.

777. En cuanto a la segunda de las críticas, esto es, que no se incluyó la carga fiscal para efectos de descontarla, encuentra el Tribunal que le asiste razón a KPMG. En efecto, como se explicó en párrafos anteriores, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²⁸² ha señalado que, para efectos del cálculo del lucro cesante, es necesario descontar los impuestos a los que haya lugar, pues se trata de una erogación en la que la parte interesada necesariamente tendría que incurrir para obtener una utilidad por el desarrollo de su negocio. En este caso, es claro que UFINET tenía que incurrir en pagos por los tributos relacionados con los ingresos que le reportaba el Contrato, pues incluso en sus estados financieros registraba una provisión para el impuesto de renta. Sin embargo, nada dijo el dictamen de MEJORACINCO sobre este punto. En consecuencia, el Tribunal procederá a descontar de los flujos de caja operacionales el valor correspondiente a los costos fiscales, a la tarifa correspondiente al impuesto sobre la renta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° la Ley 2155 de 2021, es del 35% para personas jurídicas, a partir del año gravable 2022. Este porcentaje se deducirá del monto de los flujos de caja operacionales ya ajustados, esto es, luego de descontado el 9,977% de los ingresos facturados que no se recaudan (rubro sobre el que el Tribunal volverá más adelante) y que, por lo tanto, es deducible de la base de liquidación del impuesto sobre la renta.

778. Por otra parte, el Tribunal observa que los ingresos²⁸³ del Contrato se calcularon con base en dos variables: (i) las tarifas que UFINET puede cobrar a los terceros PRST con quienes se celebran acuerdos de compartición de redes, proyectadas hasta el año 2051 y actualizadas anualmente de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Productor – IPP²⁸⁴; y (ii) la demanda de

²⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. Exp. No.70001 3103 004 1999 00403 01.

²⁸³ Numeral 3.5.1. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 14-22.

²⁸⁴ Numeral 3.5.1.1. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 14-15.

puntos de apoyo instalados en la Infraestructura Eléctrica de propiedad de AIR-E, proyectada hasta el año 2051²⁸⁵. Todo lo anterior, en un escenario de restricción de la capacidad de esta última, esto es, teniendo en cuenta la existencia de un número limitado de postes y su saturación, es decir, el máximo de puntos de apoyo que pueden instalarse en cada uno.

779. En relación con el numeral 3.5.1. ("*Proyección de Ingresos*") del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO, el dictamen de contradicción de KPMG no contradice la valoración realizada en el peritaje aportado por la Demandante en Reconvencción. En efecto, revisado el escrito en su integridad, el Tribunal observa que KPMG no formuló reparo alguno respecto de la forma en la que MEJORACINCO S.A.S. estimó los ingresos futuros que UFINET percibiría por la cesión de la Infraestructura Eléctrica a terceros. Por el contrario, en el dictamen de contradicción se señaló lo siguiente:

"3. Supuestos de Objeción y Reconocimiento

"(...)

"i. ii. Lucro Cesante, Periodo 2022 – Mayor 2051

"a. Los Ingresos presentados por MEJORACINCO se determinaron conforme la modelación acertada de la demanda con restricción en capacidad de los Puntos de Apoyo de los Municipios de los Departamentos de Atlántico, La Guajira y Magdalena, por la tarifa regulada de la Comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC indexada en el tiempo. En atención de lo cual, el Output del Ingreso constituye una fuente fidedigna de base de estimación para nuestras modelaciones" (se destaca).

780. Al ser interrogado sobre el particular, el perito Johann Rojas Cortés de KPMG señaló lo siguiente:

"APODERADO UFINET: Quisiera detenerme en este punto (a). Según entiendo acá Johann, para usted los ingresos presentados por MEJORACINCO se determinaron conforme a una modelación acertada. ¿Eso es preciso?

*"PERITO: Correcto sí señor"*²⁸⁶.

²⁸⁵ Numeral 3.5.1.2. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 15-21.

²⁸⁶ Expediente digital. ENLACES GRABACIONES. 10_Audiencia 23 de septiembre de 2022 – 10_00 AM. A partir de minuto 01:13:54.

781. No existe duda, entonces, en el sentido de que los expertos consideran que los ingresos derivados del Contrato se encuentran debidamente calculados, por lo que el Tribunal acoge dicha metodología. Esto, sin perjuicio de que, según se precisará más adelante, será necesario descontar de los ingresos brutos el porcentaje correspondiente al 9,977% de ellos, que en realidad no se recauda.

782. En cuanto a los costos y gastos del Contrato, que debían descontarse de los ingresos, MEJORACINCO identificó los siguientes: (i) costos directos pactados en el Contrato; (ii) costos de personal; (iii) costos de materiales y otras compras; (iv) las contribuciones que se causan a favor de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; y (v) los gastos de administración. A continuación, se estudia de manera individual cada uno de dichos conceptos, la forma en la que fueron valorados por MEJORACINCO y las críticas formuladas por KPMG.

783. En lo que se refiere al primero de los rubros que componen los costos y gastos del Contrato, esto es, los denominados "*costos directos derivados de las obligaciones del Contrato*", el Tribunal observa las siguientes diferencias entre ambos peritos:

MEJORACINCO ²⁸⁷	CRÍTICAS KPMG ²⁸⁸
<p>Identificó los siguientes costos directos derivados de lo pactado en la cláusula quinta del otrosí No. 2: (i) el pago a cargo de UFINET y a favor de AIR-E del 25% del 90% del total facturado; y (ii) el pago a cargo de UFINET y a favor de AIR-E del 12,5% anual respecto del recaudo logrado por encima del 90% de lo facturado. En cuanto a este último concepto, "<i>se consideró que cada año se pagaría el 0,0289% de los ingresos de Aire por motivo de exceso de recaudo, el porcentaje fue calculado como el porcentaje total pagado a Air-e entre 2016 a 2020 (...)</i>".</p>	<p>Señaló que, respecto del pago del 12.5% de las sumas recaudadas por encima del 90% de lo facturado, MEJORACINCO fijó un porcentaje de ganancia para todos los años con base en datos históricos que no eran cíclicos en el tiempo, lo que habría conducido a una sobrevaloración del lucro cesante, teniendo en cuenta "<i>la probabilidad real de los periodos de tiempo en los que el exceso de recaudo superaría el 90% del importe facturado a AIR-E</i>".</p> <p>Adicionalmente, señaló que "<i>el valor resultante de los Flujos de Caja se consideró sobrevalorado por la no</i></p>

²⁸⁷ Numeral 3.5.2.1. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Pág. 23

²⁸⁸ Numeral 6.3.2. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 30-31.

	<i>inclusión de los Costos directos del Contrato, conforme a la Cláusula Quinta, literal C del Otrosí No. 2 de los Contratos TELECORP-004.01 y TELECORPR-005.1 concerniente al 12,5% del valor recaudo (sic) superior al 90% del importe de la facturación (...)"²⁸⁹.</i>
--	--

784. Sobre el particular, observa el Tribunal que, efectivamente, se presenta una inconsistencia en lo que respecta al cálculo del 12,5% que UFINET debía pagarle a AIR-E por el recaudo efectivamente logrado por encima del 90% de lo facturado. En efecto, el dictamen pericial de MEJORACINCO es demostrativo de que el 10% restante de lo facturado es de difícil recaudo, pues en los últimos cinco (5) años únicamente se ha logrado recuperar el 0,023%, lo que significa que existe un 9,977% de lo facturado que, en la práctica, UFINET no logra percibir. Por lo tanto, MEJORACINCO debió descontar de los ingresos ese porcentaje que, en realidad, corresponde a cartera no recaudada. Por el contrario, MEJORACINCO calculó los ingresos como si UFINET recaudara el 100% de lo que facturaba a los PRST. En consecuencia, el Tribunal descontará, como un costo por cartera no recuperable, el 9,977% de los ingresos.

785. En relación con el segundo y el tercero de los conceptos que hacen parte de los costos y gastos del Contrato, correspondientes a los costos de personal y a los costos de materiales y otras compras, se identifican las siguientes divergencias entre los dos dictámenes periciales:

MEJORACINCO ²⁹⁰	CRÍTICAS KPMG ²⁹¹
(i) Costos de personal: corresponden a los costos laborales necesarios para la ejecución del Contrato. Para su cálculo, el perito tomó los costos históricos de personal asociado al Contrato, desde el año 2016, y promedió los últimos tres (3) años reales (2018, 2019 y 2020) para efectos de: (i) proyectar el incremento del costo	(i) Respecto de los costos de personal, el perito considera que el promedio de los últimos tres (3) años no refleja un comportamiento uniforme, por lo que pueden presentarse sesgos al no tener en cuenta posibles perturbaciones históricas. Se debía "establecer el importe futuro de los Costos por concepto de personal a partir del

²⁸⁹ Numeral 6.3.8. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 37-38.

²⁹⁰ Numeral 3.5.2.2. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 23-24.

²⁹¹ Numeral 6.3.3. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 31-32.

<p>anual en 1.43 veces el IPC proyectado; y (ii) proyectar el aumento del personal en función del crecimiento de la demanda de Puntos de Apoyo, que se estimó en un 50%.</p> <p>(ii) Costos de materiales y otras compras: corresponden a los costos para validar técnicamente las solicitudes de instalación de redes sobre la Infraestructura Eléctrica. Para su estimación, el perito tomó la información histórica de los costos de los materiales desde el año 2016 y proyectó los costos futuros con base en el promedio de los últimos tres (3) años reales (2018, 2019 y 2020). Asimismo, el perito previó un incremento de los precios conforme al IPC y un aumento de los costos en función del crecimiento de la demanda de Puntos de Apoyo, que estimó en un 50%.</p>	<p><i>promedio aritmético histórico de los últimos cinco años reales (2016, 2017, 2018, 2019 y 2020) indexado al IPC".</i></p> <p>(ii) Respecto de los costos de materiales, el perito considera que <i>"debía partir de las cifras reportadas a julio de 2021 con proyección a diciembre del período en mención con base en el promedio aritmético de las Tasas de crecimiento de enero a julio, tomando como referencia la sumatoria de los importes mensuales, en función del crecimiento del IPC".</i></p> <p>Concluye, entonces, que las cifras se encuentran sobrevaloradas, lo que genera un efecto global de sobrevaloración del flujo de caja.</p>
---	---

786. Lo primero que observa el Tribunal sobre los cálculos de MEJORACINCO es que el crecimiento de los costos de personal y de los costos por materiales en una proporción del 50% en función del crecimiento de los puntos de apoyo no se controvertió, por lo que el Tribunal estima que es razonable este cálculo. Por otra parte, sobre las razones por las que KPMG considera que los costos están sobrevalorados, el perito se limitó a señalar que MEJORACINCO *"contempló la información histórica de los últimos cinco periodos adicionales a las erogaciones derivadas del periodo 2020 por la emergencia sanitaria declarada en el país"*. Sin embargo, no muestra, en concreto, cuáles fueron sus cálculos y en qué medida o de qué forma sus resultados efectivamente son distintos a los de MEJORACINCO, que, además, tendrían que ser inferiores para que se pueda afirmar que hubo una "sobrevaloración" del costo. KPMG únicamente comparó una cifra numérica (la de MEJORACINCO) con un criterio cualitativo ("sobrevaloración"), pero no demostró porqué la aplicación de la fórmula que propone para el cálculo arroja un resultado distinto que realmente deje sin sustento la cifra estimada por MEJORACINCO. Así las cosas, el Tribunal

considera que los reparos formulados por KPMG respecto de los costos de personal y de materiales no desvirtúan los cálculos de MEJORACINCO.

787. En cuanto quinto rubro que conforma los costos y gastos del Contrato, esto es, las contribuciones que se causan a favor de la CRC y del MinTic²⁹², nada dijo KPMG en su dictamen de contradicción. Por consiguiente, el Tribunal considera que, tratándose de contribuciones a las que legal y reglamentariamente está obligada UFINET, fueron debidamente cuantificadas y descontadas por MEJORACINCO.

