

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

Vs

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

RADICACION: A-20220927/0873

LAUDO ARBITRAL

Proferido por el Tribunal Arbitral integrado por los árbitros
Iván Ramírez Württemberger (Presidente), Luz Stella Alvarado Orozco y Henry
Sanabria Santos

Secretaria del Tribunal: Rubria Elena Gómez Estupiñán

Cinco (05) de Marzo de Dos Mil Veinticuatro (2024)

La parte convocada al presente proceso arbitral es **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.**, empresa industrial y comercial del Estado de orden municipal, domiciliada en el municipio de Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, identificada con NIT No. 890.399.003-4, creada mediante Acuerdo 014 de 1996 proferido por el Concejo Municipal de Cali - Modificado por los Acuerdos Municipales 34 de 1999 y 489 de 2020, representada legalmente por **Fulvio Leonardo Soto Rubiano**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.326.150 de Palmira, en su condición de Gerente General.

1.2 Parte Convocada

La parte que convocó el presente proceso arbitral es **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, sociedad comercial constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con Nit No. 800.153.993-7, representada legalmente por **Felipe Alejandro García Ávila**, mayor de edad, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.030.551.017.

1.1 Parte Convocante

1. Partes Procesales

I. ANTECEDENTES

Agotado el trámite procesal con observancia de los requisitos legales y sin advertir causales de nulidad, el Tribunal Arbitral profiere dentro de término legal, el Laudo resolviendo en derecho las controversias que plantea ante este Tribunal **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** en contra de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.** como parte Convocada, en razón de las diferencias que surgieron entre ellos durante la ejecución del Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito el diecisiete (17) de mayo de 2016 entre ambas sociedades previos los siguientes antecedentes y preliminares

Santiago de Cali, Cinco (05) de marzo de 2024

LAUDO ARBITRAL

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.
VS.
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.
VS.
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

1.3 Apoderados

Por tratarse de un proceso arbitral de mayor cuantía cuya decisión debe ser proferida en derecho, las partes ejercieron su derecho de postulación a través de abogados.

La parte convocante ha estado representada en este proceso por su mandatario judicial, doctor **Roberto Zorro Talero** mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.324.951 de Bogotá y tarjeta profesional No. 75.328 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, según poder especial otorgado quien lo sustituyó al doctor **Wilmer Leandro Atuesta**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.428.381 y tarjeta profesional No. 195.839 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura. A su vez, la Parte Convocada estuvo representada el doctor **Jesús Marino Ospina Mena**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.790.690 y Tarjeta Profesional No. 82.535 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien lo sustituyó en algunas ocasiones al doctor **Carlos Alberto Atehortua Ríos**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 70.066.297 y tarjeta profesional No. 27.468 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, a todos los cuales, en su oportunidad, previa verificación de su calidad de apoderados y antecedentes, el Tribunal les reconoció personería para actuar.

2. Ministerio Público

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali informó a la Procuraduría General de la Nación de la presentación de la demanda arbitral, para los efectos del Decreto 262 de 2000 y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del C.G.P., y los numerales 1 y 4, letra a) del artículo 46 del mismo estatuto, siendo designado para acompañar este proceso, el doctor **Solís Ovidio Guzmán**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.695.681 de La Vega y Tarjeta Profesional No. 86.163 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de Procurador 18 Judicial II para Asuntos Administrativos del Valle del Cauca.

3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, informó a la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** de la presentación de la demanda arbitral quien no se pronunció

4. El contrato origen de las controversias

Junto a la demanda arbitral inicial y su reforma, la parte Convocante aportó copia del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito entre **Emcali E.I.C.E. E.S.P.** y **Telmex Colombia S.A.**— hoy **Comcel S.A.**— el diecisiete (17) de mayo de 2016¹, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera (1) del mismo, permitió “el uso remunerado, no exclusivo, de la infraestructura aérea y subterránea del distribuidor de energía de **EMCALI EICE ESP**, para la prestación de servicios de comunicaciones y/ o televisión por parte de **TELMEX**”.

5. El pacto arbitral – Cláusula Compromisoria

En el Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito el diecisiete (17) de mayo de 2016 entre **Emcali E.I.C.E. E.S.P.** y **Telmex Colombia S.A.**— hoy **Comcel S.A.**— las partes pactaron Cláusula Compromisoria sometiendo todas las diferencias o discrepancias surgidas durante la ejecución de ese Acuerdo a la justicia arbitral, tal como consta en la *cláusula décima quinta* (15) el citado contrato, en la que acordaron lo siguiente:

“DECIMA QUINTA: SOLUCION DE CONTROVERSIAS. - El presente acuerdo se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Colombia. Las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa **las diferencias o discrepancias surgidas durante la ejecución del presente Acuerdo**, para el efecto, se pacta el siguiente procedimiento de solución de controversias: (...).

(v) *Surtido este término sin llegar a un acuerdo, se convocará un tribunal de arbitramento que funcionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, en la Ley 1563 de 2012 y demás disposiciones concordantes o complementarias, o por las que las modifiquen, adicionen, reglamenten o sustituyan, de acuerdo con las siguientes reglas: los costos del tribunal será asumidos por partes iguales, sin perjuicio de que la Parte vencida reembolse a la otra Parte los gastos en que esta parte incurrió; el tribunal estará conformado por un (1) o por tres (3) árbitros, en este último caso si la cuantía de la controversia supera los +00 SMLMV. Cuando el tribunal este integrado por (1) un árbitro este deberá ser nombrado de común acuerdo entre las partes; cuando sean tres árbitros, cada parte designará uno de ellos y el tercero será nombrado de común acuerdo entre las partes. En caso que no haya acuerdo en la designación conjunta de un árbitro, este será designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. Cada árbitro deberá ser abogado colombiano y su decisión será en derecho. En cualquier caso, el fallo de los árbitros tendrá los efectos que la Ley da a tales fallos.”* (Resalta y subraya el Tribunal)

¹ Carpeta denominada “003. Pruebas_Documentales_Ancxos.zip” de la Carpeta No. 1 Principal del Expediente digital, archivo denominado “PRUJB_A_No. 1_Cto de Compartición de Infra 2016”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

6. Trámite del Proceso Arbitral

6.1 La demanda arbitral

El veintisiete (27) de septiembre de 2022, **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, por intermedio de apoderado especial, solicitó de manera virtual al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir las controversias surgidas con las **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P. – Emcali E.I.C.E. E.S.P.**, relativas al presunto incumplimiento por parte de las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.** del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, entre otras, las obligaciones contenidas en el numeral 10 de la Cláusula 7.1 y los numerales 1 y 3 de la cláusula 7.2, ambas de la cláusula séptima (7), el numeral 10 de la cláusula octava (8), el parágrafo primero de la cláusula novena (9), la cláusula décimo quinta, el numeral 34.6 del artículo 34, numeral 9.3 del artículo 9, artículo 134, artículo 170, artículo 30, todos de la Ley 142 de 1994, y el numeral 4.11.1.8 de la Resolución CRC 5890 de 2020 y además, para que declare que las desconexiones de las fuentes de poder que **Empresas Municipales de Cali EICE. ESP** realizó los días 18 de enero de 2022 y 6 de febrero de 2022, fueron arbitrarias e ilegales en completo incumplimiento y desconocimiento del *Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del diecisiete (17) de mayo de 2016* y solicita la respectiva o consecuencial condena al pago de perjuicios a favor de la convocante, con intereses moratorios y/o remuneratorios.

6.2 La designación de los Árbitros

Ante la falta de Acuerdo entre las Partes en la designación de árbitros, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali designó, de conformidad con lo acordado en el pacto arbitral, a los Doctores Iván Ramírez Württemberger, Luz Stella Alvarado Orozco y Henry Sanabria Santos, quienes fueron ratificados en audiencia y dieron cumplimiento a las previsiones del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 en cuanto al deber de información, sin pronunciamiento de las partes.

6.3 Instalación

Previas las citaciones correspondientes por parte del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el Tribunal Arbitral se instaló el (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022) (Acta No. 1), audiencia que fue realizada por los árbitros con la comparecencia de las partes y del Ministerio Público. En dicha audiencia fue designado como Presidente el Doctor **Iván Ramírez Württemberger** y como Secretaria la abogada Rubria Elena Gómez Estupiñán, quien aceptó y tomó posesión del cargo, dando cabal

cumplimiento a las previsiones del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 en cuanto al deber de información, sin pronunciamiento de las partes.

6.4 Admisión de la Demanda Arbitral

En audiencia del seis (06) de diciembre de 2022, con la comparecencia de las partes y del Ministerio Público, el Tribunal, a través de Auto No. 03, admitió la demanda arbitral; ordenó notificar el Auto y correr traslado de la demanda a la parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y correr traslado de la demanda por el término de veinte (20) días.

6.5 Notificación del Auto Admisorio de la Demanda

La secretaria del tribunal mediante correo electrónico del siete (07) de diciembre de 2022, notificó a la Parte Convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, del Auto Admisorio de la demanda arbitral.

6.6 Contestación de la Demanda Arbitral por parte del convocado

El trece (13) de febrero de 2023, las **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.**, a través de memorial allegado al proceso a través de correo electrónico, ~~contestó~~ tempestivamente la demanda arbitral, se opuso a las pretensiones y a los hechos en ella contenidos, propuso excepciones, aportó pruebas, pidió otras y objetó el juramento estimatorio.

6.7 Traslado de las Excepciones y de la Objeción al Juramento Estimatorio

El traslado de las excepciones que fueron propuestas por la Parte Convocada cuando contestó la demanda arbitral, corrió conforme lo establece el parágrafo del artículo 9º de la Ley 2213 de 2022 guardando la Parte Convocante silencio. Por otra parte, el traslado de la objeción al juramento estimatorio se ordenó mediante Auto No. 05 del primero (01) de marzo de 2023, traslado durante el cual, la Parte Convocante y el Ministerio Público guardaron silencio.

6.8 Reforma de la Demanda Arbitral.

El quince (15) de marzo de 2023, la convocante **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, por intermedio de su apoderado, radicó Reforma a la Demanda Arbitral.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

6.9 Admisión de la Reforma de la Demanda Arbitral.

A través de Auto No. 6 del veintiuno (21) de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral admitió la reforma de la demanda arbitral instaurada por **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.** y corrió traslado de la misma a la Convocada y al Ministerio Público.

6.10 Contestación de la Reforma de la Demanda Arbitral

El diez (10) de abril de 2023, la Convocada, **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.**, a través de memorial allegado al proceso a través de correo electrónico, contestó tempestivamente la demanda arbitral reformada, se opuso a las pretensiones y a los hechos en ella contenidos, propuso excepciones, aportó pruebas, pidió otras y objetó el juramento estimatorio.

6.11 Traslado de las excepciones y de la Objeción al Juramento Estimatorio

El traslado de las excepciones propuestas por la parte Convocada al contestar la demanda arbitral reformada, corrió conforme lo establece el parágrafo del artículo 9º de la Ley 2213 de 2022, plazo dentro del cual, la Parte Convocante, usó el término correspondiente (Memorial Descorre Excepciones). Por su parte, el Tribunal ordenó el traslado de la objeción al juramento estimatorio mediante Auto No. 7 del veinticuatro (24) de abril de 2023, el cual, la Convocante usó dentro de término (Memorial Descorre Objeción Juramento Estimatorio). El Ministerio Público guardó silencio durante ambos traslados.

6.12 Audiencia de Conciliación y Fijación de Gastos del Proceso

El nueve (09) de mayo de 2023, el Tribunal celebró la Audiencia de Conciliación a la que asistieron las partes, los apoderados y el Ministerio Público, la que el Tribunal declaró fallida por la falta de ánimo conciliatorio de las Partes, por lo tanto, dispuso continuar con el trámite arbitral y fijó las sumas a cargo de la Parte Convocante y Convocada por concepto de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje, y otros gastos.

6.13 Consignación de los Honorarios y Gastos del Tribunal

El dieciocho (18) de mayo de 2023, antes de vencida la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, cuyos extremos temporales fueron informados a las partes mediante Auto No. 10 del nueve (09) de mayo de 2023 contenido en Acta No. 7 que fue notificado en estrados, la parte convocante **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, efectuó la consignación en la cuenta

informada por el presidente del Tribunal, del valor correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de los gastos y honorarios que fueron fijados para el funcionamiento de este arbitraje. Por su parte, las **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.** no efectuó la consignación de los valores correspondientes a su cincuenta por ciento (50%) de gastos y honorarios fijados para el funcionamiento de este arbitraje. Por ello, la Convocante, **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, el treinta (30) de mayo de 2023, esto es, dentro del término adicional consignó en la misma cuenta, los honorarios y gastos del proceso que correspondían al convocado, adjuntando copia del comprobante bancario de consignación.

6.14 Primera Audiencia de Trámite

La Primera Audiencia de Trámite inició el veintuno (21) de junio de 2023 (Acta No.9) donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal leyó la Clausula Compromisoria pactada entre las Partes, las pretensiones de la demanda y asumió competencia para conocer y decidir por ser arbitrables, las controversias surgidas durante la ejecución del *Contrato de Compromisión No. 500-GE-CIB-0618-2016 suscrito entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. – hoy Comcel S.A. – el diecisiete (17) de mayo de 2016.*

La Parte Convocante recurrió en Reposición con el objeto de que el Tribunal revocara su decisión de asumir su Competencia, aduciendo su falta de competencia porque todas las diferencias sometidas a la decisión del Tribunal no tienen su Causa en el contrato de Comparción donde fue pactada la Clausula Compromisoria, sino, en el contrato de Condiciones Uniformes que regula el servicio público de energía eléctrica al que supuestamente se adhirió la Parte Convocante lo que llevó a suspender la audiencia para resolver dicho recurso, fijando para su continuación, el 28 de junio de 2023 a las 14 horas.

El veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023) (Acta No.10), el Tribunal reanudó la audiencia inicial sin reponer su decisión por cuanto:

- A. La Sentencia traída a colación por la Convocada al sustentar su recurso no guarda relación con los hechos que se debaten en el proceso arbitral ni con los reparos planteados frente a la competencia del Tribunal.

- B. La providencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo abordó la falta de competencia de un panel arbitral que resolvió una controversia contractual con apoyo en un pacto arbitral (clausula compromisoria) que había perdido sus efectos por cuanto en un trámite anterior las partes no habían pagado las sumas correspondientes a honorarios y gastos, en ella, reconoce, en general, la competencia de los árbitros para decidir controversias contractuales y resolver lo relativo a su propia competencia en aquellos casos que sea clara la arbitralidad del

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

conflicto y la voluntad estipulada de las partes de someter, por lo que la referida decisión del Honorable Consejo de Estado no puede ser tomada como precedente aplicable a este litigio.

- C. En materia de la aplicación del precedente, rememoró la Sentencia C-836 de 2011 de la Honorable Corte Constitucional, en la que se debatió el tema referente a la aplicabilidad del precedente judicial, el cual fue unificado en la Sentencia SU-354 de 2017 sentando dicha Corporación, la siguiente tesis acerca de la procedibilidad del precedente, diciendo:

“(...) la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

- D. El Tribunal tampoco acogió la tesis de la Parte Convocada donde señala que las pretensiones giran en torno a obligaciones que no son propias del contrato de Compartición, sino de un contrato de Condiciones Uniformes el cual es un contrato autónomo e independiente regido por la Ley 142 y 143 de 1994 al que no se hace extensiva la Cláusula Compromisoria pactada, porque de antiguo, la jurisprudencia colombiana interpretó que el régimen jurídico aplicable de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el propio del derecho privado y a lo que el usuario y el respectivo prestador convengan o este último disponga en los contratos tipificados como de Condiciones Uniformes². Sin embargo, la ley no prohíbe que en un mismo contrato celebrado por un prestador de servicios públicos subyazcan diferentes relaciones jurídicas ni que se pacte para la ejecución de un objeto contractual determinado el suministro de energía como obligación accesoria a ellos, particularmente, como sucede en los contratos denominados Especiales por el artículo 39 de la ley 142 de 1994 que requieren dicho suministro como parte de las obligaciones del prestador del servicio público para que su contraparte contractual logre el fin que busca con su celebración. El contrato de Compartición objeto de esta controversia se tipifica entre los contratos especiales que ordinariamente celebran los prestadores de servicios públicos por el numeral 39.4 de la Ley 142 de 1994, el que aun cuando contiene obligaciones expresamente pactadas, no hace posible afirmar que los sujetos contractuales solo queden obligados a estas, desatendiendo la finalidad que busca cada una de ellas al celebrar dicho contrato, pues esa posición contraviene el principio de la buena fe en materia contractual que dispone que los sujetos contractuales no están obligados solo a lo pactado en el contrato, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la

² (Sentencia 066 de 1997 magistrado ponente Fabio Morón Díaz

equidad natural³ atendiendo siempre la utilidad común del Contrato.

Observa el Tribunal, de acuerdo con el objeto del contrato y con el uso que la Convocante haría de la infraestructura de la Convocada, que el suministro de energía era sustantivo para que el uso de la infraestructura fuera útil para la Convocante, pues sin este, los equipos no funcionarían al no tener fuentes de poder autónomas. Necesidad del servicio que la Convocada conocía y explica el por qué se impuso contractualmente a la Convocante la obligación de entregarle periódicamente los recibos de pago correspondientes a los consumos.

Pero, más allá del hecho de que el servicio de energía eléctrica se rija por las leyes 142 y 143 de 1994 y las cláusulas impuestas por la Convocada como condiciones uniformes para la prestación de dicho servicio, debe señalarse que ello no excluye la competencia del Tribunal, pues al fin y al cabo el suministro de energía se enmarcó en las prestaciones derivadas del Contrato objeto de este proceso, a lo cual debe agregarse que las suplidas de la demanda reformada, precisamente tienen su objeto y causa en típicas controversias surgidas con ocasión de dicho vínculo negocial.

En efecto, la pretensión (2) segunda de la demanda arbitral involucra el *Contrato de Compartición No. 500-GE-CIB-0618-2016 del 17 de mayo de 2016* porque esta dirigida a que el Tribunal estudie y declare si la Convocada incumplió o no las siguientes obligaciones pactadas en dicho Contrato: (i) Ordinal 10 del numeral 7.1., y ordinales 1 y 3 de la cláusula 7.2, ambas de la cláusula séptima, (ii) numeral 10 de la cláusula octava (8) (iii) parágrafo primero de la cláusula novena (9) acompañadas con las pretensiones principales económicas o de condena.

Realizada la comparación entre lo pedido en las pretintas con el tenor literal de la Cláusula Compromisoria pactada en la cláusula decimoquinta (15) del citado contrato, surge diáfana la Competencia de este Tribunal, dado que todas las pretensiones se tratan de “*diferencias o discrepancias surgidas durante la ejecución del presente Acuerdo*” y por ello, el Tribunal ratificó su decisión de declararse competente.

Tampoco puede perderse de vista que, en el numeral 10 del Ordinal 7.1. de la cláusula séptima (7) del Contrato objeto de este litigio, las Partes incluyeron la posibilidad de suministrar de energía en caso de que la Convocada lo solicitara por ser necesaria para que las fuentes de poder instaladas en la Infraestructura Eléctrica funcionaran sin pactaran como formalidad la adhesión o suscripción del contrato de condiciones uniformes. Así, quedó señalado:

“10.- En el evento que TELMEX requiera consumos de Energía para los equipos conectados directamente a las redes de energía de EMCALI EICE ESP, TELMEX deberá demostrar

³ artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

periódicamente su pago. Para tal efecto, el supervisor requerirá, mínimo cada DOS (2) meses, las facturas debidamente canceladas”.

Estipulación contractual que señala que el suministro de energía si era considerado como parte del contenido prestacional del negocio jurídico materia de arbitraje y las controversias que sobre este se suscitaran se daban en desarrollo de este, motivo por el cual la prueba existente en el plenario deja claro para Tribunal que es competente para conocer las controversias, pues dicha actividad no era extraña, ajena e indiferente al desarrollo contractual, hasta el punto de que fue prevista como una de las prestaciones en cabeza de Empresas Municipales de Cali EICE la obligación de cerciorarse que las facturas emitidas por concepto de energía eléctricas estaban pagadas.

Por no haberse pactado un término diferente, en esta audiencia el Tribunal Arbitral informó a las Partes que la duración del proceso arbitral sería de seis (6) meses.
⁴(Actas No. 9 y 10).

6.15 Indicación de la Cuantía y del Juramento Estimatorio

En la Demanda Arbitral reformada, radicada mediante correo electrónico, la parte Convocante, estimó la cuantía de sus pretensiones en la suma de **\$22.261.333.827**. Al contestar la reforma de la demanda presentada el Apoderado Judicial de la parte Convocada, formuló objeción contra el juramento estimatorio. Objeción de la cual el Tribunal corrió traslado que fue descorrido dentro de término legal por el apoderado judicial de la Parte Convocante.

6.16 Audiencias

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en **treinta y un (31) audiencias**, incluyendo la de juzgamiento.

6.17 Término del Proceso

Según lo dispuesto por las Partes en la cláusula compromisoria, el término de duración del proceso es el establecido en la Ley 1563 de 2012.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se cumplió el veintiocho (28) de junio de 2023 y el plazo fue suspendido durante **ochenta y nueve (89) días calendario**, el plazo para laudar vence el **veintidós (22) de marzo de 2024**, inclusive, por lo que al ser proferido este Laudo el **cinco (05) de marzo de 2024**, el Tribunal lo hizo dentro de oportunidad legal.

⁴ Artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

7. Presupuestos Procesales

7.1 Demanda en Forma

En su oportunidad el Tribunal verificó que, la demanda cumpliera con las exigencias procesales y, por ello, la sometió oportunamente a trámite.

7.2 Competencia

De antaño la Corte Constitucional estableció las reglas para determinar la competencia de un tribunal de arbitramento⁵ diciendo:

“En nuestro ordenamiento jurídico han existido diversas regulaciones sobre la forma en que debe desarrollarse el proceso por el cual un tribunal de arbitramento ejerce su jurisdicción. Uno de los puntos comunes a estas regulaciones es el titular para determinar la competencia de los tribunales de arbitramento, tema en el que la normatividad ha dado una respuesta unívoca: en desarrollo del proceso arbitral, el tribunal de arbitramento es el único que puede determinar su competencia para decidir sobre las pretensiones en conflicto.

En este sentido la regulación anterior a la ley 1563 de 2012, es decir, el decreto 1818 de 1998 consagró en el numeral 2º de su artículo 147 que “*el tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición*”. Como complemento a esta disposición el artículo 146 del mismo decreto señaló lo siguiente: “*Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el avance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión. El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con lando ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación*”-subrayado ausente en texto original-.

Al respecto, en sentencia SU 174 de 2007 la Sala Plena de la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela contra un laudo arbitral en la que uno de los puntos de controversia era, precisamente, un presunto defecto orgánico, determinó “[a]l *inicio del proceso arbitral, en la primera audiencia de trámite, y siguiendo el principio de “kompetenz-kompetenz”, el Tribunal de Arbitramento decide acerca de su “propia competencia” y determina si de acuerdo con la Constitución, las leyes vigentes, la cláusula compromisoria y/o el compromiso arbitral suscrito por las partes, es competente para conocer de las pretensiones que le fueron formuladas en la demanda arbitral y precisa el contenido de las mismas. Contra la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento es*

⁵ C 765 de 2013, ponencia de Jorge Iván Palacio

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

*procedente el recurso de reposición, el cual es decidido previamente a continuar con el trámite arbitral⁶. (...) El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado⁷, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento⁸, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional⁹, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales¹⁰ y la doctrina especializada en la materia¹¹, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales¹². En virtud de este principio, **los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene[n] competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento**” —negrilla ausente en texto original—.*

Al profundizar sobre el contexto en que se debía interpretar esta función de los tribunales de arbitramento la misma sentencia SU-174 de 2007 consagró “*este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2 del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, ‘el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición’. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que ‘se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral’ (artículo 124 de la Ley 446 de 1998). Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto de recursos judiciales como el de anulación, con base en la causal contenida en el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 (el cual fue compilado en el numeral 8 del artículo 163*

⁶ Al respecto, el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 establece lo siguiente:

“La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

“1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.