788. Respecto de los gastos de administración, se observa lo siguiente:

MEJORACINCO ²⁹³	CRÍTICAS KPMG ²⁹⁴
<p>Corresponden a los gastos indirectos de las áreas de apoyo, necesarios para la ejecución y la administración del Contrato.</p> <p>Para su cálculo, el perito tomó el promedio de los años 2018, 2019 y 2020, ajustado en la proporción de los ingresos derivados del Contrato sobre el total de los ingresos de UFINET para el 2020. Dicha proporción fue del 3.94%. Finalmente, se proyectó un incremento anual de los gastos de conformidad con el IPC.</p>	<p>El perito considera que el procedimiento aplicado induce error, pues: (i) los gastos de administración se establecieron conforme al criterio de UFINET, debido a que su contabilidad no preveía un centro de costos independiente para el Contrato; y (ii) se tomó como referencia el 2020, que fue un año atípico debido a la pandemia del Covid-19.</p> <p>Considera que el cálculo debió partir del <i>"promedio histórico de participación de los Gastos de administración del Contrato de Cesión de Uso acreditados durante el periodo comprendido entre 2016-2021, sobre el total de los Gastos de la Compañía"</i>. Por lo tanto, concluye que la partida de gastos de administración está subvalorada, lo que genera un efecto global de subvaloración del flujo de caja.</p>

²⁹² Numeral 3.5.2.3. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 24-25.

²⁹³ Numeral 3.5.2.4. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Pág. 25.

²⁹⁴ Numeral 6.3.5. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 33-35.

789. Examinados en conjunto ambos dictámenes, estima el Tribunal que las críticas de KPMG no desvirtúan la razonabilidad de los cálculos de MEJORACINCO respecto de los costos de administración, pues la sola propuesta de una metodología distinta como lo es el promedio histórico de los últimos cinco años no es demostrativa de que se haya presentado subvaloración de estos costos, pues KPMG no ofrece cifras que permitan hacer esa comparación. Así las cosas, el Tribunal considera que los reparos formulados por KPMG respecto de los costos de personal y materiales no desvirtúan los cálculos de MEJORACINCO.

790. En lo relativo al capital de trabajo, el Tribunal observa lo siguiente:

MEJORACINCO ²⁹⁵	CRÍTICAS KPMG ²⁹⁶
<p>El perito incluyó las necesidades de capital de trabajo para la ejecución del Contrato, teniendo en cuenta los siguientes rubros que afectarían el flujo de caja: (i) pagos a AIR-E, que deben realizarse dentro de los 30 días siguientes a la aceptación de las facturas de cobro por Puntos de Apoyo instalados; (ii) pagos de materiales y otras compras, que se proyectaron a 60 días; (iii) pagos de personal, que se proyectaron dentro del mismo mes; y (iv) gastos operativos, que se proyectaron a 30 días.</p>	<p>El perito considera que las necesidades de capital de trabajo <i>"debían estimarse partiendo de las cifras totales y rotaciones del Activo y Pasivo Corriente de UFINET por la participación del Contrato de Cesión de Uso"</i>.</p> <p>Concluye que el cálculo estuvo sobrevalorado, lo que habría generado un efecto general de sobrevaloración del lucro cesante.</p>

791. De la valoración conjunta de ambos dictámenes, el Tribunal encuentra que los reparos formulados por KPMG respecto del cálculo del capital de trabajo no desvirtúan ni la metodología ni las conclusiones de MEJORACINCO, pues el dictamen pericial de contradicción simplemente propone la aplicación de un método distinto, como lo es la estimación a partir de las cifras totales y de las rotaciones del activo y pasivo corrientes, pero no explica de forma precisa y concreta por qué, al aplicar su fórmula (que únicamente se plantea de forma abstracta y teórica), el resultado permitiría concluir que la cifra de MEJORACINCO está sobrevalorada. En consecuencia, el Tribunal considera que las críticas de KPMG no desvirtúan la razonabilidad de los cálculos de MEJORACINCO.

²⁹⁵ Numeral 3.5.3. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Págs. 25-26.

²⁹⁶ Numeral 6.3.7. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 36-37.

792. Finalmente, MEJORACINCO aplicó una tasa de descuento del 9,24% sobre el resultado que obtuvo, con el propósito de traer a valor presente los flujos operacionales que calculó. Para el efecto, MEJORACINCO utilizó el modelo denominado "*Capital Asset Pricing Model*" (CAPM)²⁹⁷. Sobre el particular, en el dictamen pericial de contradicción se señaló que "*el cálculo de la Tasa de Descuento de los flujos de caja debió efectuarse a través del modelo del Costo Promedio de Capital o WACC, que es la Tasa de Retorno Esperado que representa el nivel de rentabilidad mínimo exigido por la Compañía en el Contrato de Cesión de Uso dada su estructura de capital y fondo de maniobra*"²⁹⁸. Respecto de la diferencia de criterios entre los peritos, observa el Tribunal que KPMG no ofreció suficientes razones para considerar que, debido a la naturaleza del Contrato y del lucro cesante que se causaría por su terminación, era necesario aplicar un modelo como el WACC en el que, además del costo de capital, se tuviera en cuenta el costo de la deuda. Además, se limitó a realizar una formulación teórica, pero no demostró qué diferencia surgiría por la aplicación del método WACC, pues no la calculó. Por esa razón, el Tribunal concluye que la tasa de descuento seleccionada por MEJORACINCO es razonable.

793. Por otra parte, se observa que el perito MEJORACINCO calculó el lucro cesante "futuro" desde el 1º de enero de 2022 y hasta mayo del año 2051. Sin embargo, es necesario limitar temporalmente la indemnización de este perjuicio, comoquiera que el daño futuro es el que se causa con posterioridad a la sentencia que lo reconoce, por lo que el Tribunal deberá excluir del cálculo el período comprendido entre el 1º de enero de 2022 y el 16 de junio de 2023. Además de que se trataría de daños pasados o consolidados, se encuentra probado que UFINET conserva los acuerdos de compartición de redes que celebró con terceros PRST en su calidad de usufructuaria de la Infraestructura Eléctrica de AIR-E, distintos de aquellos a los que se hizo referencia en la reclamación por concepto de lucro cesante consolidado (cuyo reconocimiento se negó por las razones expuestas en el acápite respectivo), y ha percibido una utilidad derivada de ellos. Sobre el particular, AIR-E ha señalado que, a la fecha, UFINET aún mantiene su posición en los contratos celebrados con los PRST y que, incluso, ha suscrito nuevos acuerdos, afirmaciones que no han sido desvirtuadas por la Convocante en Reconvención quien, con razón, ha considerado que el Contrato continúa vigente.

794. En ese sentido, se destaca que, en la demanda principal reformada, AIR-E reclamó, a título de lucro cesante, los ingresos que, "*en su calidad de propietaria de la infraestructura eléctrica, hubiese percibido por conceder y*

²⁹⁷ Numeral 3.8. del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. Pág. 29

²⁹⁸ Numeral 6.2. del dictamen pericial de contradicción elaborado por KPMG. Págs. 26-28.

permitir a terceros el uso de la infraestructura eléctrica de su propiedad”, desde marzo de 2021 y hasta la fecha en la que sea restituida la mencionada infraestructura. Para el cálculo de los valores correspondientes, AIR-E aportó un dictamen pericial elaborado por la firma Ernst & Young Audit S.A.S., de 11 de mayo de 2022, en el que se concluyó lo siguiente: “El valor de los servicios que Ufinet ha facturado a sus PRST y no ha pagado a Air-e a partir de la resolución de los Contratos y hasta abril de 2022, como consecuencia de, Ufinet haber continuado las actividades de arrendamiento de infraestructura propiedad de Air-e a diversos PRST es de COP\$7,689,862,299 (Correspondiente a COP\$7,730,346,540 facturados por Ufinet a sus PRST, menos COP\$40,486,240 ya pagados por Ufinet a Air-e). El valor recaudado por Ufinet al 31 de marzo de 2022 es de COP\$5,962,928,926 (valores no actualizados)”. Por su parte, UFINET aportó un dictamen pericial de contradicción elaborado por MEJORACINCO en el que no se controvertió la afirmación según la cual, hasta abril de 2022, UFINET seguía obteniendo un provecho económico por los acuerdos de compartición suscritos con terceros PRST, sino que únicamente se controvertió la forma en la que AIR-E estimó el presunto daño que reclamó. Así las cosas, aunque las pretensiones de la demanda principal reformada serán denegadas por los motivos expuestos en los acápite pertinentes, dicho escrito y los dictámenes financieros que se aportaron para sustentar y controvertir las reclamaciones de AIR-E demuestran que, aún con posterioridad al mes de enero de 2022, UFINET ha seguido percibiendo utilidades por los acuerdos de compartición de red vigentes con terceros PRST.

795. De lo anterior se colige que no está probada la existencia de un lucro cesante entre el 1º de enero de 2022 y la fecha del presente laudo, pues, hasta el momento, UFINET ha seguido percibiendo utilidades por los acuerdos de compartición celebrados con los PRST que se encuentran vigentes. De allí que las cifras que por ese concepto fueron calculadas por MEJORACINCO para el periodo comprendido entre la fecha antes mencionada y el 16 de junio de 2023 (inclusive), deban excluirse.

796. Asimismo, debido que el Tribunal concluyó que el Contrato únicamente podía extenderse hasta el 2 de marzo de 2045, la indemnización solo se debe calcular hasta esa fecha.

8.3.6.2. Liquidación del lucro cesante futuro a favor de UFINET

797. De conformidad con las consideraciones antes expuestas, el Tribunal liquidará el lucro cesante futuro a favor de UFINET con base en los cálculos realizados por MEJORACINCO, a los que se les aplicarán los siguientes ajustes: (i) se incrementa el concepto de cuentas por cobrar que no se recuperan en un

9,977% de los ingresos brutos, correspondiente a lo facturado por UFINET que no logra recaudar; y (ii) se calcula el pago de impuestos a la tasa aplicable del 35%, que UFINET debería asumir para obtener el provecho derivado del Contrato. Las demás variables consideradas por MEJORACINCO se mantienen inalteradas.

798. Adicionalmente, la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el 16 de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas.

799. A las sumas que se obtengan del cálculo anterior, se les aplicará la tasa de descuento calculada por MEJORACINCO del 9,24%.

800. Aplicado el procedimiento de cálculo antes explicado, se obtiene la suma de veintiséis mil ochocientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$26.845.000.000). El detalle de los cálculos respectivos se incorpora al expediente en un archivo Excel denominado "*Liquidación de perjuicios definitiva*"²⁹⁹.

801. Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal accederá a la pretensión décima principal de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenará a AIR-E a pagarle a UFINET, a título de lucro emergente futuro, la suma de veintiséis mil ochocientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$26.845.000.000).

8.4. Conclusión

802. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que las pretensiones octava y décima principal de la demanda de reconvención reformada están llamadas a prosperar y, en consecuencia, se condenará a AIR-E al pago de las siguientes sumas de dinero: (i) por concepto de daño emergente futuro, la suma de ocho mil seiscientos ochenta y seis pesos (\$8.686.000.000).; y (ii) por concepto de lucro cesante futuro, la suma de veintiséis mil ochocientos cuarenta y nueve millones de pesos (\$26.849.000.000). Lo anterior, toda vez que está acreditado que, como consecuencia de la terminación del Contrato por incumplimiento grave de AIR-E, desde la fecha del laudo y en adelante, UFINET tendrá que pagar por el uso de la Infraestructura Eléctrica (daño emergente futuro) y dejará de percibir las utilidades a las que tenía derecho en virtud del Contrato (lucro cesante futuro).

²⁹⁹ Expediente Digital: PRINCIPAL 9_Air-e vs Ufinet/26_Excel denominado "*Liquidación de perjuicios definitiva*".

803. La pretensión novena principal de la demanda de reconvención reformada se negará, pues no se probó el lucro cesante futuro consolidado.

III. SOBRE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso le impone al juez calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

Al respecto, el Tribunal observa que las partes y los apoderados sustentaron sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso con altura y en el marco que imponen los deberes de lealtad y buena fe.

Si bien como en todo trámite jurisdiccional se presentaron momentos o circunstancias en los que se hicieron evidentes las diferencias existentes entre las partes y sus apoderados, no pueden deducirse de allí comportamientos reprochables o temerarios que ameriten derivar alguna consecuencia procesal.

Precisa el Tribunal que no encontró la necesidad de generar consecuencias procesales respecto de la forma en la que se atendieron las diligencias de exhibición de documentos. En efecto, durante la práctica de tales pruebas los apoderados de las partes resaltaron algunos comportamientos que, en su criterio, daban lugar a derivar indicios:

- a. El apoderado de AIR-E manifestó que UFINET no atendió en debida forma la exhibición de documentos, pues, aunque se le concedió hasta el 4 de noviembre de 2022 para que allegara la información respectiva, solo atendió dicha solicitud el 5 de noviembre de 2022, esto es, de manera extemporánea (acta núm. 40 de 12 de diciembre de 2022). Adicionalmente, insistió en que UFINET no exhibió toda la información requerida.
- b. El apoderado de UFINET, por su parte, señaló que AIR-E no exhibió la totalidad de la documentación requerida, lo que debía ser valorado como un indicio en su contra.

Al respecto, en el auto núm. 61 de 12 de diciembre de 2022, el Tribunal, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso y en las manifestaciones realizadas por los representantes legales, encontró que no era posible concluir que se hubiera presentado un incumplimiento o una omisión en la exhibición de documentos, razón por la cual no era dable, en aquel momento, imponer sanciones o adoptar medidas adicionales. Tal conclusión conserva vigencia,

pues, de la valoración probatoria efectuada en el Laudo, no se evidencia que las Partes hayan dejado de exhibir, injustificadamente, algún documento indispensable para la decisión de este proceso.

Finalmente, aunque es cierto que UFINET remitió de manera extemporánea una información adicional objeto de exhibición (auto núm. 61), el Tribunal no derivará ni aplicará un indicio en su contra, toda vez que con las pruebas allegadas al expediente fue posible resolver cabalmente sobre las pretensiones y excepciones formuladas.

IV. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, en los términos en los que fue modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, regula lo relativo al juramento estimatorio y sus consecuencias, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

"PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

"La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".

De la norma anteriormente transcrita se desprende la existencia de dos clases de sanciones independientes, cuyos supuestos de causación son, igualmente, diferentes, conforme pasa a explicarse.

Por una parte, la norma prevé una sanción cuando se presenta una estimación excesiva de la suma pretendida por concepto de indemnización, compensación, frutos o mejoras (inciso 4 del artículo 206 del Código General del Proceso), lo que ocurre cuando el valor estimado bajo juramento excede en un cincuenta por ciento (50%) el monto que efectivamente haya resultado probado en el proceso. En ese supuesto, el juez puede imponer una multa equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre el valor probado y el valor estimado, que se causa a favor de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura. Esta sanción será aplicable, entonces, cuando habiendo prosperado las pretensiones que daban lugar a una condena económica, su valor resulte ser inferior, en más de un 50%, al juramento inicial realizado en la demanda.

Por otra parte, la disposición antes citada contempla una sanción por falta de demostración de los perjuicios (parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso), que se causa también a favor de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura en un monto equivalente al cinco por ciento (5%) de la suma estimada bajo juramento, cuando se niegan las pretensiones por no haberse acreditado los daños cuya reparación se pretendía.

Estima el Tribunal que las mencionadas sanciones solo resultan procedentes cuando el exceso en la cuantificación de la suma reclamada (ya sea porque lo que resultó probado es inferior a lo pedido, o porque no se probaron los perjuicios y, en consecuencia, no hubo condena) obedezca a la negligencia, el descuido o la temeridad de quien la realizó. En efecto, la Corte Constitucional ha explicado que este tipo de sanciones *“tiene[n] finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas ‘temerarias’ y ‘fabulosas’ en el sistema procesal colombiano. En este marco, la sanción se fundamenta en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, el cual puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia”*³⁰⁰. Es claro, entonces, que no se trata de una sanción automática ni objetiva, sino que se requiere de un reproche subjetivo a la conducta de quien hizo la estimación, lo que implicará valorar, en cada caso, cuáles fueron las causas que generaron la diferencia entre la cuantía inicialmente estimada por el demandante y la suma finalmente reconocida³⁰¹.

Precisado lo anterior, se observa lo siguiente respecto de la demanda principal reformada:

- i. Al formular la reforma a la demanda principal, la Convocante estimó bajo juramento los perjuicios objeto de su reclamación en una suma equivalente a \$10.549.328.132, que comprende las siguientes partidas: (i) la suma de \$5.414.273.281 por *“los gastos incurridos por AIR-E en intervenciones en la infraestructura eléctrica para mitigar los riesgos y peligros originados por*

³⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁰¹ Al respecto, ver: Tribunal arbitral de SBA TORRES COLOMBIA S.A.S. v. GUILLERMO ENRIQUE VENCE ZABALETA y EMILIO VENCE ZABALETA. Laudo de 7 de abril de 2022. Árbitros: Ana Zenobia Giacomette Ferrer, Edgardo Villamil Portilla y Cesar Julio Valencia Copete. En el mismo sentido: Tribunal arbitral de EDGARDO NAVARRO VIVES y CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. CONDESA, integrantes del CONSORCIO VÍA AL MAR v. CEMEX COLOMBIA S.A. Laudo de 29 de octubre de 2020. Árbitros: Henry Sanabria Santos, Arturo Solarte Rodríguez y Jorge Pinzón Sánchez. Asimismo, ver: Sanabria Santos, Henry. *Derecho procesal civil general*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2021). Pág. 461. El autor también cita a: López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte Especial*. Ed. Dupré Editores. Bogotá (2017). Pág. 267.

el estado crítico de las redes y equipos de telecomunicaciones alojados o apoyados sobre la infraestructura eléctrica, imputables a UFINET”; y (ii) la suma de \$5.135.054.851, “correspondiente a los ingresos que AIR-E, en su calidad de propietaria de la infraestructura eléctrica, hubiese percibido por conceder y permitir a terceros el uso de la infraestructura eléctrica de su propiedad, para el periodo comprendido entre marzo y noviembre de 2021, si no fuese por el proceder ilegal de UFINET, que en este periodo, explotó la infraestructura eléctrica de AIR-E sin tener derecho para ello”.

- ii. Al contestar la reforma de la demanda principal, la Convocada no objetó el juramento estimatorio.
- iii. Las pretensiones relativas a la indemnización de los perjuicios que AIR-E reclamaba de UFINET fueron negadas, toda vez que el Tribunal concluyó que no se acreditó el primero de los requisitos para la prosperidad de una pretensión de responsabilidad civil contractual, esto es, el incumplimiento imputable al deudor (en este caso, UFINET). Por lo tanto, las pretensiones consecuenciales de condena necesariamente debían ser despachadas desfavorablemente.
- iv. En ese sentido, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la improcedencia de las pretensiones indemnizatorias obedeció a causas distintas a la *“falta de demostración de los perjuicios”*, pues, por el contrario, es evidente el esfuerzo probatorio de la Convocante para la acreditación de los daños cuya reparación perseguía. En ese orden de ideas, respecto de la prueba de los perjuicios reclamados por AIR-E no hubo temeridad ni negligencia.

A su turno, en la reforma a la demanda de reconvenición, UFINET estimó bajo juramento sus pretensiones, así:

- i. El valor total de \$88.073.522.261, correspondiente a: (i) \$23.847.000.000 por daño emergente futuro; (ii) \$194.522.261 por lucro cesante consolidado; y (ii) \$64.032.000.000 por lucro cesante futuro.
- ii. Al contestar la demanda de reconvenición reformada, AIR-E objetó el juramento estimatorio por considerar que se trataba de daños puramente hipotéticos, no estar razonada la estimación y por estar formulada en términos generales.
- iii. Las pretensiones de condena formuladas por UFINET en la demanda de reconvenición reformada prosperaron parcialmente, de la siguiente forma:

(i) por concepto de daño emergente futuro, se reconoció la suma de \$8.684.000.000; (ii) por concepto de lucro cesante futuro, se reconoció la suma de \$26.845.000.000; y (iii) se negó el lucro cesante consolidado. Contrastadas las cifras de las condenas que impondrá el Tribunal a favor de UFINET con el valor de las partidas incorporadas en el juramento estimatorio, se observa que el Tribunal reconocerá, aproximadamente, el cuarenta por ciento (40%) de las cantidades que fueron estimadas por UFINET.

- iv. No obstante, la disminución del monto de los perjuicios a favor de la Convocante en Reconvención obedeció: (i) a consideraciones jurídicas relacionadas con el contenido de la obligación reparatoria y su extensión en el contexto particular de la terminación judicial por incumplimiento de un contrato de larga duración a término fijo, cuyo plazo, en el caso concreto, debió reducirse conforme a las reglas sobre duración máxima del usufructo constituido en favor de personas jurídicas; y (ii) a la valoración, conforme a las reglas de la sana crítica, de los dictámenes financieros elaborados por MEJORACINCO y KPMG, lo que condujo al Tribunal a excluir algunas partidas e incluir algunas otras que se habían omitido y que debían tomarse en cuenta para los cálculos debido a la naturaleza de los daños reclamados. Por lo tanto, el Tribunal considera que el comportamiento de la Demandante en Reconvención no fue negligente ni temerario, pues las diferencias que se presentan entre la estimación incluida en su demanda de reconvención, debidamente ajustada según lo expuesto, y las sumas reconocidas en el laudo, no obedecen a errores de conducta de UFINET en el sentido de haber estimado desproporcionadamente los perjuicios de manera descuidada o temeraria, o de haber inobservado su carga probatoria en esa materia.

Por lo expuesto, el Tribunal se abstendrá de imponer sanción alguna tanto a AIR-E como a UFINET, por la inobservancia de las reglas establecidas en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues ninguna de las dos partes actuó con negligencia, descuido o temeridad en sus estimaciones.

V. COSTAS

Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*"³⁰².

³⁰² Artículo 2º del Acuerdo de 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Sobre su distribución y liquidación, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; y que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En este caso, se observa que, tanto la demanda principal como la de reconvencción, prosperaron parcialmente. No obstante, es evidente que, respecto de la demanda principal, únicamente prosperó parcialmente una pretensión declarativa, esto es, la pretensión subsidiaria de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias, en virtud de la cual solo se declarará la nulidad parcial de la cláusula sexta del Contrato, relativa a su duración. Por el contrario, prosperaron la mayoría de las pretensiones principales de la demanda de reconvencción reformada, aunque algunas de las pretensiones de condena se negaron o se redujeron en su cuantía, de manera que su éxito fue parcial.

Ponderado en esos términos el resultado de la decisión, el Tribunal concluye que le corresponde a AIR-E asumir las costas del proceso, pero en una proporción del setenta y cinco por ciento (75%), porcentaje que el Tribunal considera razonable en la medida en que, según se explicó, las pretensiones de condena de UFINET prosperaron parcialmente.

Por lo anterior, la condena en costas a cargo de la AIR-E será liquidada de la siguiente manera:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios árbitros (con IVA)	\$3.394.943.590
Honorarios secretaria (con IVA)	\$ 565.823.932
Gastos del Centro de arbitraje (con IVA)	\$ 565.823.932
Gastos	\$ 15.000.000
TOTAL	\$ 4.541.591.453

Así las cosas, el monto antes indicado deberá asumirlo AIR-E en un porcentaje del setenta y cinco por ciento (75%), cifra que asciende a \$3.406.193.590. No obstante, debido a que dentro de la oportunidad legal AIR-E pagó la suma de \$2.270.795.727 correspondiente al 50% de los Honorarios y gastos del Tribunal,

de la condena en costas a su cargo deberá descontarse el valor ya pagado, por lo que deberá asumir y pagar, a favor de UFINET, la suma de mil ciento treinta y cinco millones trescientos noventa y siete mil ochocientos sesenta y tres pesos (\$1.135.397.863).

En cuanto a las agencias en derecho, el Tribunal considera que estas deberán ser asumidas por la Convocante en favor de la Convocada, por las razones antes expuestas.