“2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.

“3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

“4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que faltan, salvo acuerdo de las partes en contrario.

“5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

“Parágrafo. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral.” (Artículo 124 Ley 446 de 1998)”.

⁷ Art. 1466, Código de Procedimiento Civil de Francia; Art. 186.1, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, 1987; Art. 8-1 del Concordato Suizo; Art. 1697 del Código Judicial de Bélgica, 1972; Art. 1052(1) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, 1986; Art. 23(3) de la Ley 36 de 1988 de España; Art. 21(1) de la Ley 31/86 de Portugal, sobre arbitraje voluntario; Sección 30 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1996; Art. 1040 del ZPO Alemán, 1997.

⁸ Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

⁹ Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (I.C.I.A.).

¹⁰ Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL.

¹¹ Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman “On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: “Arbitration and Mediation in International Business”. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: “Arbitraje”, Vilella Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: “International Commercial Arbitration”. American Casebook Series – West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

¹² Ver el caso Nottebohm (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

del Decreto 1818 de 1998) y en el numeral 4 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 (el cual fue compilado en el numeral 4 del artículo 230 del Decreto 1818 de 1998). Sin embargo, el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la proposición según la cual no ha de desvirtuarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes”;

En la sentencia T-288 de 2013, al solucionar un conflicto respecto de la competencia del tribunal de arbitramento para pronunciar sobre la restitución de un bien que una de las partes había arrendado a la otra, se ratificó que “[e]n Colombia, el principio de kompetenz-kompetenz en lo que respecta a su efecto positivo, fue consagrado en el numeral 2º del artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, el cual establecía ‘el tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición’. En Sentencia STU-174 de 2007, la Corte Constitucional se refirió a este principio en el ámbito internacional y concluyó que el mismo estaba vigente en la práctica del arbitraje en Colombia”.

En la regulación actual, es decir la ley 1563 de 2012, es el artículo 29 el que consagra que el tribunal de arbitramento es la autoridad que determina si es competente para resolver el asunto objeto de controversia. Al respecto la disposición mencionada prevé “el tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo”. Decisión que, como el mismo artículo dispone de forma expresa, prevalece sobre la de otra autoridad judicial.

El Tribunal revisó nuevamente el tema de su Competencia para conocer las controversias planteadas para su solución, respecto del cual, se pronunció inicialmente en el auto proferido en la primera audiencia de trámite realizada el veintiocho (28) de junio de 2023 (Acta No.10). Para el efecto, utilizó las reglas legales aplicables en materia de interpretación de los contratos, las que hacen prevalecer la intención de las partes y no a la literalidad de las palabras (*communis intentio o voluntas spectanda*)¹³ apoyando su análisis con las pruebas practicadas durante el trámite arbitral, incluyendo entre ellas, además del contrato de Compartición múltiples referido, las documentales aportadas por la Convocada y decretadas de oficio, consistentes en la resolución número Resolución No. SSPD - 20218500553355 del 05-10-2021 Expediente No. 2021850390100435E¹⁴ donde la Superintendencia de Servicios concluyó:

“De lo dicho queda claro que el ámbito de aplicación del régimen de acceso, uso y remuneración para la utilización de la infraestructura del sector de energía eléctrica en el despliegue de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones se rige por disposiciones ajenas a aquellas enmarcadas

¹³ Artículos 1618 a 1624 del Código Civil. Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 13001233100020030168101 (40353), jun. 21/18.

¹⁴ Cuaderno 003 pruebas contestación de la demanda

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

en un contrato de condiciones uniformes, cuya naturaleza y objeto es completamente distinto” (...)

Más adelante dijo: (...)

“ Lo anterior permite inferir que el contrato suscrito entre EMCALI y COMCEL para el presente asunto, cuyo objeto no es suministrar el servicio público domiciliario a quien habite de manera temporal o permanente un inmueble, ni se presta a un suscriptor para satisfacer sus necesidades básicas en su sitio de domicilio o trabajo, sino que es una energía eléctrica que se toma de la red eléctrica del distribuidor EMCALI E.I.C.E. E.S.P. para conectar UNOS EQUIPOS LLAMADOS FUENTES DE PODER que permiten prestar servicios de televisión a usuarios de COMCEL S.A.; y que en total 172 equipos se suscribieron en el sistema comercial de la prestadora bajo un solo número de suscriptor No 46414130, el cual ha sido objeto de múltiples debates en mesas de trabajo o negociación, por hechos ocurridos desde el año 2007 y se relacionan en diferentes MESAS DE NEGOCIACION TECNICA, adelantadas entre EMCALI E.I.C.E. E.S.P. Y TELMEX COLOMBIA S.A. para identificar de manera precisa y concertada, la cantidad de equipos determinados Fuentes de Poder conectadas a la Red de Emcali y su ubicación correspondiente, con miras a establecer los consumos de energía dejados de facturar y la liquidación respectiva y en el 2010 finalmente fueron acordados el 22 de febrero de 2019 con corte a esa fecha, de lo que claramente da cuenta el cruce de correos electrónicos entre ambas empresas.

El acceso a los servicios públicos domiciliarios es un derecho que legalmente le ha sido atribuido a quienes, teniendo capacidad para contratar, habiten o utilicen permanentemente un inmueble, sea cual fuere la condición que ostenten frente al mismo (propietario o tenedor); este derecho se concreta en la posibilidad de obtener la prestación de esos servicios a través del contrato de condiciones uniformes.

De este modo, para suministrar el servicio la empresa debe verificar que en el solicitante concurren las condiciones previstas en la ley para el efecto, sin que le sea dado exigir la acreditación de calidades específicas como la de propietario, arrendatario o tenedor del inmueble, toda vez que como claramente lo señala la ley, no importa el título bajo el cual éste se habite o utilice.

Lo anterior significa que el derecho de acceso a los servicios públicos domiciliarios está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. En efecto cuando el artículo 134 de la Ley 142 de 1994 prescribe que toda persona que habite o utilice de manera permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos, debe entenderse que ese título debe ser legítimo conforme a las normas civiles. No puede considerarse que quien ocupa indebidamente el espacio público adquiera título para hacerse parte de un contrato y recibir los servicios públicos.

En este orden de ideas, la viabilidad de conexión que otorgue la empresa debe estar precedida del análisis y acatamiento de la normativa al respecto y del cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, así como de los permisos respectivos de las autoridades municipales competentes para tener derecho a recibir los servicios públicos y hacerse parte en un contrato de servicios públicos. Cualquier otra solución que escape a los parámetros

señalados, se encuentra por fuera del régimen de los servicios públicos domiciliarios y por tanto la relación usuario-empresa no podrá estar enmarcada en el contrato de condiciones uniformes sino en otro tipo de acuerdos privados entre la empresa y el usuario, respecto de los cuales esta entidad carece de competencia.

En consecuencia, no es este organismo el encargado de dimitir esta controversia, toda vez que la misma escapa a sus funciones de control, inspección y vigilancia en desarrollo de un contrato de condiciones uniformes; habida consideración que el acuerdo de compartición suscrito entre las partes en el caso que nos ocupa, establecido en uso del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se pactaron cláusulas en las cuales las partes establecieron un procedimiento y unos términos de obligatorio cumplimiento en procura de obtener una solución negociada a los conflictos que pudiesen llegar a ocurrir. (Subraya y resalta el tribunal)

Al igual que la Superintendencia de Servicios Públicos, el Juez 21 Administrativo de Oradidad de Cali que conoció la Acción Popular identificada con la radicación número 76-001-33-33-021-2022-00030-00 en su sentencia del 30 de junio señaló que la solución de las diferencias generadas por la desconexión de las fuentes de poder realizada por la Parte Convocada era del resorte del Tribunal de Arbitramento:

“En virtud de lo anterior, establecida una vulneración en su momento, pero especialmente en aras de evitar la amenaza y el daño contingente de quienes se sirven del servicio de energía eléctrica prestado por EMCALI EICE ESP, se configuren para este juzgador los presupuestos para que provada el amparo deprecado, y en consecuencia se ordenara a la entidad accionada EMCALI EICE ESP, que hasta tanto no se tome una decisión de fondo dentro del proceso adelantado ante la justicia arbitral, con ocasión de los hechos de la presente demanda, deberá abstenerse de suspender el servicio de energía a las fuentes de poder que se sirven para la conexión de los servicios prestados por EMCALI EICE ESP y que son objeto de la presente causa” (subraya y resalta el tribunal)

Así las cosas, el Tribunal no encuentra causal legal para tomar una decisión acerca del tema de la competencia, contraria a la tomada sobre el particular en la primera audiencia de trámite, por lo que termina este punto afirmando que es competente para conocer las controversias de que da cuenta la demanda arbitral por ser arbitrables, de naturaleza económica, susceptibles de transacción y de desistimiento y tener origen en la inconformidad de la Convocante respecto de situaciones originadas durante la ejecución del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. – hoy Comcel S.A. – el diecisiete (17) de mayo de 2016, cuyo objeto, de conformidad con la cláusula primera del mismo, permitió “el uso remunerado, no exclusivo, de la infraestructura aérea y subterránea del distribuidor de energía de EMCALI EICE ESP, para la prestación de servicios de comunicaciones y/o televisión por parte de TELMEX”, sin que

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

sobre destacar que de acuerdo con el tenor literal de la cláusula compromisoria, esta abarca la totalidad de controversias que se susciten durante la ejecución del contrato de compartición, sin perjuicio del riguroso análisis que el tribunal realice a cada pretensión, buscando concluir si se enmarcan dentro del universo de dicha cláusula.

7.3 Capacidad

Los documentos aportados por las partes al expediente, prueban que la Convocante, **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. y Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.** son personas jurídicas debida y adecuadamente constituidas de acuerdo con los regímenes legales aplicables y sus representantes tenían facultades para otorgar poderes y sus apoderados son abogados inscritos, en ejercicio y no se encuentran suspendidos ni inhabilitados para ejercer la abogacía, cumpliéndose por tanto los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho a la postulación.

8. La Demanda Arbitral Reformada

8.1 Pretensiones de la demanda arbitral reformada

La Demanda fue reformada por la Parte Convocante e incorporada al expediente digital en el archivo "023.2 ReformaDemandaArbitral.pdf" del Cuaderno No.1 Principal (folio 21 a 25).

8.2 Hechos de la demanda arbitral reformada

Los hechos que soportan las pretensiones de que da cuenta el numeral anterior, están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la demanda arbitral reformada, que se encuentra debidamente relacionada en el archivo "023.2 ReformaDemandaArbitral.pdf" del Cuaderno No.1 Principal del Expediente Digital del presente proceso arbitral (folio 05 a 21).

9. Contestación de la Reforma de la Demanda Arbitral y Excepciones propuestas

Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P. contestó la reforma de la demanda arbitral, allegada al expediente en oportunidad legal, se opuso a cada una de las pretensiones elevadas en el libelo demandatorio reformado. Adicionalmente, objetó el juramento estimatorio.

Respecto de los hechos de la demanda arbitral reformada, se refirió a cada uno de ellos, indicando si los aceptaba o no como ciertos, aportando las pruebas con el objeto de soportar su dicho para que el Tribunal la evalúe en su oportunidad.