Para su fijación debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 366 del Código General del Proceso y las reglas contenidas en los artículos 3 y 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior Judicatura, dentro del rango de tarifas mínimas y máximas que se establecen en este último, el funcionario judicial debe fijar las agencias en derecho tomando en consideración, entre otros, los siguientes criterios: (i) la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado; (ii) la cuantía del proceso; y (iii) las demás circunstancias directamente relacionadas con la actividad del apoderado. Adicionalmente, en los términos de lo establecido en el parágrafo 5° del artículo 3 el referido Acuerdo, cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar al pago de agencias en derecho o podrá proferir una condena parcial.

Aplicado lo anterior al caso concreto, se destaca que las pretensiones de condena de UFINET prosperaron parcialmente y se le reconocerá, aproximadamente, el cuarenta por ciento (40%) de lo que fue pedido en la demanda de reconvención reformada. Por lo tanto, el Tribunal considera que lo adecuado es condenar parcialmente por concepto de agencias en derecho, en la suma de novecientos cincuenta millones novecientos setenta y cuatro mil quinientos noventa y un pesos (\$950.974.591), correspondiente a los honorarios de un árbitro, que se considera razonable teniendo en cuenta, además de la prosperidad parcial de las pretensiones de condena de la demanda de reconvención reformada, la naturaleza de la gestión del apoderado, la duración del trámite y la complejidad del asunto.

En conclusión, el valor total de las costas y agencias en derecho a cargo de la AIR-E y a favor de UFINET, asciende a la suma de dos mil ochenta y seis millones trescientos setenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos (\$2.086.372.454) y así se declarará en la parte resolutive.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal dará prosperidad a la segunda pretensión común de la demanda de reconvención reformada de UFINET y negará las pretensiones décima principal, décima del primer grupo de

subsidiarias y tercera del segundo grupo de subsidiarias de la demanda inicial reformada de AIR-E.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre **AIR-E S.A.S. E.S.P.**, como Convocante y Convocada en Reconvención, por una parte, y **UFINET COLOMBIA S.A.**, como Convocada y Convocante en Reconvención, por la otra, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que entre **AIR-E S.A.S. E.S.P.** y **UFINET COLOMBIA S.A** existe el Contrato de Cesión de Uso – Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01. Por lo tanto, prospera la primera pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Segundo. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que, en virtud del Contrato de Cesión de Uso - Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01, **UFINET COLOMBIA S.A** es titular del derecho real de usufructo sobre la infraestructura eléctrica, presente y futura, de **AIR-E S.A.S. E.S.P.**, referido únicamente a los bienes muebles que conforman dicha infraestructura. Por lo tanto, prospera parcialmente la segunda pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Tercero. Declarar, en los precisos términos de la parte motiva, que prospera de manera parcial la excepción denominada "*Validez del Contrato*", formulada por la Convocada al contestar la demanda inicial reformada.

Cuarto. Declarar absolutamente nulas las estipulaciones contenidas en los ordinales (a) y primer párrafo del ordinal (b) de la cláusula sexta del *Contrato de Cesión de Uso – Derecho de paso para Telecomunicaciones Telecorp No. 004-01*, solamente en cuanto la duración pactada para el Contrato superó el término máximo legal permitido, por las razones expuestas en la parte motiva. Por lo tanto, prospera parcialmente la pretensión subsidiaria de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias de la demanda inicial reformada.

Quinto. Disponer, como consecuencia de la anterior declaración, y por las razones expuestas en la parte motiva, que la estipulación sobre la duración del Contrato de Cesión de Uso - Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 solo puede extenderse por treinta (30) años, contados a partir del 2 de marzo de 2015.

Sexto. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, probadas las excepciones denominadas "*La terminación del Contrato no produjo efectos*"; "*Inexistencia de Incumplimiento de Ufinet*"; y "*No procede declarar la responsabilidad civil de Ufinet*", formuladas por **UFINET COLOMBIA S.A.** en la contestación de la demanda inicial reformada.

Séptimo. Negar, por las razones expuestas en la parte motiva, las siguientes pretensiones de la demanda inicial reformada: primera pretensión principal; segunda pretensión principal; tercera pretensión principal; cuarta pretensión principal; quinta pretensión principal; sexta pretensión principal; séptima pretensión principal y sus pretensiones consecuenciales; octava pretensión principal; novena pretensión principal; décima pretensión principal; primera pretensión del primer grupo de subsidiarias; segunda pretensión del primer grupo de subsidiarias; tercera pretensión del primer grupo de subsidiarias; cuarta pretensión del primer grupo de subsidiarias; quinta pretensión del primer grupo de subsidiarias; sexta pretensión del primer grupo de subsidiarias; séptima pretensión del primer grupo de subsidiarias y sus pretensiones consecuenciales; octava pretensión del primer grupo de subsidiarias; novena pretensión del primer grupo de subsidiarias; décima pretensión del primer grupo de subsidiarias; primera pretensión del segundo grupo de subsidiarias; segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias; primera pretensión consecuencial de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias o de su pretensión subsidiaria; segunda pretensión consecuencial de la segunda pretensión del segundo grupo de subsidiarias o de su pretensión subsidiaria; y tercera pretensión del segundo grupo de subsidiarias.

Octavo. Negar, por las razones expuestas en la parte motiva, la excepción denominada "*Prescripción*", formulada por **UFINET COLOMBIA S.A.** en la contestación de la demanda inicial reformada.

Noveno. Declarar que no hay lugar a efectuar pronunciamiento sobre las restantes excepciones formuladas por la Convocada al contestar la demanda inicial reformada.

Décimo. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que **AIR-E S.A.S. E.S.P.** incumplió el Contrato de Cesión de Uso – Derecho de Paso para

Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber intentado terminarlo unilateralmente, sin observar lo previsto por las partes en la cláusula decimoquinta del Contrato y los postulados de la buena fe. Por lo tanto, prospera la tercera pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Undécimo. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que **AIR-E S.A.S. E.S.P.** incumplió el Contrato de Cesión de Uso – Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al haber llevado a cabo actuaciones que perturbaron, limitaron y/o impidieron el ejercicio por parte de **UFINET COLOMBIA S.A.** de su derecho real de usufructo sobre la parte mobiliaria de la infraestructura eléctrica de **AIR-E S.A.S. E.S.P.** Por lo tanto, prospera en estos términos la cuarta pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Duodécimo. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que **AIR-E S.A.S. E.S.P.** incumplió el Contrato de Cesión de Uso – Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01 al incurrir en conductas desleales contrarias a la buena fe. Por lo tanto, en esos términos prospera la quinta pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimotercero. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, la terminación del Contrato de Cesión de Uso- Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01, y, en consecuencia, la extinción del derecho real de usufructo que de él se derivó, en razón de los incumplimientos esenciales de **AIR-E S.A.S. E.S.P.** a que hacen referencia los numerales décimo, undécimo y duodécimo anteriores. Por lo tanto, prospera la sexta pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimocuarto. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, que **AIR-E S.A.S. E.S.P.** es civilmente responsable por los perjuicios ocasionados a **UFINET COLOMBIA S.A.** por el incumplimiento del Contrato de Cesión de Uso- Derecho de Paso para Telecomunicaciones TELECORP-004-01. Por lo tanto, prospera la séptima pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimoquinto. Condenar a **AIR-E S.A.S. E.S.P.** a pagar a **UFINET COLOMBIA S.A.** la suma de ocho mil seiscientos ochenta y cuatro millones de pesos (\$8.684.000.000), por concepto daño emergente futuro, que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, por las razones expuestas en la parte motiva. Por lo tanto, prospera parcialmente la octava pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimosexto. Condenar a **AIR-E S.A.S. E.S.P.** a pagar a **UFINET COLOMBIA S.A.** la suma veintiséis mil ochocientos cuarenta y cinco millones de pesos (\$26.845.000.000), por concepto de lucro cesante futuro, que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, por las razones expuestas en la parte motiva. Por lo tanto, prospera parcialmente la décima pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimoséptimo. Las sumas de dinero a que se refieren las anteriores condenas devengarán intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, una vez venza el término de diez (10) días contado desde la ejecutoria de este Laudo.

Decimooctavo. Negar, por las razones expuestas en la parte motiva, la novena pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

Decimonoveno. Declarar, por las razones expuestas en la parte motiva, no probadas las excepciones de mérito denominadas "*El usufructo es nulo*"; "*La terminación del Contrato Telecorp No. 004-01, se produjo por el grave e insuperable incumplimiento contractual y regulatorio de Ufinet*"; "*Air-e jamás incurrió en acto de competencia desleal alguno*"; "*Air-e no perturbó derecho real alguno de Ufinet. Por el contrario, es Ufinet quien perturba un derecho real de Air-e*" y "*Los perjuicios solicitados son puramente hipotéticos*", formuladas por **AIR-E S.A.S. E.S.P.** al contestar la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo. Declarar que no hay lugar a efectuar pronunciamiento sobre las restantes excepciones formuladas por **AIR-E S.A.S. E.S.P.** al contestar la demanda de reconvención reformada.

Vigésimo primero. Condenar a **AIR-E S.A.S. E.S.P.** a pagar a **UFINET COLOMBIA S.A.** la suma de dos mil ochenta y seis millones trescientos setenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos (\$2.086.372.454), por concepto de costas, que deberá pagar dentro del término de diez (10) días contado desde la ejecutoria de este Laudo, por las razones expuestas en la parte motiva.

Vigésimo segundo. Declarar que no hay lugar a aplicar a ninguna de las Partes la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, por lo expuesto en la parte motiva.

Vigésimo tercero. Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y la Secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a las Partes Convocante y Convocada en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

Vigésimo cuarto. Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

Vigésimo quinto. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las Partes, con las constancias de ley.

Vigésimo sexto. Ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, en la oportunidad procesal correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia quedó notificada en estrados.



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Árbitro - Presidente



SERGIO MUÑOZ LAVERDE

Árbitro



CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA

Árbitro



PATRICIA ZULETA GARCÍA

Secretaria

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
AIR-E S.A.S. E.S.P.
CONTRA
UFINET COLOMBIA S.A.**

ACTA No. 45

A los seis (6) días del mes de julio de 2023, sesionó el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre las sociedades **AIR-E S.A.S. E.S.P.** (en adelante, la "Convocante" o "AIR-E") y **UFINET COLOMBIA S.A.** (en adelante, la "Convocada" o "UFINET", y, conjuntamente con la Convocante, las "Partes"), integrado por los árbitros **Arturo Solarte Rodríguez**, Presidente, **Carlos Gustavo Arrieta Padilla** y **Sergio Muñoz Laverde**. Lo anterior, con el propósito de resolver las solicitudes de aclaración, corrección y adición que las Partes formularon oportunamente respecto del laudo proferido el 16 de junio de 2023.

Igualmente estuvo presente la Secretaria del Tribunal, **Patricia Zuleta García**.

Se deja constancia de lo siguiente:

- La audiencia se desarrolló por medios virtuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 1563 de 2012.
- La sesión del Tribunal se surtió sin la presencia de las Partes, tal y como lo autoriza el artículo 31 de la ley 1563 de 2012.

Informe sobre el Término del Proceso

De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 1563 de 2012 se informa lo siguiente:

La primera audiencia de trámite concluyó el 25 de abril de 2022. En consecuencia, el término de ocho (8) meses de duración del trámite arbitral, establecido en el artículo 10 del decreto 491 de 2020 —norma vigente cuando finalizó la primera audiencia de trámite—, vencería el 25 de diciembre de 2022.

No obstante lo anterior, por solicitud de las Partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones por un total de ciento cincuenta (150) días:

- a) Por 20 días hábiles, entre el 20 de mayo de 2022 y el 17 de junio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 23-auto núm. 34).
- b) Por 16 días hábiles, entre el 22 de junio de 2022 y el 23 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 24-auto núm. 36), en tanto por solicitud de las Partes, el Tribunal levantó la suspensión por 4 días hábiles, entre el 5 de julio y el 8 de julio de 2022, ambas fechas inclusive (acta 25-auto núm. 37).
- c) Por 18 días hábiles, entre el 26 de julio de 2022 y el 19 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive (acta 26-auto núm. 39).
- d) Por 13 días hábiles, entre el 12 de octubre de 2022 y el 31 de octubre de 2022, ambas fechas inclusive (acta 37-auto núm. 57).
- e) Por 61 días hábiles, entre el 13 de diciembre de 2022 y el 8 de marzo de 2023, ambas fechas inclusive (acta 40-auto núm. 63).
- f) Entre el 10 de marzo de 2023 y el 17 de abril de 2023, ambas fechas inclusive (acta 41-auto núm. 65), de los cuales sólo se tuvieron en cuenta, para efectos de la contabilización de los días suspendidos, 22 días hábiles.