Las excepciones propuestas por **Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.**, según la contestación a la demanda, son:

- Excepción Mixta-Previa de Falta de Jurisdicción
- Excepción de Falta de Competencia
- Excepción de Imposibilidad de Reconocimiento de Interés a las Obligaciones Dineras Indemnizatorias.
- Excepción Genérica del Inciso 2º del Artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 del Nuevo Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

10. Las pruebas decretadas y practicadas

10.1 Pruebas solicitadas por la Convocante:

Mediante Auto No. 17 del veintiocho (28) de junio de 2023, el Tribunal ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por la Convocante con la demanda arbitral y la demanda arbitral reformada, presentada el quince (15) de marzo de 2023. Dentro de las pruebas decretadas, el Tribunal ordenó al Representante Legal de **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.**, para que rindiera informe escrito bajo juramento sobre los hechos debatidos que fueron determinados en la solicitud, quien no lo presentó. Fue decretada la recepción de Declaración de Parte que se practicó el diez (10) de julio de 2023 y además, el Tribunal decretó la declaración de los terceros solicitados por las partes y de Oficio, en las fechas y horas fijadas por el Panel Arbitral.

Además, la Parte Convocante indicó al Tribunal Arbitral en la reforma de la demanda arbitral, que presentaría dictamen pericial con el objeto de probar la cuantía estimada bajo juramento, cuyo objeto sería:

- (i) Determinar cuál es el valor que EMCALI debió cobrar a COMCEL (absorbente de TELMEX) por el consumo de energía del total de las fuentes de poder, con base en la Resolución 46+14130-1 del 24 de julio de 2020 que contiene la liquidación realizada por EMCALI.

- (ii) Cuantificar los perjuicios económicos causados a COMCEL por el pago que contiene la liquidación realizada EMCALI.

- (iii) Cuantificar los perjuicios económicos causados a COMCEL en el supuesto en que EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE E.S.P., sólo hubiese liquidado el valor que debió cobrar con respecto de las fuentes de poder no reportadas por COMCEL S.A. y que fueron incluidas en la Resolución 46+14130-1.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

- (iv) Cuantificar los perjuicios económicos causados a COMCEL S.A. por la suspensión del suministro de energía a las fuentes de poder que realizó EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE E.S.P., los días 8 de enero y 6 de febrero de 2022.
- (v) Determinar cuáles fueron los errores en que EMCALI incurrió en la liquidación realizada y que tuvo en cuenta en la Resolución 46414130-1 del 24 de julio de 2020.
- (vi) En relación al presente conflicto, determinar cuáles fueron los cobros realizados por EMCALI -facturación-, y los pagos efectuados por COMCEL -consignaciones, transferencias-, discriminando conceptos y valores adeudados de los conceptos y valores NO adeudados, concluyendo cuales son los valores que constituirían un pago de lo no debido.
- (vii) Determinar y cuantificar los valores que EMCALI cobro por concepto de reconexión del servicio de energía en relación a las desconexiones realizadas los días 18 de enero de 2022 y 6 de febrero de 2022.
- (viii) Determinar y cuantificar los valores que COMCEL, en cumplimiento de la regulación aplicable, mediante compensación realizó a los usuarios de internet, telefonía fija y televisión, que se vieron afectados con la suspensión del servicio de energía en relación a las desconexiones realizadas los días 18 de enero de 2022 y 6 de febrero de 2022.
- (ix) Realizar el cálculo de los respectivos intereses moratorios a la tasa de interés de mora que certifica la Superintendencia Financiera, sobre: a). El valor injustamente cobrado por EMCALI y desde la fecha que EMCALI recibió los pagos, (ii) el valor pagado por la reconexión del servicio de energía y desde la fecha que se hicieron los pagos, y (iii) el valor de la compensación realizada a los usuarios de Comcel (Claro) y desde la fecha en que se realizó dicha compensación.

La Parte Convocante allegó el citado dictamen pericial el día **once (11) de agosto de 2023**, del cual el Tribunal Arbitral corrió traslado a las partes y al Ministerio Público el **día dieciséis (16) de agosto de 2023**, por tres (3) días quienes guardaron silencio.

El día dieciséis (16) de noviembre de 2023, se realizó la Audiencia de Contradicción Dictamen Pericial de Parte Estimación de Perjuicios Económicos, realizado por la empresa MarkUp Consultores S.A.S. aportado por la Convocante, Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

10.2 Pruebas solicitadas por la Convocada

Mediante Auto No. 17 del veintiocho (28) de junio de 2023, el Tribunal de Arbitramento ordenó tener como pruebas, con el valor legal correspondiente, los documentos aportados por la Convocada al contestar la demanda inicial como la reforma a la demanda arbitral el diez (10) de abril de 2023. Fue decretada la declaración de los terceros solicitados, en las fechas y horas fijadas por el Tribunal Arbitral.

Además de ello, el apoderado judicial de la parte convocada indicó al Tribunal Arbitral, en la contestación de la reforma de la demanda arbitral allegada al expediente de manera electrónica el diez (10) de abril de 2023, que presentaría dictamen pericial técnico y dictamen pericial financiero, con el objeto de contradicción al peritaje que allegará la convocante con ocasión a demostrar los perjuicios presuntamente causados.

El dictamen técnico y financiero fue allegado al expediente por la convocada, el día **once (11) de octubre de 2023**, del cual se cortó traslado a las partes y al Ministerio Público el día trece (13) de octubre de 2023, por el término de tres (3) días, en el cual, la parte convocante solicitó la comparecencia de los peritos a la respectiva audiencia de contradicción.

El día veinte (20) de noviembre de 2023, se realizó la Audiencia de Contradicción Dictamen Pericial Técnico y Financiero de Contradicción al Dictamen elaborado por MarkUp Consultores S.A., elaborado por Integra Auditores Consultores S.A., aportado por la convocada Emcali E.I.C.E. E.S.P.

11. Alegatos de Conclusión

En la audiencia celebrada el dieciséis (16) de febrero 2024, los apoderados de las partes presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión de manera verbal y además los remitieron digitalmente los que fueron anexados al expediente (Acta No. 30)

Para reconocer y contextualizar la posición final de los extremos litigiosos frente a las controversias que deben desatarse en este Laudo, el Tribunal hace a continuación indicación de las conclusiones de las alegaciones de los señores apoderados de las Partes y del señor representante del Ministerio Público sin pretender minimizar, trivializar o banalizar los amplios, juiciosos y respetables argumentos que expusieron en la audiencia que para ese preciso efecto programó y realizó el Tribunal.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

11.1 Alegatos de la Parte Convocante

En sus alegaciones, el apoderado judicial de la parte Convocante expuso concretamente los puntos materia de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en los que, después de hacer un análisis de las consideraciones y régimen jurídicos relevantes aplicables al caso concreto, se refirió a los hechos en que se sustentan las pretensiones de la demanda y en general al proceso arbitral adelantado, con el solicitando al Tribunal Arbitral, proceder a conceder las pretensiones solicitadas por ella y a denegar las excepciones planteadas por la parte convocada.

11.2 Alegatos de la Parte Convocada

Por su parte, el apoderado judicial de la parte Convocada, en sus alegaciones, expuso concretamente los puntos materia de la controversia sometida a la decisión del Tribunal, en los que, después de hacer un análisis de las consideraciones y régimen jurídicos relevantes aplicables al caso concreto, se refirió a la cuestión previa del caso, los presupuestos procesales y el problema jurídico a resolver, frente a lo cual planteó los argumentos de sus Alegatos, con los cuales solicitó al panel arbitral, declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación a la demanda inicial y su reforma y, desestimar las pretensiones de la demanda principal, y condenar en costas a la parte convocante.

11.3 Concepto Final del Ministerio Público

El Ministerio Público previo a dar su concepto sobre el caso en concreto y llegar a una conclusión respecto del presente trámite arbitral, realiza un análisis de los antecedentes del proceso, sobre la competencia del tribunal, las partes, las pretensiones, actuaciones procesales, excepciones de mérito propuestas, la realidad contractual y concreción de las diferencias Inter partes. Finalmente, emite el concepto final, en el sentido de manifestar al Tribunal Arbitral, "... no están dadas las condiciones para acceder a las pretensiones declarativas y condenatorias principales de la demanda, entre tanto existente circunstancias que permiten valorar la procedencia de las pretensiones declarativas y condenatorias subsidiarias ante una indebida cuantificación de esa energía que hubiere sido consumida y no contabilizada por las fuentes de poder pertenecientes a COMCEL".

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Presupuestos Procesales

1.1 Primer Presupuesto: La Competencia del Tribunal Arbitral

La competencia del Tribunal para conocer de este negocio está determinada

por la Clausula Compromisoria, contenida en la cláusula décima quinta (15) del Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. – hoy Comcel S.A.– el diecisiete (17) de mayo de 2016. La transcripción textual del compromiso arbitral, aparece en el apartado 5 de la parte inicial o introductoria de este laudo.

1.1.1 El compromiso arbitral y las pretensiones de la demanda

Este es un proceso que se ha originado con la demanda propuesta por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., contra las Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P., parte convocada, en el que se controvierte el incumplimiento del Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. – hoy Comcel S.A.– el diecisiete (17) de mayo de 2016, a través de arbitraje, como puede verse en el apartado correspondiente de la reforma de la demanda arbitral, que no es menester reproducir aquí, y de la solicitud al reconocimiento y pago de intereses moratorios y la indemnización de perjuicios, por daño emergente y lucro cesante consolidado, contra la parte demandada, lo cual está conforme a las Pretensiones de la demanda reformada.

1.1.2 La fijación del alcance de la Clausula Compromisoria

Como se sabe, la fijación del alcance de la Clausula Compromisoria es determinante para que los árbitros fijen su competencia. Bajo este entendimiento, el Tribunal concluyó de su análisis de la cláusula compromisoria, que la intención de las partes en su redacción fue abarcar las controversias de cualquier naturaleza, que surgieran durante la ejecución del contrato de comparación. Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones a la competencia que puedan surgir del riguroso análisis que el tribunal realice a cada pretensión, acompañado con la prueba practicada en el proceso.

1.1.3 El término de duración del proceso arbitral

Según lo dispuesto por las Partes en la cláusula compromisoria, el término de duración del proceso es el establecido en la Ley 1563 de 2012.

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se cumplió el veintiocho (28) de junio de 2023 y que fue suspendido por voluntad de las Partes, el término del proceso se extiende hasta el **veintidós (22) de marzo de 2024**, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

1.2 Segundo Presupuesto: Contrato para el Uso de Infraestructura de Energía Eléctrica celebrado entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. – hoy Comcel S.A., el 17 de mayo de 2016.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

Las pretensiones giran alrededor de una discusión planteada frente al supuesto incumplimiento por parte de Emcali E.I.C.E. E.S.P., de las cláusulas (i) numeral 34.6 del artículo 34, numeral 9.3 del artículo 9, artículo 134, artículo 170, artículo 30, todos de la Ley 142 de 1994 y (ii) el numeral 4.11.1.8 de la Resolución CRC 5890 de 2020. Y, respecto del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016, las siguientes: (iii) numeral 10 de la cláusula 7.1, y numerales 1 y 3 de la cláusula 7.2, ambas de la cláusula 7, (iv) numeral 10 de la cláusula 8, (v) parágrafo 1 de la cláusula 9 y, (vi) la cláusula decimoquinta, entre otras. Todas estas disposiciones son de acuerdo con el principio *res inter alios acta*, principio de la relatividad contractual, (artículo 1602 del Código Civil), la ley del contrato y las que habrán de regir con las que le sean concordantes y armónicas, la actuación del tribunal.

Por tanto, frente a este segundo presupuesto, los árbitros tienen competencia para resolver cualquier pretensión ceñida a las normas anteriormente citadas.