En consecuencia, el término de duración del trámite vence el **4 de agosto de 2023**.

Informe secretarial

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo arbitral proferido en este asunto el 16 de junio de 2023 (en adelante, "el Laudo"), las Partes formularon las siguientes solicitudes:

1. Mediante correo electrónico del 26 de junio de 2023, la Convocante remitió una solicitud de aclaración, corrección y complementación del Laudo.
2. Mediante correo electrónico del 26 de junio de 2023, la Convocada remitió una solicitud de corrección del Laudo.

Posteriormente, mediante correo electrónico del 4 de julio de 2023, la Convocante remitió un escrito en el que expresó que se dirigía al Tribunal "*con el objeto de descorrer [el] traslado de la solicitud de corrección presentada por UFINET*".

En consecuencia, el Tribunal profiere la siguiente providencia:

AUTO No. 69

Seis [6] de julio de 2023

Evaluadas las manifestaciones oportunamente presentadas por las Partes en los términos y para los efectos establecidos en los artículos 39 de la ley 1563 de 2012 y 285 a 287 del Código General del Proceso, con el fin de resolver las solicitudes de aclaración, corrección y complementación del Laudo, el Tribunal hará referencia, en primer lugar, a las reglas que rigen dichas figuras en el ordenamiento jurídico aplicable, para posteriormente resolver, en segundo término, las peticiones concretas en el orden y en los precisos términos en los que fueron formuladas.

1. Aspectos generales sobre la aclaración, corrección y complementación de laudos arbitrales

1. De manera general, el artículo 39 de la ley 1563 de 2012 establece que los laudos arbitrales son susceptibles de ser aclarados, corregidos o complementados, de oficio o a petición de parte. Sin embargo, la mencionada disposición normativa no regula dichas figuras, por lo que es necesario remitirse a las normas procesales civiles sobre la materia.

2. En relación con la aclaración de las providencias judiciales, el primer inciso del artículo 285 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

"Artículo 285. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella".

3. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado el alcance y los requisitos para la procedencia de la aclaración, en los siguientes términos:

"De acuerdo con la pauta transcrita [artículo 285 del Código General del Proceso], la aclaración resulta procedente cuando lo resolutive de una providencia, o su motivación fundamental, son ambiguas, confusas o insondables, de modo tal que obstaculicen la cabal comprensión de los alcances de la decisión judicial, o de los argumentos que soportan esa resolución, según el caso.

"Sobre el particular, se ha insistido en que:

"«(...) la aclaración (...) procede cuando se incluyan conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, bien porque se encuentren en la parte resolutive, ora porque influyan en ella, aserción que pone en evidencia la necesidad de verificar la presencia de algunos requisitos (...): (i) petición o pronunciamiento de oficio en el término de ejecutoria; (ii) presencia de conceptos o frases equívocas; y (iii) ambigüedad en la resolución o que el equívoco se determine desde la motivación.

"«La figura supone la intención del legislador de conjurar la imposibilidad de cumplimiento de una providencia por ininteligibilidad de lo que ella dispone, e implica que tan sólo sucede cuando la frase o el concepto, tomados en conjunto con el cuerpo del fallo, puedan interpretarse en sentidos diversos o generen 'verdadero motivo de duda', según textualmente expresa la norma» (CSJ AC4594-2018, 22 oct.; reiterada en CSJ AC5534-2018, 19 dic.)"¹.

4. De la norma y la jurisprudencia antes citadas se desprende que la aclaración del laudo arbitral solamente procede cuando se requiera dilucidar o precisar expresiones que ofrezcan verdaderos motivos de duda sobre su correcto entendimiento y alcance, por ser ambiguas, contradictorias o confusas, siempre que aquellas se encuentren consignadas en la parte resolutive de la providencia o influyan en ella. Lo anterior, con el fin de facilitar el futuro cumplimiento o la ejecución de la decisión de la que se trate.

5. Por consiguiente, no procede este mecanismo procesal cuando la decisión es objetivamente clara, pero el solicitante alberga dudas sobre la valoración de las pruebas o la legalidad de lo decidido y, por ende, solicita explicaciones o profundizaciones adicionales a las plasmadas en el laudo. Asimismo, tampoco hay lugar a la aclaración cuando lo que se pretende en realidad es volver sobre cuestiones que ya fueron decididas en el fallo con el fin de que se modifique lo resuelto, pues, como explícitamente lo proscribió el artículo 285 del Código General del Proceso, *"la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció"*.

6. Por otra parte, el artículo 286 del Código General del Proceso dispone que las providencias judiciales pueden ser objeto de corrección en los siguientes casos:

"ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS.
Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto AC247-2023 de 27 de febrero de 2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

"Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

"Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella".

7. Según se observa, el juez que profirió el fallo respectivo, de oficio o a petición de parte, podrá enmendarlo cuando se presenten las siguientes equivocaciones: (i) errores puramente aritméticos; o (ii) errores por omisión, cambio o alteración de palabras que estén contenidas en la parte resolutive o que influyan en ella.

8. En lo que respecta al error aritmético, la doctrina ha precisado que *"debe tratarse de una equivocación cometida en una suma, resta, multiplicación o división, de suerte que mediante este mecanismo no puede pretenderse la revocatoria o modificación de la decisión, sino simplemente que se rehaga la operación aritmética que quedó mal realizada. Se trata, entonces, de una equivocación en la que se incurre en la respectiva providencia cuando se realiza alguna de dichas operaciones matemáticas, y por eso la solicitud no debe ofrecer mayor dificultad, en la medida en que simplemente se busca subsanar la operación mal realizada"*².

9. Por su parte, la Corte Constitucional, con fundamento en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, ha señalado lo siguiente:

"7. La más consolidada doctrina nacional, siguiendo las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que el error aritmético es aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada. En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen. En otras palabras, la facultad para corregir, en cualquier tiempo, los errores aritméticos cometidos en una providencia judicial (C. de P. C. art. 310), no constituye un expediente para que el juez pueda

² Sanabria Santos, Henry. *Derecho procesal civil general*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2021). Pág. 608.

modificar otros aspectos - fácticos o jurídicos - que, finalmente, impliquen un cambio del contenido jurídico sustancial de la decisión.

"A este respecto, no sobra añadir que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado lo siguiente:

"(l)a corrección es un remedio que toca exclusivamente con el error aritmético cometido por el fallador, como cuando se equivoca en los resultados de una operación numérica. Es, pues, una cuestión que tiene que ver eminentemente con números. Sobre el particular, la Corte ha enunciado, con bastante claridad, lo que debe entenderse por «error puramente aritmético». Al efecto, ha dicho: «el error numérico al que se refiere la ley es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos el resultado sea otro diferente, habrá error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 3, 2 y 4.» Entiende pues la Sala que tal error aritmético deriva de un simple lapsus calami, esto es, del error cometido al correr la pluma, y como tal fácilmente corregible porque solamente se ha alterado el resultado sin alterar los elementos de donde surge la operación.» (GJ Tomo LXXXVII Pág. 902)

"4. Empero, como la aclaración y la corrección difieren no sólo en la oportunidad para proponerlas sino también en cuanto a sus propósitos, ya que la primera va orientada a eliminar la duda motiva en conceptos o frases y la segunda a reparar un yerro de orden numérico, no se pueden involucrar, en tal forma que tras la formulación de un error aritmético se pretenda conseguir la aclaración de una providencia. 'La corrección aritmética - ha dicho la Corte - ha de ser de tal naturaleza que no vaya a producir mutaciones sustanciales en las bases del fallo, porque, de ocurrir tal cosa, se llegaría al absurdo de que a pretexto de una corrección numérica se pretendiese fuera de tiempo, una aclaración sobre conceptos oscuros o dudosos.' (GJ Tomo LXVI; pág. 782)"³.

10. Así las cosas, el error aritmético se presenta cuando el juez se equivoca en la realización de una operación matemática porque, al aplicar la fórmula que previamente ha definido conforme a las consideraciones fácticas y jurídicas plasmadas en la decisión, obtiene un resultado que no coincide con las variables

³ Corte Constitucional. Sentencia T-875 de 11 de julio de 2000. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que se debieron tener en cuenta, ya sea porque se presentó un error en la digitación de las cifras⁴, o porque incluyó o excluyó componentes que en realidad debieron dejarse por fuera o tomarse en cuenta, respectivamente. En ese contexto, la corrección tiene por objeto ajustar los cálculos a los factores que el juez definió para la liquidación de la condena de la que se trate, con el objeto de rectificar la discordancia que se haya podido presentar entre la decisión de fondo adoptada al definir la fórmula para liquidar la cifra que es objeto de reconocimiento en el fallo y las variables que la integran, por una parte, y la forma en la que fue aplicada, por la otra.

11. Y, en lo que respecta al segundo supuesto de la aclaración, esto es, el error por omisión, cambio o alteración de palabras, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“el legislador, entonces, no sólo previó la enmienda de los yerros aritméticos sino también la de aquellas fallas que en forma específica señalada en el inciso final de la norma antes trasuntada, esto es, cuando la incorrección tiene génesis en la omisión, cambio o alteración de palabras de lo dispuesto en la parte resolutive del fallo, facilitando así subsanar deficiencias diversas a las de índole aritmética”*⁵.

12. Finalmente, en cuanto a la complementación o adición, el artículo 287 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

“Artículo 287. Adición. Cuando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad”.

13. Según se puede observar, la adición o complementación de una sentencia corresponde a un remedio procesal que procede cuando el juez haya omitido resolver (i) sobre cualquiera de los *“extremos de la litis”*, esto es, sobre las peticiones básicas de las partes contenidas en sus pretensiones y excepciones; o (ii) sobre otros puntos que *“de conformidad con la ley”* debían ser objeto de

⁴ Al respecto, la doctrina ha considerado que, en estos casos, en realidad se trataría de un error por alteración de las palabras: *“cuestión diferente, caso en el cual se estaría frente a la corrección de otra clase de errores equiparables a alteración de palabras, no a la enmienda de un error aritmético, se presenta si por inadvertencia y mala digitación en la mecanografía se invierte una cifra, como sucedería si se escribe 1976 cuando retiradamente se ha mencionado 1979 que es la expresión correcta, pues en este evento se advierte al rompe que no existe falta alguna en operación aritmética”*. López Blanco, Hernán Fabio. *Código General del Proceso. Parte general*. Ed. Dupre Editores Ltda. Bogotá (2016). Pág. 702.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto AC637-2023 de 16 de marzo de 2023. M.P. Francisco Ternera Barrios.

pronunciamiento, tal como ocurre, por ejemplo, con la necesidad de que el juez se pronuncie en la sentencia sobre las sanciones derivadas del juramento estimatorio o sobre la conducta procesal de las partes.

14. Respecto de este mecanismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

"2.1. El instituto invocado, en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido, en esencia, es el mismo del artículo 287 del Código General del Proceso, vigente en forma integral a partir del 1º de enero de 2016, en virtud del Acuerdo PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, simplemente busca purgar omisiones decisorias, a efectos de agotar la jurisdicción.

"Por esto, su aplicación resulta improcedente, al decir de la Sala, cuando busca '(...) tocarse lo ya resuelto o definido', bajo cualquier pretexto, verbi gratia, la insuficiente motivación, a fin de obtener una decisión distinta a la espetada, pues si esa es la aspiración, como en otra ocasión se señaló, '(...) esto implica que hubo un pronunciamiento sobre el particular, con independencia de las razones que se hayan aducido para el efecto'"⁶.

15. Más recientemente, dicha Corporación reiteró lo siguiente:

"La adición, por su parte, procede cuando la autoridad judicial «omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento» (artículo 287, ejusdem), actuación que el juzgador también puede acometer de oficio, o a solicitud de parte, siempre y cuando sea elevada dentro del término de ejecutoria de la decisión respectiva.