La parte convocante ha discutido en el proceso que el Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 suscrito entre Emcali E.I.C.E. E.S.P. y Telmex Colombia S.A. –hoy Comcel S.A.– el diecisiete (17) de mayo de 2016, fue incumplido por las Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P., y que específicamente causaron unos detrimentos patrimoniales, que obran de manera literal en el expediente

De otro lado, la parte Convocada (Empresas Municipales de Cali E.I.C.E. E.S.P.), mediante la respuesta a los hechos de la demanda reformada, y con argumentaciones jurídicas en consonancia con su posición procesal, se opuso a todas las pretensiones formuladas, principales y subsidiarias, y formuló Excepciones Previas y de Mérito con base en los hechos discutidos y la sustentación jurídica que estimó conveniente a sus intereses procesales, para impedir la prosperidad de cada una de las pretensiones de la parte actora.

1.3 Tercer Presupuesto: La Demanda en Forma y los demás Presupuestos Procesales

La demanda original presentada, fue admitida por el Tribunal por Auto No. 3, de fecha seis (06) de diciembre de 2022 y de ella se corrió traslado a la parte convocada. Adicionalmente, la misma fue debidamente reformada dentro del término legal correspondiente para ello, la cual, fue admitida mediante Auto No. 06 del veintiuno (21) de marzo de 2023. El Tribunal considera que la demanda reformada en virtud del artículo 93 del Código General del Proceso, es procedente, como lo sostuvo entonces, por haberse presentado con el cumplimiento de los requerimientos establecidos en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso, conforme quedó motivado en el auto Admisorio de la demanda original

La convocante y la convocada gozan de plena capacidad jurídica para tener la calidad de partes en este proceso, y además, tienen capacidad procesal para actuar y ejercer todos los actos adjetivos autorizados por la ley. A estas condiciones se agrega que la demanda y la contestación cumplen con los requisitos formales establecidos en la ley procesal, con lo cual se configuran los presupuestos procesales (de demanda y contestación en forma) que habilitan al Tribunal para tomar la decisión sobre la controversia sometida a su consideración.

1.4 Cuarto Presupuesto: Observancia de las Garantías Procesales

Estudiados los factores determinantes de la competencia y los presupuestos procesales, y habiendo hecho el Tribunal pronunciamiento acerca de los mismos, corresponde referirse a las **garantías procesales**, con el propósito de concluir sobre el adecuado trámite del proceso y el respeto a las garantías y derechos de carácter adjetivo que tienen los sujetos procesales durante el desarrollo de la *Litis*, teniendo siempre presente que el fin de las normas y garantías procesales es la efectividad de los derechos sustantivos de quienes concurren al proceso (artículo 12, 13 y 14 C.G.P.), de lo cual se concluye que las normas procedimentales teleológicamente están dirigidas a garantizar los intereses concretos que corresponden a los litigantes. Siendo ello así, la actuación procesal está llamada a convertirse en una expresión de la jurisdicción que dota de legitimidad y eficacia no sólo la intervención del aparato judicial, en este caso, del excepcional y transitorio de los árbitros, sino también la actuación de quienes concurren como parte al proceso.

Como quiera que la actividad judicial es una manifestación de la jurisdicción (sea estatal o arbitral), las normas que la regulan son de obligatoria observancia, dado su carácter de orden público, y, por ende, de obligatorio cumplimiento, lo que descarta que el funcionamiento judicial y las partes puedan gobernar a su capricho la actuación procesal y el efecto de los actos ejecutados en el curso del proceso. Ello trae como consecuencia que el comportamiento del juez y la actuación de las partes procesales están regidos por reglas que la doctrina y la jurisprudencia consideran absolutas, inmediatas y obligatorias, y por garantías públicas fundamentales que constituyen principios tutelares de la función estatal de impartir justicia, de suerte tal que nadie puede ser condenado en un proceso mientras no haya sido vinculado y oído antes bajo las formas propias de cada juicio. Esto lleva al Tribunal a afirmar que, en el caso concreto de los árbitros, su actuación está sujeta al arreglo de normas adjetivas predeterminadas, y que la intervención de las partes en el debate litigioso tiene que surtir de conformidad con las reglas de igual carácter a que ellas deben someter su conducta, sin que sea posible a aquellos o a éstas alterar los ordenamientos reguladores de las formas procesales, porque, aunque lo debatido

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.**

sea un interés entre contratantes, la aplicación de la justicia obedece a una función pública.

Habida cuenta de que la Constitución Nacional, el Código General del Proceso, el CPACA, la jurisprudencia y la doctrina, consagran y dan contenido a las garantías y derechos fundamentales de orden procedimental, el Tribunal procede a verificar que los mismos hayan sido atendidos y satisfechos en forma tal que pueda hablarse de la observancia plena de las formas propias del proceso arbitral, y del ejercicio del derecho de acción, defensa y contradicción, lo cual hace de la siguiente forma:

1.4.1 El debido proceso.

Se ha cumplido esta garantía sometiendo el proceso al procedimiento señalado por la ley para el proceso arbitral, de manera que no se evidencia inadecuación de trámite que pudiera generar una nulidad procesal, y, antes bien, se ha dado cumplimiento al precepto legal que dispone que se surta por esta vía la controversia deferida a los árbitros. De ello dan cuenta todas las piezas procesales de las partes (demanda, contestación, reforma de la demanda, contestación de la demanda reformada, formulación de excepciones de fondo, etapa conciliatoria, práctica de pruebas, y alegaciones); las resoluciones proferidas por los árbitros para despachar aquellas actuaciones (auto admisorio de la demanda original y reformada, notificaciones, traslados, cumplimiento de la etapa conciliatoria); decreto de pruebas a petición de parte y de oficio, y citación a alegaciones, etc., y en general las actuaciones surtidas en el curso de la instancia, lo que se traduce en la observancia plena de las etapas, formas y términos procesales.

1.4.2 El derecho de contradicción o de audiencia bilateral.

La parte actora o convocante ejerció legítimamente el derecho de acción, y la parte que fue convocada resultó vinculada al proceso mediante demanda en forma respecto de la cual se le dio el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho fundamental de defensa, del cual hizo uso en tiempo oportuno. En igual sentido ocurrió con el Ministerio Público, quien se vinculó al proceso por encontrarse como parte una entidad pública, a quien se le concedió también en debida forma el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho.

A las excepciones formuladas por la parte convocada se dio el traslado pertinente a la convocante y al Ministerio Público, para el ejercicio de su derecho a contradecir, y se decretaron las pruebas solicitadas para acreditar su configuración por ambas partes. Por ende, desde el comienzo en que se trabó en legal forma la relación jurídica procesal, ambas partes fueron oídas en todas las etapas del proceso (conciliación, decreto y práctica de los medios probatorios, alegaciones,

- a) Gozaron de la garantía del debido proceso;
- b) Se les reconoció el derecho de contradicción o de audiencia bilateral;
- c) Tuvieron igualdad procesal;
- d) Ambas partes gozan de poder o facultad dispositiva procesal;
- e) El proceso se surtió en etapas preclusivas en las que intervinieron ambas partes, y
- f) Se garantizó y respetó el derecho al debido proceso, y de defensa.

Corolario de lo antes examinado es que las partes procesales:

Por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental de defensa asiste a toda persona llamada a un proceso, en este caso, arbitral contentiouso, declarativo y de condena, para hacerse parte en él, defender sus derechos subjetivos e intereses jurídico-patrimoniales, mediante la plenitud de formas propias del proceso, con las mismas oportunidades que la parte actora, garantía que se brindó plenamente a cada una de las partes. El Tribunal arbitral estima cumplido y observado este derecho fundamental, este orden constitucional.

1.4.4 El principio del derecho de defensa

Conforme al trámite que corresponde al proceso arbitral, en la instancia se observaron y surtieron todas las etapas o secciones que las reglas procesales fijan, lo que se tradujo en que los actos procesales de las partes y de los árbitros se cumplieran en los términos y oportunidades señalados por la ley procesal, de manera que agotada cada una de dichas etapas iba precluyendo su oportunidad, con lo que se revisió de seguridad al procedimiento y se atribuyó firmeza a las decisiones de los árbitros. Ambas partes gozaron de la oportunidad para atacar y defender sus posiciones en la etapa pertinente del proceso hasta el momento mismo de presentar sus alegaciones de conclusión, tuvieron libertad y discreción para adoptar posturas procesales, y asumir papel activo frente a su propio interés. Algunas peticiones de las partes fueron formuladas con la intención que tuvieran especial pronunciamiento en el laudo y a ellas se contraró el presente fallo, caso de resultar pertinentes.

1.4.3 El principio preclusivo y de eventualidad.

oportunidad. parte convocante y convocada para que pudieran ser impugnadas en su debida adoptadas por los árbitros en las audiencias fueron puestas en conocimiento de la condiciones y oportunidades (en particular la prueba pericial), y todas las decisiones etc.); se les garantizó la posibilidad de contradecir la prueba en igualdad de

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

1.5 Examen Acerca de las Nulidades Procesales

Se ocupa el Tribunal de examinar lo concerniente a las nulidades procesales en los siguientes términos:

Como se expuso en anterior acápite, en cada audiencia se preguntó a las partes si consideraban que se hubiere incurrido en alguna nulidad procesal, quedando la manifestación expresa de no haberse configurado ninguna nulidad. Sea lo primero dejar sentado que nuestro ordenamiento procesal general (C.G.P.) se acoge al sistema taxativo y restrictivo de las nulidades procesales, de manera que sólo tienen ese carácter las que expresamente prevé la ley.

No se generó ninguna causal de nulidad procesal en el curso de esta instancia.

De otro lado, se debe dejar de presente que, si se llegó a presentar motivo de nulidad procesal quedó saneado el defecto porque las partes no lo alegaron oportunamente, y por haber seguido surtiéndose la actuación sin reproche alguno, (art. 136 C.G.P.).

2. Conducta Procesal de las Partes Durante el Arbitraje

Como quiera que el artículo 280 del Código General del Proceso impone al juez calificar siempre la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella, procede el Tribunal a dejar constancia de que tanto las partes como sus apoderados judiciales procedieron durante todo el trámite de forma respetuosa y leal y cumplieron a cabalidad con sus deberes y obligaciones consagrados en el artículo 78 del Código General del Proceso.

3. Fundamentos del Laudo

3.1 Problema Jurídico

A continuación, se plantean los interrogantes jurídicos que surgen de contraponer las tesis de las partes a los cuales el Tribunal dará respuesta con la tesis que orientará el análisis legal y fáctico de lo probado en el proceso.

3.1.1 Hipótesis de la parte convocante.

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P., es civil y contractualmente responsable por incumplir las obligaciones contractuales y legales adquiridas en virtud del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 celebrado el 17 de mayo de 2016, cuando las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P* incurrieron en la desconexión del fluido eléctrico a las fuentes de poder instaladas en la infraestructura eléctrica de propiedad de las

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P los días 18 de enero y 6 de febrero de 2022. Como consecuencia de este incumplimiento, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P esta llamada a restituir a COMCEL las sumas de dinero que se vieron obligados a pagar por concepto del servicio de energía unilateralmente determinado por el prestador del servicio quien lo desconectó mientras estaban culminando la transacción que en virtud de la cláusula decima quinta (15) del Contrato de Comparción venían adelantando los representantes autorizados de cada una de las Partes como lo estipula el numeral segundo (2) de la anteriormente citada cláusula, y los valores que COMCEL SA fue obligada a compensar a los suscriptores de acuerdo a la regulación como remuneración por el tiempo que duró la suspensión, además del costo de la reconexión.

3.1.2. Hipótesis de la parte convocado.

No hay vulneración al *Contrato de Comparción* No. 500-GE-CIB-0618-2016 celebrado el 17 de mayo de 2016, puesto que la suspensión del fluido eléctrico se realiza en ejercicio de las potestades que le concede a las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P el contrato de Condiciones Uniformes, mediante el cual se presta el servicio de energía por disposición legal, ley 142 de 1994.

3.1.3. Problema jurídico principal.

¿Hay vulneración a un contrato de Comparción de Infraestructura de Energía Eléctrica cuando, en el evento de incumplimiento o reclamación de alguna de las partes no se cumpla con el procedimiento establecido en las cláusulas de supervisión, solución de controversias y cobertura de fianzas consagradas en el mismo contrato?