"Del contenido de la última norma trasuntada puede colegirse que la complementación de providencias judiciales sólo será viable cuando se omite resolver sobre aspectos que fueron oportunamente planteados por las partes, o lo que es lo mismo, cuando el juez haya omitido realizar un pronunciamiento integral sobre lo pedido"⁷.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto AC1262-2016 de 7 de marzo de 2016. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto AC246-2023 de 9 de marzo de 2023. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

16. De lo expuesto se concluye, entonces, que las solicitudes de aclaración, corrección y complementación tienen un alcance restringido pues, como lo explica la doctrina, *“la aclaración procederá cuando existen conceptos oscuros o ambiguos que pueden generar duda, la complementación cuando se dejó de resolver alguno de los puntos expresamente sometidos a la decisión de los árbitros o cuando no se decidió sobre la condena en costas y la corrección de errores aritméticos o de otra índole si se ha incurrido en ellos, **siempre con la limitación de que so pretexto de observar alguna de estas conductas no pueden modificar los árbitros lo ya decidido (...)**”*⁸ (se destaca).

2. Las solicitudes de aclaración, corrección y complementación formuladas por la Convocante

17. La Convocante presentó las siguientes solicitudes de aclaración, corrección y complementación del Laudo, que se resolverán en el mismo orden en el que fueron propuestas:

2.1. Corrección y complementación del Laudo respecto de la forma de pago de la indemnización

2.1.1. La solicitud de AIR-E

18. AIR-E solicita que, *“por la vía de la corrección y de la complementación”*, se ordene que el pago de las condenas impuestas a su cargo se difiera en los instalamentos que el Tribunal estime prudentes, o que se amplíe el plazo para el pago por el término que se considere pertinente. Esta solicitud la fundamenta en que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que se condena a una indemnización de perjuicios, el juzgador puede ordenar que el pago se realice en una forma distinta a la solicitada por el demandante, si considera que dicha forma de pago es más adecuada para reparar el perjuicio sufrido por la víctima, sin que se trate de un cambio en el objeto de la pretensión.

19. Adicionalmente, señala que AIR-E es una empresa de servicios públicos domiciliarios dedicada a la generación, distribución y comercialización de energía eléctrica en los departamentos de Atlántico, Magdalena y La Guajira, por lo que la condena podría afectar la prestación de este servicio público esencial. Lo anterior, comoquiera que existiría el riesgo de que, vencido el plazo de diez (10)

⁸ López Blanco, Hernán Fabio. *El Proceso Arbitral Nacional*. Ed. Dupré Editores. Bogotá (2013). Pág. 191.

días, UFINET inicie un proceso ejecutivo con medidas cautelares que excedan la cuantía de la condena. Para evitar esta situación solicita, entonces, que el Tribunal ordene que el pago de la condena se realice en cuotas o que se amplíe el plazo para su pago, para efectos de lo cual propone que se difiera el pago en cuotas mensuales durante cinco (5) años a partir de la fecha de ejecutoria del laudo.

2.1.2. Consideraciones del Tribunal

20. Verificada la solicitud de corrección y complementación formulada por AIR-E, anteriormente reseñada, encuentra el Tribunal que lo que en realidad pretende la Convocante es que se modifique un aspecto sustancial de la decisión, esto es, que se le conceda un plazo adicional para el pago de las condenas impuestas a su cargo. Sobre el particular, en relación con el término concedido a AIR-E para el pago de la indemnización de perjuicios decretada a favor de UFINET se observa lo siguiente: (i) el Tribunal no incurrió en error alguno en los términos del artículo 286 del Código General del Proceso, pues no existe equivocación aritmética, ni tampoco omisión, alteración o cambio de palabras; y (ii) no se trata de un asunto respecto del que el Tribunal haya omitido pronunciarse, debiendo hacerlo.

21. En efecto, en los numerales decimoquinto y decimosexto del aparte resolutivo del Laudo, de manera clara y expresa se dispuso lo siguiente, en lo que a la solicitud que se analiza corresponde:

*"Decimoquinto. Condenar a AIR-E S.A.S. E.S.P. a pagar a UFINET COLOMBIA S.A. la suma de (...), por concepto daño emergente futuro, **que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo**, por las razones expuestas en la parte motiva (...).*

*"Decimosexto. Condenar a AIR-E S.A.S. E.S.P. a pagar a UFINET COLOMBIA S.A. la suma (...), por concepto de lucro cesante futuro, **que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del Laudo**, por las razones expuestas en la parte motiva (...)" (se destaca).*

22. De la lectura de las decisiones antes transcritas se desprende con facilidad, según se anunció, que el Tribunal: (i) no incurrió en un error que deba ser rectificado, toda vez que, para la determinación del plazo concedido para el pago de las condenas citadas, no era necesario realizar operación aritmética alguna, así como tampoco se evidencia una omisión o alteración de las palabras; y (ii)

no incurrió en omisión alguna que deba ser subsanada, pues de manera expresa se señaló cuál es el término con el que cuenta AIR-E para el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, y desde cuándo inicia su cómputo, esto es, diez (10) días hábiles a partir del día siguiente a la ejecutoria del laudo.

23. Así las cosas, no procede la solicitud de corrección y complementación formulada por AIR-E, comoquiera que, según se expuso, tiene por objeto que se modifique un aspecto sustancial del Laudo, esto es, *“ordenar un pago en instalamentos (...), o que se sirva ampliar el término para pagar las condenas”*, lo que excede el alcance de dichas figuras, pues al juez le está proscrito modificar su decisión.

24. Lo anteriormente expresado se entiende sin perjuicio, claro está, de lo que las partes puedan acordar respecto de la forma de pago de las condenas impuestas en el Laudo, pues se trata de un derecho subjetivo de contenido patrimonial del que UFINET puede disponer.

2.2. Corrección y complementación del Laudo respecto de la condena por daños futuros

2.2.1. La solicitud de AIR-E

25. La Convocante solicita que se corrija y se complemente el Laudo en lo que respecta a la liquidación de la condena por concepto de daño emergente y lucro cesante futuros, pues considera que *“no se ajustó con arreglo a los parámetros que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene sentados para la liquidación de esta tipología de perjuicio”*. Lo anterior, por cuanto no se habría descontado el interés puro civil del 6% en el cálculo de la indemnización.

26. Por lo tanto, a juicio de la Convocante, se hace necesario que el Laudo se corrija y se adicione en este aspecto, de tal manera que a la condena se le reste el interés puro civil con arreglo a lo establecido por la jurisprudencia.

2.2.2. Consideraciones del Tribunal

27. Analizada la petición de AIR-E, concluye el Tribunal que no se presentó error alguno en el Laudo que, en los términos del artículo 286 del Código General del Proceso y de la jurisprudencia anteriormente citada, deba ser subsanado, así como tampoco se trata de un asunto respecto del que el Tribunal haya omitido pronunciarse, debiendo hacerlo, por lo que tampoco procede la complementación de la decisión.

28. En efecto, según se explicó con suficiencia en el Laudo, para el cálculo de los daños futuros reclamados por UFINET, correspondientes al daño emergente y al lucro cesante que se causarían con posterioridad a la expedición del fallo, el Tribunal aplicó una tasa de descuento del 9,24%, de conformidad con lo establecido en el dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. En concreto, en el Laudo se precisó lo siguiente:

"757. A las sumas que se obtengan del cálculo anterior [daño emergente futuro], se les aplicará la tasa de descuento calculada por MEJORACINCO del 9,24%, que el Tribunal estima razonable con fundamento en las consideraciones que se desarrollan en detalle al liquidar el lucro cesante futuro.

"(...)

"792. Finalmente, MEJORACINCO aplicó una tasa de descuento del 9,24% sobre el resultado que obtuvo, con el propósito de traer a valor presente los flujos operacionales que calculó. Para el efecto, MEJORACINCO utilizó el modelo denominado 'Capital Asset Pricing Model' (CAPM). (...).

"799. A las sumas que se obtengan del cálculo anterior [lucro cesante futuro], se les aplicará la tasa de descuento calculada por MEJORACINCO del 9,24%" (se destaca).

29. Es evidente, entonces, que el Tribunal sí tuvo en cuenta que, tratándose de daños futuros, era necesario aplicar una tasa de descuento con el propósito de traer a valor presente esas cifras futuras, para cuya determinación tuvo en consideración, entre otros factores, el costo de oportunidad del dinero. En efecto, la tasa CAPM, que fue la aplicada por el perito MEJORACINCO S.A.S. y acogida por el Tribunal de conformidad con la valoración que realizó de dicho peritaje en conjunto con el dictamen de contradicción elaborado por KPMG Advisory, Tax & Legal S.A.S., incorpora, entre otros elementos, el costo de oportunidad del dinero, que es precisamente lo que pretende la jurisprudencia civil citada por la Convocante cuando, al liquidar el lucro cesante futuro por daños causados a persona naturales, computa un descuento equivalente al 6% del interés puro civil. Así las cosas, resulta claro que el Tribunal no incurrió en error ni omisión alguna, pues sí tomó en consideración la necesidad de aplicar un descuento a las sumas futuras, que efectivamente fue calculado.

30. En consecuencia, no resulta procedente la solicitud de corrección y adición elevada por AIR-E en el sentido de aplicar un descuento del 6% a la liquidación de la indemnización de perjuicios.

2.3. Corrección del Laudo respecto de errores de digitación

2.3.1. La solicitud de AIR-E

31. La Convocante solicita que se corrijan dos errores de digitación en los que habría incurrido el Tribunal: (i) el primero, contenido en el párrafo 801 del Laudo, en el que se habría utilizado la expresión "*lucro emergente futuro*" en lugar de "*lucro cesante futuro*"; y (ii), el segundo, contenido en el párrafo 802 del fallo, pues los valores expresados en números no coinciden con la cifra expresada en letras⁹.

2.3.2. Consideraciones del Tribunal

32. Examinada la solicitud de corrección del Laudo por errores de digitación, encuentra el Tribunal que le asiste razón a AIR-E, toda vez que: (i) en el Laudo se incurrió en un error por un cambio en las palabras utilizadas en el párrafo 801, pues a lo que efectivamente se refería el Tribunal era al lucro "cesante" futuro, por lo que procede la corrección de la providencia en los términos solicitados por la Convocante; y (ii), en el párrafo 802 del Laudo se presenta una discrepancia entre los valores numéricos y su expresión en letras; sin embargo, respecto de esta última inconsistencia se advierte que, ante la solicitud de corrección formulada por UFINET, el Tribunal deberá ajustar las condenas por concepto de daño emergente y lucro cesante futuros, de manera que, en todo caso, el párrafo 802 será corregido, pero en los términos en los que se precisa más adelante en la presente providencia.

2.4. Complementación del Laudo respecto de la falta de valoración de las deficiencias formales de los dictámenes del perito Juan Manuel Roldán

2.4.1. La solicitud de AIR-E

33. La Convocante solicita la complementación del Laudo respecto de las objeciones que, en sus alegatos de conclusión, formuló en relación con las deficiencias formales de los dictámenes elaborados por el perito Juan Manuel Roldán, relativas al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 226 del Código

⁹ Respecto de esa segunda inconsistencia, la Convocante solicita que se "aclare" el error. Sin embargo, es claro que lo que en realidad pretende es, como lo expresa en su escrito, su corrección y no su aclaración.

General del Proceso. Sobre el particular, señala que los defectos alegados no fueron evaluados por el Tribunal, a diferencia de lo que ocurrió con los reparos formulados respecto del dictamen pericial elaborado por MEJORACINCO S.A.S. En este contexto, solicita que se complemente el Laudo en el sentido de hacer referencia a esas falencias y sus implicaciones.

2.4.2. Consideraciones del Tribunal

34. Estudiada la solicitud de complementación del Laudo formulada por AIR-E, encuentra el Tribunal que dicha petición resulta improcedente pues se refiere a un asunto relativo a la valoración probatoria, y no a un aspecto del Laudo que, en los términos del artículo 287 del Código General del Proceso, haya debido de ser decidido por el Tribunal de conformidad con la ley, pero este haya sido omisivo al respecto.

35. En todo caso, es pertinente anotar que el Tribunal les otorgó el mérito probatorio que la ley les asigna a los dictámenes periciales elaborados por el perito Juan Manuel Roldán, pues encontró reunidas las exigencias del artículo 226 del Código General del Proceso. En efecto, aunque en los alegatos de conclusión presentados por AIR-E se argumentó que el dictamen de contradicción técnico elaborado por el experto no cumplía con la exigencia prevista en el numeral 10 del artículo 226 del Código General del Proceso, en tanto no se aportaron los soportes utilizados por el perito para concluir que *"Ufinet ha realizado las actividades para superar las conexiones ilegales y las demás incidencias asociadas a la infraestructura eléctrica de Air-e"*, lo cierto es que tales soportes se aportaron con el dictamen de contradicción en materia de seguridad elaborado también por el perito Juan Manuel Roldán, y, por ende, ya obraban en el expediente.

36. En ese orden de ideas, la falta de una mención expresa sobre un reparo formulado por AIR-E en sus alegatos de conclusión respecto de un dictamen pericial no implica que se haya presentado una omisión que deba ser complementada por el Tribunal, pues, se reitera, en la valoración probatoria estaba implícita dicha consideración y, en todo caso, lo relativo al examen de las pruebas y su mérito no es un asunto susceptible, en general, de adición o complementación. Por consiguiente, no prospera la solicitud formulada por la Convocada en ese sentido.

3. Las solicitudes de corrección formuladas por la Convocada

37. La Convocada presentó las siguientes solicitudes de corrección del Laudo, que se resolverán en el mismo orden en el que fueron propuestas:

3.1. Corrección del Laudo respecto del periodo de descuento aplicado al daño emergente y al lucro cesante futuros

3.1.1. La solicitud de UFINET

38. UFINET solicita que se corrija el periodo respecto del cual el Tribunal aplicó la tasa de descuento para efectos de la liquidación del daño emergente y del lucro cesante futuros reconocidos a su favor, pues si bien en las consideraciones del Laudo se estableció que el periodo indemnizable comprendería desde el 16 de junio de 2023 hasta el 2 de marzo de 2045, al realizar los cálculos se aplicó la tasa de descuento desde el 1° de enero de 2022.

39. Al respecto, la Convocada explica que las consideraciones relativas a la limitación del periodo indemnizable, tanto del daño emergente como del lucro cesante, *“también resultan aplicables a los periodos de descuento que aplicó el Tribunal en ambos casos”*, de manera que *“el descuento de los flujos, al igual que la liquidación de los perjuicios, debe realizarse a partir del 16 de junio de 2023 (...), y no desde el 1 de enero de 2022”*.

40. Por lo anterior, UFINET considera que el Tribunal incurrió en un error puramente aritmético, toda vez que: (i) al calcular el daño emergente futuro, *“en el apartado denominado ‘Cálculo con Postes Ajustados Nuevo Gasto y retirando el costo de collocation’, el Tribunal indicó que el periodo de cálculo comprende del ‘17 de junio de 2023 a 2 de marzo de 2045 (ambas fechas inclusive)’*, sin embargo, en el apartado *‘Revisión Valor Descontado’* calculó el descuento de flujos desde 2022”; y (ii) al calcular el lucro cesante futuro, *“en el apartado denominado ‘Ajustado el Periodo de 17 de junio de 2023 a 2 de marzo de 2045 (ambas fechas inclusive)’ el Tribunal también incurrió en un error susceptible de corrección, pues calculó el descuento de flujos desde 2022”*.

41. Como consecuencia de los errores aritméticos a los que se ha hecho referencia, el resultado de la liquidación realizada por el Tribunal habría sido inferior al valor que efectivamente debió reconocerse a la Convocada teniendo en cuenta la limitación temporal que debió aplicarse a la tasa de descuento, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del Laudo. Por consiguiente, UFINET solicita la corrección del Laudo con el propósito de que se le reconozcan los mayores valores respectivos por concepto de daño emergente y lucro cesante futuros.

3.1.2. Consideraciones del Tribunal

42. Analizada la solicitud de corrección formulada por UFINET respecto de la tasa de descuento aplicada en la liquidación del daño emergente y del lucro cesante futuros, se observa que le asiste razón a la Convocada en el sentido de que el Tribunal incurrió en un error puramente aritmético, toda vez que existe una contradicción entre la fórmula que fue definida para el cálculo de la indemnización de perjuicios (y las variables que la componen) y la forma en la que fue aplicada. En efecto, el Tribunal concluyó que, tratándose de perjuicios futuros, su cálculo debía realizarse a partir de la fecha del Laudo, además de lo cual estimó que, en todo caso, no estaba probada la existencia de dichos perjuicios para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2022 y la fecha en la que se profirió el Laudo, esto es, el 16 de junio de 2023, motivo por el cual resolvió que, para la liquidación de las condenas respectivas, debía excluirse del cálculo dicho periodo. No obstante, al realizar la operación matemática, se aplicó la tasa de descuento desde el 1º de enero de 2022, es decir, para efectos del cálculo del mencionado descuento se computó una variable que, en la parte motiva del Laudo, expresamente se había excluido, conforme pasa a explicarse en detalle.

43. Respecto del daño emergente futuro reclamado por UFINET en la demanda de reconvención reformada, con fundamento en la valoración de las pruebas practicadas en el proceso el Tribunal concluyó lo siguiente:

*"753. De lo anterior se colige que no está probada la existencia de un daño emergente entre el 1º de enero de 2022 y la fecha del presente laudo, pues, hasta el momento, UFINET ha seguido utilizando la Infraestructura Eléctrica sin haber pagado una contraprestación por dicho concepto, como resulta lógico, toda vez que el usufructo y el derecho de uso continúan vigentes hasta que se produzca su extinción como consecuencia de la terminación del Contrato que decretará el Tribunal. De allí que **las cifras que por ese concepto fueron calculadas por MEJORACINCO para el periodo comprendido entre la fecha antes mencionada y el 16 de junio de 2023 (inclusive), deban excluirse.***

*"754. Asimismo, debido a que **el Tribunal concluyó que el Contrato únicamente podía extenderse hasta el 2 de marzo de 2045**, la indemnización solo se debe calcular hasta esa fecha.*

"(...)

"756. Adicionalmente, **la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el 16 de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045**, por las razones anteriormente señaladas.

"757. **A las sumas que se obtengan del cálculo anterior, se les aplicará la tasa de descuento** calculada por MEJORACINCO del 9,24%, que el Tribunal estima razonable con fundamento en las consideraciones que se desarrollan en detalle al liquidar el lucro cesante futuro" (se destaca).

44. En cuanto al lucro cesante futuro, con fundamento en la valoración de las pruebas practicadas en el proceso el Tribunal concluyó lo siguiente:

"793. Por otra parte, se observa que el perito MEJORACINCO calculó el lucro cesante 'futuro' desde el 1° de enero de 2022 y hasta mayo del año 2051. Sin embargo, **es necesario limitar temporalmente la indemnización de este perjuicio**, comoquiera que el daño futuro es el que se causa con posterioridad a la sentencia que lo reconoce, por lo que **el Tribunal deberá excluir del cálculo el período comprendido entre el 1° de enero de 2022 y el 16 de junio de 2023**. Además de que se trataría de daños pasados o consolidados, se encuentra probado que UFINET conserva los acuerdos de compartición de redes que celebró con terceros PRST en su calidad de usufructuaria de la Infraestructura Eléctrica de AIR-E, distintos de aquellos a los que se hizo referencia en la reclamación por concepto de lucro cesante consolidado (cuyo reconocimiento se negó por las razones expuestas en el acápite respectivo), y ha percibido una utilidad derivada de ellos. Sobre el particular, AIR-E ha señalado que, a la fecha, UFINET aún mantiene su posición en los contratos celebrados con los PRST y que, incluso, ha suscrito nuevos acuerdos, afirmaciones que no han sido desvirtuadas por la Convocante en Reconvención quien, con razón, ha considerado que el Contrato continúa vigente.

"(...)

"795. De lo anterior se colige que no está probada la existencia de un lucro cesante entre el 1° de enero de 2022 y la fecha del presente laudo, pues, hasta el momento, UFINET ha seguido percibiendo utilidades por los acuerdos de compartición celebrados con los PRST que se encuentran vigentes. De allí que **las cifras que por ese concepto fueron calculadas por MEJORACINCO para el periodo**

comprendido entre la fecha antes mencionada y el 16 de junio de 2023 (inclusive), deban excluirse.

"796. Asimismo, debido que el Tribunal concluyó que el Contrato únicamente podía extenderse hasta el 2 de marzo de 2045, la indemnización solo se debe calcular hasta esa fecha.

"(...)

"798. Adicionalmente, la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el 16 de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas.

"799. A las sumas que se obtengan del cálculo anterior, se les aplicará la tasa de descuento calculada por MEJORACINCO del 9,24%" (se destaca).

45. Según se desprende de la lectura integral de los párrafos anteriormente citados, el Tribunal consideró que, además de que conceptualmente el daño futuro hace referencia a los detrimentos que se habrán de materializar con posterioridad a la sentencia, en el caso particular no estaba probada la existencia de un daño "futuro", en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, respecto del periodo comprendido entre el 1° de enero de 2022 y el 16 de junio de 2023, por las razones consignadas en los apartes anteriormente transcritos. De allí que expresamente se señalara que la mencionada época sería excluida de los cálculos, pues el periodo indemnizable iniciaba el 17 de junio de 2023 y finalizaba el 2 de marzo de 2045, ambas fechas inclusive. Asimismo, se precisó que "a las sumas que se obtengan del cálculo anterior", es decir, a las cifras que resultaran de realizar la operación matemática en los términos en los que fue definida por el Tribunal, se les aplicaría la tasa de descuento.

46. Sin embargo, la tasa de descuento fue erróneamente aplicada al periodo excluido de conformidad con las consideraciones fácticas y jurídicas anteriormente reseñadas, pues, efectivamente, en la liquidación del daño emergente y del lucro cesante futuros se aplicó un descuento para los años 2022 y 2023, cuando en realidad: (i) no debió tenerse en cuenta, en absoluto, el año 2022; y (ii), respecto del año 2023, únicamente debió considerarse el periodo comprendido entre el 17 de junio y el 31 de diciembre.

47. El error antes mencionado resulta evidente, además, porque para la estimación del valor de las demás variables de la fórmula ("ingresos", "pagos Air-e", "otros costos", "contribuciones", "otros gastos", "capital de trabajo",

“cuentas por cobrar NO recuperables” e “impuestos”), no se incluyó el año 2022 y, en cuanto al año 2023, únicamente se consideró el valor proporcional desde el 17 de junio.

48. Así las cosas, con el fin de ajustar la liquidación de la indemnización de perjuicios a los parámetros definidos por el Tribunal en las consideraciones del Laudo —particularmente en lo que respecta al periodo indemnizable—, es indispensable proceder a la corrección del cálculo en el sentido de excluir la tasa de descuento que equivocadamente se consideró para el año 2022 y ajustarla proporcionalmente para el año 2023, esto es, solo a partir del 17 de junio.

49. Como consecuencia de lo anterior, las cifras corregidas corresponden a las siguientes: (i) por concepto de daño emergente futuro, nueve mil ochocientos ochenta y seis millones de pesos (\$9.886.000.000), lo que significa una diferencia a favor de UFINET de mil doscientos dos millones de pesos (\$1.202.000.000) en relación con la condena inicialmente calculada en el Laudo; y (ii), por concepto de lucro cesante futuro, treinta mil quinientos cincuenta y dos millones de pesos (\$30.552.000.000), lo que significa una diferencia a favor de UFINET de tres mil setecientos siete millones de pesos (\$3.707.000.000) en relación con la condena inicialmente calculada en el Laudo. El detalle de los cálculos respectivos se incorpora al expediente en el archivo Excel denominado “*Liquidación de perjuicios corregida*”¹⁰.