3.1.4. Problema jurídico asociado.

¿La existencia de un contrato de Condiciones Uniformes con el solo propósito de prestar el servicio adicional de Alimentación de Energía a las fuentes de poder instaladas e inventariadas producto de un contrato de Comparción de Infraestructura Eléctrica, lo que los hace coligados, desplaza el procedimiento establecido en las cláusulas de supervisión, solución de controversias y cobertura de fianzas consagradas en el Contrato de Comparción?

3.1.5. Hipótesis de Tribunal

Por tratarse de un contrato de Comparción de Infraestructura de Energía Eléctrica que tiene su origen legal en la normatividad de servicios públicos, artículo 30 de la ley 143 de 1994, con sometimiento a las directrices de la Comisión

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.**

Reguladora de Comunicaciones (CRC) y de la Comisión Reguladora de Energía y Gas (CREG) las cláusulas estipuladas para la supervisión de irregularidades, la solución de controversias y cobertura de fianzas son de estricto cumplimiento. Ello, porque además de ser ley para las partes, tiene la especial condición de proteger al usuario de los servicios de telecomunicaciones, hoy servicio público esencial en su componente de internet, en el evento de presentarse diferencias entre los extremos de este contrato. Por tal razón, cualquier actuación administrativa o de hecho que se genere por fuera de lo establecido en el contrato y/o las regulaciones concordantes de la CRC y de la CREG, vulnera el principio fundamental al debido proceso administrativo¹⁵.

De ninguna manera, la coexistencia entre las mismas partes de un Contrato de Condiciones Uniformes y el de Compartición de Infraestructura puede desplazar el procedimiento establecido en las cláusulas de supervisión, solución de controversias y cobertura de fianzas consagradas en este último contrato, pues no se requiere mayor esfuerzo para aceptar que en estos eventos los parámetros para establecer las fuentes de poder autorizadas para recibir el servicio adicional de Energía Eléctrica provienen del contrato de Compartición y en el evento de presentarse controversias sobre si son irregulares o no, estas diferencias deberán solucionarse mediante los procedimientos acordados en el contrato de Compartición de Infraestructura y las Regulaciones Concordantes de la CRC so pena de vulnerar el derecho fundamental al Debido Proceso al punto que así lo manifestó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliario.¹⁶

¹⁵ Ley 1341 de 2009, CRC 50550 de 2016, CREG 063 de 2013, 2108 de 2021.

¹⁶ Resolución No SSPD-20218500553355 del 5 de octubre de 2021 al resolver el Recurso de Apelación interpuesto contra acto administrativo proferido por las Empresas Municipales de Cali número 46414130-1 por medio del cual “se Ordena el Cobro de Consumos Facturados “dentro de la actuación administrativa dentro del expediente 46414130 del 24 de julio de 2020 donde dijo

“(.) El acceso a los servicios públicos domiciliarios es un derecho que legalmente le ha sido atribuido a quienes, teniendo capacidad para contratar, habiten o utilicen permanentemente un inmueble coma sea cual fuere la condición que usted se enfrenta al mismo propietario o tenedor; Este derecho se concreta en la posibilidad de obtener la prestación de esos servicios a través del contrato de condiciones uniformes.

Este modo para suministrar el servicio a la empresa de verificar que en el solicitante concurren las condiciones previstas en la ley para el efecto, sin que le sea dado exigir la acreditación de calidades específicas como la de propietario, arrendatario o tenedor del inmueble coma toda vez que como claramente lo señala la ley no importa el título bajo el cual este se habite o utilice.

Lo anterior significa que el derecho de acceso a los Servicios Públicos domiciliarios está sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. En efecto cuando el artículo 134 la ley 142 de 1994 prescribe que toda persona que habite utilice de manera permanente un inmueble a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos coma debe entenderse que ese título de ser legítimo conforme a las normas civiles. No puede considerarse que quien ocupe indebidamente el espacio público adquiera título para hacerse parte de un contrato y los servicios públicos.

En este orden de ideas coma la viabilidad de conexión que otorgue la empresa debe estar precedida del análisis y acatamiento de la normativa al respecto y del cumplimiento de los requisitos exigidos por la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, así como de los permisos respectivos de las autoridades municipales competentes para tener derecho a recibir los servicios públicos y hacerse parte en un contrato de hola servicios públicos.

Cualquier otra solución que escape a los parámetros señalados coma se encuentra por fuera del régimen de los servicios públicos domiciliarios y por tanto la relación usuario empresa no podrá estar enmarcada en el contrato de condiciones uniformes sin en otro tipo de acuerdos privados entre la empresa y el usuario respecto a los cuales esta entidad carece de competencia.

En consecuencia, es bajo esta tesis que se procede al examen fáctico y legal de lo allegado en el trámite arbitral.

3.2 Contrato sobre el que recae la Controversia

La controversia que concita al Tribunal gira en torno al Contrato de Compartición de Infraestructura celebrado entre Telmex Colombia SA, cuyo causahabiente contractual es Comcel SA producto de la fusión donde la segunda absorbió a la primera y las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE* que denominaron “*Auerdo de Compartición de uso de la Infraestructura Eléctrica identificado con el número 500-GE-CIE-2716*”;

Su objeto (*cláusula primera (1)*) es que Comcel SA utilice a título oneroso la infraestructura destinada por las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE* al servicio de Energía Eléctrica para instalar los equipos que utiliza la prestación de servicios de telecomunicaciones, incluyendo televisión, internet y telefonía, siendo el precio mensual (*Cláusula quinta (5)*) el que resulte de multiplicar la cantidad de usos, conductores, equipos y otros elementos que conforman la infraestructura, por los valores establecidos, anotando que, ni la norma¹⁷ ni las Partes, incluyeron como guarismo para el cálculo de la contraprestación el precio del kilovatio de energía eléctrica consumido por los equipos. La única referencia en ese contrato a dicho servicio, fue el pacto contenido en el numeral 10 de la cláusula séptima (7) según el cual, cuando la Convocante requiera consumo de Energía Eléctrica para los equipos instalados en la infraestructura de Energía Eléctrica, demuestre al supervisor del Contrato cada dos (2) meses el pago de las facturas, infiriéndose de todo ello, que la ausencia de cláusulas en el Contrato de Compartición dirigidas a regular lo referente a la alimentación de los equipos con Energía Eléctrica significa que se trata de una relación jurídica separada pero complementaria¹⁸, pues sin energía eléctrica el Contrato de Compartición no cumple la finalidad para la que el usuario, de la infraestructura lo celebró.

En consecuencia no es este organismo el encargado de admitir esta controversia, toda vez que la misma escapa a sus funciones de control como inspector inspección y vigilancia en desarrollo un contrato de condiciones uniformes; habida consideración que el acuerdo de compartición suscrito entre las partes en el caso que nos ocupa, establecido en uso del principio de autonomía de la voluntad de las partes, se pactaron cláusulas en las cuales las partes de establecer un procedimiento y los términos de obligatorio cumplimiento en procura obtener una solución negociada a los conflictos que pudiesen llegar a ocurrir.

Expuesto la controversia suscitada en el presente solo constituye uno de los actos enmarcados dentro de los eventos señalados en el artículo 154 c) de 1994, en la medida en que no se ha afectado los servicios de negación del contrato, suspensión, corte o facturación que se derivan de la prestación del servicio público domiciliario una ejecución del contrato de condiciones uniformes del servicio público, pues en este caso, la controversia respecto a dineros adeudados por concepto de energía eléctrica suministrada un operador de telecomunicaciones bajo un contrato que no es el de condiciones uniformes o de servicios públicos domiciliarios. Los acuerdos, convenio sus planes responde al principio jurídico de la autonomía de la voluntad privada y constituye el nuevo contrato en el que las partes definen las condiciones del mismo coma de tal forma que este coma solo obliga a que lo suscriba.

¹⁷ Resolución CRC 5890 de 2020

¹⁸ El tribunal con las declaraciones rendidas por los testigos Ana María Benjumea, Wilhelmína Ramírez, Ramiro Alberto Torres, Mellemberg Cardona en el sentido que las dos relaciones jurídicas eran autónomas.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

Las partes sujetaron la celebración, ejecución, interpretación y terminación del contrato de Compartición a las cláusulas en él pactadas, a las normas mercantiles y civiles, las leyes 142 y 143 de 1994, la ley 1341 de 2009, la resolución 5050 de 2016 modificada por la 5890 de 2020 expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la resolución 63 de 2013 modificada por la 140 de 2014 expedidas por la CREG y a todas las otras normas que de algún modo regulen lo referente a los acuerdos de Compartición de Infraestructura Eléctrica para la prestación de servicios de Telecomunicaciones y de Televisión.

La Convocante planteó que la Convocada incumplió el contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, cuando presuntamente actuó abusivamente y en contra de lo pactado en el Contrato y la regulación aplicable a los negocios jurídicos de esa naturaleza, cuando suspendió la Alimentación del Servicio de Energía Eléctrica a los equipos instalados en la infraestructura eléctrica que utiliza para prestar servicios de Telecomunicaciones a un importante número de suscriptores a este último servicio para forzarlo a pagar las sumas de dinero determinadas en la demanda por concepto de aforo y reaforo del servicio de energía eléctrica condición para reiniciar el servicio de alimentación de dichos equipos con Energía Eléctrica.

La Convocada replicó la imputación que le hizo la Convocante, aduciendo que no incumplió el contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, puesto que la controversia no se regula bajo el contrato de Compartición, sino que por versar respecto del suministro de Energía Eléctrica, se regula por lo estipulado en el contrato de Condiciones Uniformes diseñado por la Convocada y por las leyes 142 y 143 de 1994 y las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

Resumiendo, la Convocada defendió su posición diciendo que cobró: (i) La diferencia de Consumo de Energía producto de las desviaciones significativas ocasionadas por equipos de telecomunicaciones no reportados e instalados en la infraestructura eléctrica de las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.*; (ii) El reaforo legalmente autorizado del consumo de energía en todos los equipos instalados en la infraestructura eléctrica por *COMCEL SA* y (iii) Al estar en mora *COMCEL SA* en el pago de los servicios públicos, legalmente tenía derecho a suspenderlos.

El tribunal pasa a plantear algunos aspectos que considera relevantes para el análisis del problema jurídico presentado para su solución.

Por haber identidad entre las partes que suscribieron el Contrato de Compartición de Infraestructura y las que son Usuario y Prestador del Servicio de Energía Eléctrica, siendo la relación jurídica que gobierna el suministro de energía eléctrica

a los equipos instalados en la infraestructura indispensable para que el objeto del primer contrato pueda ser ejecutado, lo que los hace materialmente inescindibles y por ello atados al cumplimiento de un fin estatal cual es la prestación del Servicio de Telecomunicaciones a un universo específico de la comunidad¹⁹, lo que mejora su calidad de vida al tener acceso a este servicio y particularmente, a uno elevado legalmente a la categoría de esencial como es el Internet, es innegable que dichos negocios jurídicos tengan la condición de contratos coligados con el efecto jurídico que lo que sucediera en el contrato de Alimentación de Energía tuviera impacto directo en la comunidad que se beneficiaba del servicio de Telecomunicaciones²⁰ siendo este un punto que debía tener especial consideración para las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.** al momento de la toma de decisiones relativas a la suspensión o corte de energía eléctrica.

3.3. De la Naturalaleza de la Responsabilidad

Las pretensiones ubican inequívocamente la presente acción en el campo de las resarcitorias²¹ bajo el subtipo de la Responsabilidad Civil Contractual regulada entre los artículos 1604 a 1617 del Código Civil y en reglas especiales para ciertos negocios jurídicos de lo que es ejemplo el de Comparación que ocupa al Tribunal y cuya finalidad es «(...) reparar las consecuencias de un hecho dañoso por parte del causante, bien porque dicho hecho sea consecuencia de la violación de deberes entre el agente dañoso y la víctima al mediar una relación jurídica previa entre ambos»²².

Frete a la responsabilidad de la citada naturaleza, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo²³:

“La responsabilidad civil contractual se asienta sobre la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención -total o parcial- de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución deficiente o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo causal entre tal omisión y su resultado.

Así sucede, porque tales acuerdos son ley para las partes, quienes, desde el momento de su perfección, deben honrar sus deberes y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su

¹⁹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia SC 2218-2021 del 11 de noviembre de 2020. Octavio Augusto Tejete Duque. Radicación: 11001310300120170021301

²⁰ Corte Constitucional C 654 de 2003. Ponencia, magistrado, Clara Inés Vargas.

²¹ Función compensatoria La función resarcitoria, indemnizatoria o compensatoria ocupa, para la mayoría de la doctrina, la función principal en tanto el fundamento bajo el cual se ha estructurado la teoría de la responsabilidad civil ha sido el daño, esta interviene ex post a su causación para restablecer, a quien lo ha sufrido, al estado ex ante de su ocurrencia. Sin embargo, esta función tiene razón en un sistema de responsabilidad por culpa o subleva, como la legislación colombiana, en el que se responde por no haber actuado con la diligencia debida. El código civil colombiano en su Artículo 2341, con inspiración en el Artículo 1382 del código civil francés (6), señala que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inflicto daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”, es decir, que nuestra legislación de manera principal, se ciñería en un principio de justicia correctiva, llevándonos a la función compensatoria, como la principal de la responsabilidad civil. (1) *De la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna*, página 6, autor Sarah Milles Sánchez)

²² López y López Ángel M. *Fundamento de derecho Civil*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 406, citado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia SC 1962-2022 con ponencia de Margarita Cabello Blanco.

²³ Sentencia de Casación, Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, CSJ SC5141-2020

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

infracción unilateral deriven para quien sí los cumplió o, cuando menos, se acercó a atenderlos en la forma y términos pactados.

Ahora, es preciso puntualizar que, en ese ámbito indemnizatorio, el impulsor debe justificar que atendió sus deberes o estuvo dispuesto a satisfacerlos como fue pactado, ya que solo la parte cumplidora de sus débitos contractuales puede reclamar perjuicios. Con mayor razón, si de relaciones jurídicas sinalagmáticas se trata, porque en estas cada parte espera algo a cambio de la prestación que asume, toda vez que hay reciprocidad, situación que hace necesario identificar el orden cronológico en que debían ejecutarse las obligaciones, si de forma sucesiva, (primero las de una parte y luego las de la otra. En las obligaciones de dar y de hacer el deudor debe ser constituido en mora como lo prevé el artículo 1609 del Código Civil, mientras que en las de no hacer, el solo hecho de incurrir en la prohibición pone al infractor en esa condición, por lo que no resulta necesario adelantar gestiones para que tal estado se configure. o simultánea (las de las dos al tiempo), ya que el artículo 1609 ibidem determina que «[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos», es decir, la exceptio non adimpleti contractus (...)

Los linderos entre los que debe definirse si alguno de los contratantes ha incumplido total, parcialmente, tardía o defectuosamente las obligaciones a su cargo y transgrediendo correlativamente el derecho de su contraparte cumplida o allanada a cumplir, la anteriormente mencionada Corporación²⁴ acudió al principio de la relatividad contractual, *res inter alios acta*, (artículo 1602 del Código Civil) señalando que “la autonomía dispositiva del que están provistos los sujetos de derecho que en el intervienen o que a él se adhieren para regular sus relaciones jurídicas, sin más límites que el orden público y las buenas costumbres como es el caso de los negocios jurídicos para los cuales la ley ha previsto formalidades obligatorias o un régimen legal específico que deben cumplirse como presupuesto de validez y (art. 16 ibidem) forman un acuerdo de voluntades válido que «no podrá ser derogado sino por causas legales o por mutuo consentimiento».

Y hace especial énfasis en que los contratantes actúen siempre de buena fe, por tanto, no pueden incumplir obligaciones injustificadamente, abusar de su posición contractual, imponer cláusulas que solo lo beneficien, o forzar el cumplimiento de las obligaciones de su contraparte por fuera de los mecanismos legales o contractualmente establecidos, vías de hecho, pues infringiría las reglas generales de conducta²⁵, pudiendo, inclusive el uso de vías de derecho convertirse en fuerza cuanto ello sea irregular o abusivo, pues la doctrina tradicional siempre ha reconocido que si, por una parte, no puede haber violencia ilícita en el ejercicio de las acciones judiciales y, en general, en el empleo de las vías de derecho, también debe admitirse, por otra parte, que el ejercicio irregular de aquellas vías puede llegar a viciar la voluntad de los actos jurídicos.

²⁴ Sentencia de Casación SC 1962-2022. Radicación No 1101310302320170047801, aprobada en Sala del 12 de mayo de 2022 con ponencia del honorable magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque

²⁵ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de Casación del 19 de octubre de 1994, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, de la misma Corporación Sentencia del 16 de septiembre de 2010, magistrado ponente Cesar Julio Valencia Copete.

Así por ejemplo, si un acreedor demanda o amenaza demandar a su deudor para que este cumpla o se allane a un arreglo equitativo, tal presión constituye acto legítimo; pero si el acreedor pretende aprovecharse de la penuria del deudor para obtener de él una promesa excesiva de pago, amenazándolo con el ejercicio de una acción judicial, tal acto se convierte en un medio ilegítimo de intimidación, que restringe indebidamente la libertad jurídica del deudor y que, por tanto, viola su voluntad”

La buena fe obliga a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, además de todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodeen el negocio en cada momento pongan de manifiesto independientemente de que las hayan pactado o no.²⁶

Y como es deber aplicar el principio de la buena fe como cláusula general de conducta cuando interpreta el contrato para resolver el conflicto, es preciso que realice una tarea eminentemente normativa, orientada a definir y poner al descubierto la regla contractual que debió haber observado cada contratante en las circunstancias concretas, de manera de no comportarse abusivamente y no defraudar las legítimas expectativas de conducta de la parte contraria, en atención a la finalidad económica o propósito práctico de la convención. De modo análogo a como sucede con la determinación judicial de la culpa, al concretizar la buena fe contractual el juez no crea ex post un deber de conducta o efecto jurídico que pueda tenerse por sorpresivo o novedoso para las partes, sino que se limita a precisar un deber de conducta o efecto jurídico específico que cada uno de los contratantes pudo y debió reconocer ex ante como contenido implícito del contrato, en atención a su finalidad económica o propósito práctico.

La buena fe contractual importa, por lo mismo, un estándar de conducta objetivo, el que es solamente concretizado y precisado por el juez, quien se limita a definir en un caso particular el comportamiento que cada parte contratante debió observar y seguir como guía de su conducta con ocasión de la relación contractual. En razón de su propia naturaleza, en esa tarea aplicación y creación del derecho fluyen en cierto sentido en una sola y misma actividad, cuestión que explica por qué los casos particulares en que la buena fe es concretizada en una regla individual resultan tan determinantes para los efectos de dotarla de contenido y mostrar su significado y alcance²⁷. En ese sentido debe ser entendida la clásica expresión de Franz Weacker, de que cada acto de aplicación de la buena fe contractual participa en la realización y desenvolvimiento del derecho de contratos, de modo análogo a como cada golpe de aguja participa en la formación del tejido, prosiguiendo in actu una línea cuya dirección no podía ser aún trazada

Es que la buena fe contractual tiene la forma de una cláusula general cuya aplicación presupon

delegar en el juez la tarea de definir en concreto los deberes de comportamiento o efectos jurídicos

²⁶ Sentencia de Casación del 30 de marzo de 1939 “GJ”, núm. 1947, pág. 216 citada por Guillermo Ospina Fernández, Idunardo Ospina Acosta, Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, tercera edición, página 225, editorial Temis, 1987.

²⁷ J. GONZÁLEZ FERRAZ. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, Madrid, 1989 citado por Martha Lucía Neme Villarréal en su artículo el principio de la Buena fe en materia contractual en el Sistema Jurídico colombiano publicado en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

que se derivan de la misma y que constituyen el contenido implícito del contrato. Para realizar esa tarea el juez debe efectuar una valoración de todas las circunstancias concretas a la luz de los valores y fines remitidos por la buena fe, de manera que su aplicación presupone la existencia y ejercicio de una potestad delegada, pero estrictamente dirigida, orientada a concretizar el estándar del contratante leal y honesto. La necesidad del derecho de contratos de contar con un instrumento de esa naturaleza radica en la falta de exhaustividad de sus normas, permitiendo la buena fe, primero, morigerar la aplicación puramente formal de la ley cuando en atención a circunstancias particulares esa aplicación lleva a resultados insatisfactorios y, segundo, hacerse cargo de las transformaciones sociales que inciden en la institución del contrato y que resultan imprevisibles para el legislador. La buena fe permite, de esta manera, la aplicación coherente y el desarrollo interno del derecho de contratos, de un modo que resulta consistente con los valores y fines que lo fundan.²⁸.

La anterior posición es transversal en el derecho comparado incluyendo la doctrina colombiana que reconoce la presencia y obligatorio reconocimiento de la cláusula general de la Buena Fe en todas las etapas del contrato como lo expuso la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana:

“(...) de igual modo, particularmente por su inescindible conexidad con el asunto específico sometido a escrutinio de la Corte, importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo negocial, incluido el seguro, 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-contractual). 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” [...] Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó 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 cña 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

²⁸ WIEACKER (1950), p. 15 citado por Adrián Schopf Olea, la buena fe como norma jurídica publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado,

predica de la integridad de estabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus), rectamente entendida. No es gratuito que el citado artículo 863 del Código de Comercio, expresas verbis, establezca un débito de comportamiento que cubija todo el “... período precontractual”, sin distingu de ninguna especie”

Entonces³⁰, la fuerza de la buena fe, como principio normativo, integra el contenido del contrato formándolo permanentemente a través del establecimiento de reglas concretas por virtud de las cuales se otorga la exacta dimensión al contenido de las obligaciones de las partes a la luz de la buena fe o debido a la reducción o modificación de las previstas en el acuerdo, así como mediante la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos³¹.

Inclusive, la buena fe se proyecta cuando en desarrollo de una relación jurídica los particulares o la administración no cumplen los procedimientos legal o contractualmente establecidos para la toma de una decisión que afecte a su contraparte contractual³².

3.4. Elementos de la responsabilidad

Comcel SA aportó el *Contrato de Comparición* No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, que no fue desconocido por las *Empresas Municipales de Cali, Emcali EICE*, ni sus presupuestos de validez fueron discutidos (*artículo 244 del Código General del Proceso*) quedando por consiguiente demostrado el Contrato como primer elemento constitutivo de la Responsabilidad Civil Contractual.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, citada por Martha Lucia Neme Villarreal en su artículo el principio de la Buena Fe en materia contractual en el Sistema Jurídico colombiano publicado en la Edición No 11 de la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia

³⁰ Martha Lucia Neme Villarreal en su artículo el principio de la Buena Fe en materia contractual en el Sistema Jurídico colombiano publicado en la Edición No 11 de la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia

³¹ Dice la doctora Neme que la jurisprudencia ha señalado que la regla que prohíbe el abuso del derecho tiene su fundamento último en el principio de buena fe: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGILHS. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, sostiene que “es precisamente penetrando con profundidad en esta idea —se refiere a la ética colectiva— como puede llegarse a percibir, sin que medie objeción valdadera alguna, la evidente conexión que, en el plano de las relaciones contractuales, existe entre la prohibición del abuso y la exigencia de buena fe consagrada en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, ello hasta el punto de poder afirmarse sin escándalo que en ese terreno, la primera no viene a ser cosa distinta de una modalidad peculiar de infracción del imperativo general de conducta que la segunda implanta; “el límite más importante del ejercicio ilícito de un derecho —dice KARL LARENZ, refiriéndose a la estrecha relación que entre sí tienen los preceptos de los artículos 226, 826 y 242 del Código Civil alemán— resulta del principio de la salvaguarda de la buena fe”, agregando de inmediato que este principio, según un criterio hoy indiscutido”, es válido para cualquier nexo jurídico existente, y fundamentalmente en el marco de éste no sólo debere, sino que resitnge también el ejercicio de facultades, siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no deraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe” (Derecho civil. Parte general, cap. II, par. 13)” (se resalta).