3.2. Corrección del Laudo respecto del descuento aplicado al lucro cesante futuro por concepto de costos fiscales

3.2.1. La solicitud de UFINET

50. UFINET solicita que se corrija el Laudo en lo que respecta a la deducción aplicada al lucro cesante futuro por concepto de costos fiscales, pues considera que se trata de un factor que no debió tomarse en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio. En concreto, la Convocada manifiesta que el Tribunal descontó, por concepto de impuesto a la renta, un 35% de los flujos de caja operacionales para efectos de la liquidación del lucro cesante futuro, lo que generaría una doble deducción o descuento por el mismo concepto, pues UFINET también deberá cancelar dicho tributo sobre la condena que se pague a su favor a título de lucro cesante futuro.

51. Por lo anterior, la Convocada sostiene que el Tribunal cometió un error aritmético al incluir el mencionado descuento, lo que habría conducido a que se

¹⁰ Expediente Digital: PRINCIPAL 9/31_Laudo AIR-E v. UFINET-Liquidación de perjuicios corregida_Acta 45_20230607

le reconociera un menor valor por concepto de lucro cesante futuro, por lo que *“se deben ajustar los flujos a descontar para excluir la deducción del 35% por la estimación del impuesto de renta que debería ser asumido a futuro de no haber terminado el Contrato”*.

3.2.2. Consideraciones del Tribunal

52. Estudiada la solicitud de corrección elevada por UFINET respecto de la deducción aplicada a la liquidación del lucro cesante futuro, observa el Tribunal que la Convocada pretende en realidad que, por esa vía, se modifique un aspecto de fondo de la decisión y no un asunto meramente aritmético: la inclusión de la carga fiscal como uno de los descuentos aplicables al cálculo del lucro cesante futuro, por tratarse de un costo en el que habría tenido que incurrir para obtener la utilidad frustrada. Se trata, entonces, de una discrepancia de la Convocada con el criterio del Tribunal y la decisión que, con fundamento en la jurisprudencia y la valoración conjunta de los dictámenes financieros elaborados por MEJORACINCO S.A.S. y KMPG Advisory, Tax & Legal S.A.S., adoptó en el sentido de incluir, en la cuantificación del lucro cesante futuro, un descuento por concepto de los costos tributarios en los que la Convocante habría tenido que incurrir de haber seguido ejecutando el Contrato y obteniendo los ingresos que ahora se estiman perdidos.

53. Al respecto, en el Laudo se explicó en detalle lo siguiente:

*“777. En cuanto a la segunda de las críticas, esto es, que no se incluyó la carga fiscal para efectos de descontarla, encuentra el Tribunal que le asiste razón a KPMG. En efecto, como se explicó en párrafos anteriores, **la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia [Sentencia de 14 de noviembre de 2008. Exp. No.70001 3103 004 1999 00403 01] ha señalado que, para efectos del cálculo del lucro cesante, es necesario descontar los impuestos a los que haya lugar, pues se trata de una erogación en la que la parte interesada necesariamente tendría que incurrir para obtener una utilidad por el desarrollo de su negocio. En este caso, es claro que UFINET tenía que incurrir en pagos por los tributos relacionados con los ingresos que le reportaba el Contrato, pues incluso en sus estados financieros registraba una provisión para el impuesto de renta. Sin embargo, nada dijo el dictamen de MEJORACINCO sobre este punto. En consecuencia, el Tribunal procederá a descontar de los flujos de caja operacionales el valor correspondiente a los costos fiscales, a la tarifa correspondiente al impuesto sobre la renta que, de conformidad con***

lo establecido en el artículo 7º la Ley 2155 de 2021, es del 35% para personas jurídicas, a partir del año gravable 2022. Este porcentaje se deducirá del monto de los flujos de caja operacionales ya ajustados, esto es, luego de descontado el 9,977% de los ingresos facturados que no se recaudan (rubro sobre el que el Tribunal volverá más adelante) y que, por lo tanto, es deducible de la base de liquidación del impuesto sobre la renta” (se destaca).

54. De la cita anterior se desprende que el Tribunal no incurrió en un error aritmético al computar un descuento equivalente al 35% por concepto de impuesto a la renta, calculado respecto del flujo de caja operacional ajustado. Lo que ocurre es que la Convocada no comparte las consideraciones fácticas y jurídicas que condujeron al Tribunal a la conclusión que se censura. En efecto, lo que solicita la Convocada es que se modifique uno de los factores de la fórmula aplicada por el Tribunal para la liquidación del lucro cesante futuro, esto es, que se prescinda totalmente del componente relativo a la carga fiscal, petición que excede el alcance de la solicitud de corrección, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia citada en párrafos anteriores, la corrección “*no constituye un expediente para que el juez pueda modificar otros aspectos - fácticos o jurídicos - que, finalmente, impliquen un cambio del contenido jurídico sustancial de la decisión*”.

55. Por lo tanto, se negará la solicitud de corrección respecto del descuento aplicado al lucro cesante futuro por concepto de costos fiscales.

4. Corrección de oficio

56. Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 287 del Código General del Proceso, el Tribunal procederá a corregir de oficio los párrafos 756 y 798 del Laudo, pues advierte que incurrió en un error de digitación en lo que respecta a la fecha inicial del periodo indemnizable. En efecto, en los mencionados párrafos se señala que “*la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el **16 de junio de 2023** y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas*” (se destaca). Sin embargo, como se explicó en el Laudo, la indemnización por concepto de daño emergente y de lucro cesante futuros se reconoció a partir del 17 de junio de 2023, es decir, desde el día siguiente a la notificación del Laudo. Así se señaló en los párrafos 753, 793 y 795 del Laudo, y, en efecto, las condenas impuestas a AIR-E se calcularon desde el 17 de junio de 2023 y hasta el 2 de marzo de 2045, ambas fechas inclusive.

57. En ese contexto, es evidente el error de digitación en el que incurrió el Tribunal al alterar, en los párrafos 756 y 798, la fecha inicial de los cálculos, por lo que se procederá a su ajuste.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal:

RESUELVE

Primero. Por las razones expuestas en la parte motiva, acceder parcialmente a la solicitud de corrección del Laudo formulada por **AIR-E S.A.S. E.S.P.** en el literal denominado "(c) respecto de ciertos errores de digitación", en el sentido de sustituir la expresión "lucro emergente futuro", contenida en el párrafo 801 del Laudo, por la expresión "lucro cesante futuro".

Segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las demás solicitudes de aclaración, corrección y complementación del Laudo formuladas por **AIR-E S.A.S. E.S.P.**

Tercero. Por las razones expuestas en la parte motiva, acceder a la solicitud de corrección del Laudo formulada por **UFINET COLOMBIA S.A.** en el literal denominado "A. Corrección a los periodos de descuento aplicados al daño emergente y al lucro cesante futuros", en el sentido de excluir la aplicación de la tasa de descuento para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2022 y el 16 de junio de 2023, ambas fechas inclusive.

Cuarto. Por las razones expuestas en la parte motiva, negar la solicitud de corrección del Laudo formulada por **UFINET COLOMBIA S.A.** en el literal denominado "B. El descuento efectuado por concepto de costos fiscales frente al lucro cesante futuro".

Quinto. Como consecuencia de lo dispuesto en los numerales primero y tercero anteriores, se corrige el texto de los párrafos 756, 758, 759, 798, 799, 801 y 802 de la parte motiva, y de los numerales decimoquinto y decimosexto del aparte resolutivo de Laudo, en los siguientes términos:

"756. Adicionalmente, la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el [17] de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas.

"758. Aplicado lo anterior, se obtiene la suma de [nueve mil ochocientos ochenta y seis millones de pesos (\$9.886.000.000)]. El

detalle de los cálculos respectivos se incorpora al expediente en el archivo Excel denominado 'Liquidación de perjuicios [corregida]'.

"759. Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal accederá a la pretensión octava principal de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenará a AIR-E a pagarle a UFINET, a título de daño emergente futuro, la suma de [nueve mil ochocientos ochenta y seis millones de pesos (\$9.886.000.000)].

"798. Adicionalmente, la liquidación se limitará al periodo comprendido entre el [17] de junio de 2023 y el 2 de marzo de 2045, por las razones anteriormente señaladas.

"800. Aplicado el procedimiento de cálculo antes explicado, se obtiene la suma de [treinta mil quinientos cincuenta y dos millones de pesos (\$30.552.000.000)]. El detalle de los cálculos respectivos se incorpora al expediente en un archivo Excel denominado 'Liquidación de perjuicios [corregida]'.

"801. Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal accederá a la pretensión décima principal de la demanda de reconvención reformada y, en consecuencia, condenará a AIR-E a pagarle a UFINET, a título de lucro [cesante] futuro, la suma de [treinta mil quinientos cincuenta y dos millones de pesos (\$30.552.000.000)].

"802. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que las pretensiones octava y décima principal de la demanda de reconvención reformada están llamadas a prosperar y, en consecuencia, se condenará a AIR-E al pago de las siguientes sumas de dinero: (i) por concepto de daño emergente futuro, la suma de [nueve mil ochocientos ochenta y seis millones de pesos (\$9.886.000.000)]; y (ii) por concepto de lucro cesante futuro, la suma de [treinta mil quinientos cincuenta y dos millones de pesos (\$30.552.000.000)]. Lo anterior, toda vez que está acreditado que, como consecuencia de la terminación del Contrato por incumplimiento grave de AIR-E, desde la fecha del laudo y en adelante, UFINET tendrá que pagar por el uso de la Infraestructura Eléctrica (daño emergente futuro) y dejará de percibir las utilidades a las que tenía derecho en virtud del Contrato (lucro cesante futuro).

"Decimoquinto. Condenar a AIR-E S.A.S. E.S.P. a pagar a UFINET COLOMBIA S.A. la suma de [nueve mil ochocientos ochenta y seis

millones de pesos (\$9.886.000.000)], por concepto daño emergente futuro, que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, por las razones expuestas en la parte motiva. Por lo tanto, prospera parcialmente la octava pretensión principal de la demanda de reconvención reformada.

"Decimosexto. Condenar a **AIR-E S.A.S. E.S.P.** a pagar a **UFINET COLOMBIA S.A.** la suma de [treinta mil quinientos cincuenta y dos millones de pesos (\$30.552.000.000)], por concepto de lucro cesante futuro, que deberá pagar dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, por las razones expuestas en la parte motiva. Por lo tanto, prospera parcialmente la décima pretensión principal de la demanda de reconvención reformada".

Sexto. Expedir por secretaría: **(i)** copia autentica de la presente decisión, con destino a las partes; **(ii)** constancia de ejecutoria del Laudo proferido el 16 de junio de 2023 y de la presente decisión de corrección del citado Laudo, de conformidad con el artículo 114 del Código General del Proceso.

Notifíquese.

Asiste a través de medios electrónicos

Arturo Solarte Rodríguez

Presidente

Asiste a través de medios electrónicos

Carlos Gustavo Arrieta Padilla

Árbitro

Asiste a través de medios electrónicos

Sergio Muñoz Laverde

Árbitro



Patricia Zuleta García

Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL

De conformidad con los artículos 114 y 115 del Código General del Proceso y lo ordenado por el Tribunal, se expide la constancia de que ésta es la primera copia auténtica que presta mérito ejecutivo del **LAUDO ARBITRAL** mediante el cual se resolvieron las diferencias surgidas entre **AIR-E S.A.S. E.S.P** y **UFINET COLOMBIA S.A.** en trescientos treinta y ocho (338) folios útiles correspondientes al texto del Acta No. 44, que incluye el LAUDO ARBITRAL dictado por el Tribunal el DIECISÉIS (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023), y notificado a las partes en la audiencia de esa misma fecha; y en veinticuatro (24) folios útiles copia auténtica del Auto No.69 [Acta 45] que contiene la providencia por la cual se decide la solicitud de aclaración y complementación presentada al laudo y notificado a las partes por medios virtuales -de conformidad con el art. 31 de la Ley 1563 de 2012 - el día SEIS (06) de JULIO de dos mil veintitrés (2023).

Conforme con lo anterior y de acuerdo con el art. 302 del C.G.P, el laudo se encuentra debidamente EJECUTORIADO.

Expido la presente en Bogotá D.C. a los DIECISIETE (17) días del mes de JULIO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).



PATRICIA ZULETA GARCIA

Secretaria