³² La Corte Constitucional señaló que el desconocimiento, dentro del marco de un proceso administrativo, del principio de buena fe comporta una vulneración del derecho al debido proceso, comoquiera que este comprende la garantía de que las decisiones que profieren en su curso observarán las reglas de juego establecidas previamente, así como las expectativas que la administración, en virtud de sus actos, genera en un particular. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

De los fundamentos fácticos de la demanda reformada y los de su contestación, el Tribunal observa que la hipótesis de la Convocante es que la Alimentación de Energía esta imbuida en la actividad de Compartición de Infraestructura y que por tanto se regulan por el mismo contrato.

Aunque no desconoce la inescindibilidad del arrendamiento de la infraestructura con el del suministro de Energía Eléctrica, el Tribunal discrepa de la posición de COMCEL SA, por las razones expuestas en líneas precedentes, recordando que la misma regulación establece que la alimentación de energía de los equipos instalados en la infraestructura se trata de un *Servicio Adicional* que puede ser contratado por el Arrendatario de la infraestructura con el mismo Arrendador de manera separada³³ o escoger otro proveedor de Energía dentro de la libertad de selección que le otorga la ley³⁴. Bajo este escenario, la discusión acerca de si el contrato que regula el servicio de Alimentación de Energía Eléctrica es de Condiciones Uniformes o no queda superada por el hecho que los Contratantes no celebraron un contrato de naturaleza diferente dirigido a regular explícitamente dicho Servicio.

Todos los testimonios recibidos durante este trámite arbitral, encuentran su común denominador en que el desacuerdo entre las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE y COMCEL S.A.*, tuvo su génesis en la instalación por parte de la última en la infraestructura de la primera, de equipos para prestar el Servicio Público de Comunicaciones de manera irregular amparado en el contrato de compartición *No. 500-GE-CIE-0618 de 2016* el cual desembocó en una discrepancia en cuanto al consumo real de Energía Eléctrica, la posterior suspensión imprevista de dicho Servicio mientras se desarrollaban tratativas para superar la controversia, condicionando las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE* su restablecimiento a que COMCEL SA pagara una suma de dinero en la que estaba en desacuerdo.

Lo relativo al no reporte de equipos utilizados con conexiones de fuentes de poder sin autorización de las *EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE*, la cláusula novena (9) y su párrafo primero deben ser interpretadas armónicamente con el procedimiento dispuesto por el artículo 4.11.1.8 de la *Resolución CRC 5890 del 24 de enero de 2020* cuando el usuario de la Infraestructura Eléctrica no acceda al pago de facturas por los Servicios Adicionales que recibe del Operador de Telecomunicaciones, caso de mora en el cual, el Arrendatario de la Infraestructura podrá “suspender provisionalmente el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, previo aviso a la CRC y al proveedor de redes o servicios de telecomunicaciones con no menos de (15) quince días hábiles de anticipación y hasta tanto se supere la situación que generó la suspensión. Lo anterior sin perjuicio de que la CRC en ejercicio de sus funciones, de oficio o a solicitud de parte, solicite

³³ Artículo 3 resolución 063 de 2013: **Servicios Adicionales:** Son todos aquellos servicios conexos o relacionados con la compartición de infraestructura, los cuales pueden contratarse por separado, tales como la alimentación de energía y adecuación ambiental.

³⁴ Concepto 26 de la Superintendencia de Servicios Públicos interpretando el numeral 9.2. del artículo 9 de la ley 142 de 1994

información adicional para efectos de hacer un seguimiento a la suspensión informada.”

Y precisa párrafo inmediato de dicha cláusula:

“Durante la etapa de suspensión provisional a la que hace referencia el anterior inciso el proveedor de infraestructura eléctrica únicamente podrá:

- a. Suspender los servicios adicionales que estén administrando. Dichos servicios podrán cobrarse mientras no sean suspendidos. (...)
- b. Limitar el acceso del proveedor de redes o servicios de telecomunicaciones para efectuar cualquier intervención en la infraestructura eléctrica.

Lo anterior significa que si bien es un derecho del arrendador de la Infraestructura suspender el servicio de Alimentación de energía que provee al Arrendatario de esta como Usuario de un Servicio Adicional, no le permite hacerlo intertemporalmente sino que debe haber una notificación expresa y suficiente antes de realizar la suspensión pues por tratarse de un acto administrativo definitivo debe permitirse al Arrendador de la Infraestructura que es Usuario del Servicio Público de Energía Eléctrica ejercer su derecho constitucional y legal al debido proceso.

Interpretación del Tribunal que no es caprichosa, recoge la doctrina de la Corte Constitucional sobre la obligatoriedad de permitir el ejercicio del derecho al debido proceso a los usuarios de Servicios Públicos antes de imponerles la suspensión de la que tratemos a colación los apartes de la sentencia proferida por la Corte Constitucional³⁵ cuya importancia radica en que hace un recuento de la doctrina que sobre este particular, ha emitido la honorable corporación, interpretando la Ley 142 dando las pautas bajo las cuales el proveedor de servicios públicos regulados por dicha Ley, puede ejercer dicho derecho:

(...) 3.1. En primer lugar: ¿viola una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios el derecho al debido proceso de un usuario, cuando le suspende la prestación de un servicio (electricidad) sin notificarle debidamente la decisión administrativa de suspensión, pero avisándole en la factura de servicios que si no paga a tiempo se le ha de suspender el servicio?

3.2. En segundo lugar: ¿viola una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios el derecho a la vida digna de personas menores de edad, de la tercera edad o de personas en situación de discapacidad, cuando les suspende la prestación del servicio de energía eléctrica por mora?

A continuación, la Sala pasa resolver en su orden los problemas.

³⁵ Referencia: expediente T-3495647 Acción de tutela instaurada por Miladys Vergara Camarero, Mari Luz Domínguez, Miguel Salomón Cruz, Martha Lidueña Bravo, Betty Manosalva Bravo, Carmen Audid García, Lilia de la Cruz, Antonio Bravo Galvis, Nicolás Cervantes y Haicner Bravo contra Electricaribe S.A. E.S.P. Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

El derecho de los usuarios de servicios públicos domiciliarios al debido proceso implica su derecho a ser notificados oportuna y debidamente de los actos de suspensión, corte y terminación de los servicios, con el fin de que puedan recurrirlos

4. En este proceso todos los tutelantes sin excepción dicen no haber sido notificados de la suspensión del servicio de energía eléctrica. La Empresa demandada sostiene en cambio algo distinto, pues en su opinión a los accionantes usuarios sí se les informó, en la factura de servicios públicos, que en caso de que no pagaran sus obligaciones antes de cierta fecha su servicio de energía eléctrica habría de ser suspendido. La notificación consistió entonces en un aviso previo de suspensión, que aparecía en la factura de los servicios públicos domiciliarios. La Corte debe establecer si la Empresa demandada violó el derecho al debido proceso de los actores con su obrar.

5. Para ese efecto es importante tener en cuenta que según la Constitución el debido proceso se aplicará a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (CP art. 29). La relevancia de esta norma constitucional para un proceso como este, estriba en que las actuaciones de las empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando implican la suspensión, el corte o la terminación de la prestación de dichos servicios, se componen de actos administrativos, razón por la cual están sujetas al debido proceso³⁶. **En ese sentido, cuando una empresa de servicios públicos domiciliarios procede a suspender, cortar o terminar la prestación de uno de sus servicios, debe respetar entre otros límites protegidos por la Constitución el derecho de todo usuario a “la defensa” (CP art. 29). En un ámbito como el de prestación de servicios públicos domiciliarios, este derecho a la defensa implica ante todo el derecho del usuario “a ser oído”, según la fórmula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1. CADH y 93 CP)**³⁷

6. Ahora bien, la garantía del derecho de los suscriptores a ser oídos exige que se les ofrezca una oportunidad para cuestionar los actos de suspensión, terminación o corte de los servicios públicos. Pero la empresa no tiene libertad absoluta para definir cómo ha de garantizar ese derecho, o en qué momento es propicio tener en cuenta el punto de vista de los usuarios. La Constitución establece expresamente que debe ser la ley la encargada de determinar “los deberes y derechos de

³⁶ Sentencia C-558 de 2001 (MP. Jaime Araújo Rentería. Unánime). En esa sentencia, la Corte sostuvo: “[...] El ejercicio de la función administrativa por parte de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios encuentra una preceptiva mucho más comprensiva en el inciso primero del artículo 154 de la ley 142, que al respecto permite circunscribir como actos administrativos propios de tales empresas y entidades los de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación, y por supuesto, las decisiones que se produzcan en sede empresarial con ocasión del recurso de reposición”. Que estas empresas están sujetas al debido proceso constitucional, lo ratifica el hecho de que la Corte ha sostenido en más de una ocasión que empresas de servicios públicos domiciliarios lo han violado. Ver, por ejemplo, la sentencia T-1108 de 2002 (MP. Alvaro Tafur Galvis), en la cual la Corte tuteló el derecho al debido proceso de un usuario de servicios públicos domiciliarios.

³⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972. Dice, en su artículo 8.1. “artículo 8. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. El artículo 93 de la Constitución establece que los derechos consagrados en la Carta –y el derecho al debido proceso es uno de ellos– “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de esos tratados.

los usuarios", así como de definir "el régimen de su protección" (CP art. 369). Por lo mismo, las empresas de servicios públicos domiciliarios deben atenerse a lo que disponga el legislador. Es el Congreso, entonces, el autorizado para determinar dentro de los límites constitucionales cuál es el alcance del derecho de los usuarios de servicios públicos a ser oídos en los casos de suspensión, terminación y corte de los servicios públicos domiciliarios.

7. En ese sentido, conviene no perder de vista que la Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", regula la prestación de servicios públicos domiciliarios, y contempla algunos de los derechos de los usuarios. Entre estos, está el derecho de todo usuario a interponer recursos "para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato" (Ley 142 de 1994 art. 154). ¿Cuáles decisiones pueden ser recurridas? Según la misma Ley, los recursos proceden contra un grupo de actos, dentro del cual es preciso destacar los actos de **"suspensión, terminación, corte y facturación que realice" la empresa de servicios públicos (idem). En específico, contra estos actos proceden "el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley"** (idem). Así, a partir de estas normas, es posible colegir razonablemente que los usuarios de servicios de energía eléctrica prestados por Electricaribe S.A., tenían en este caso derecho a instaurar recursos contra el acto que contenía la decisión de suspender, terminar o cortar dicho servicio.

8. Pero para garantizarles a los usuarios un derecho real y efectivo a presentar los recursos de ley, es necesario que se cumplan además otros tres deberes. Primero, a los usuarios se les deben notificar los actos de suspensión, terminación o corte de servicios. De un lado porque así lo exige el principio de publicidad que rige la función administrativa (CP art. 209), y de otro porque el derecho de los suscriptores a ser oídos sería ineficaz si los actos recurribles de las empresas de servicios públicos domiciliarios no se les dieran a conocer. Los suscriptores tienen derecho a ser notificados de los actos de suspensión, porque eso facilita las condiciones para que ejerzan su derecho a interponer los recursos de ley. Segundo, la garantía del derecho a un recurso contra este tipo de actos exige el respeto al derecho de los usuarios a que se les informe, en el texto de notificación del mismo, cuales recursos proceden en su contra, ante quienes pueden ser instaurados y en qué plazo.³⁸ La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que si un acto que conlleva la suspensión de servicios públicos se intenta notificar sin esta formalidad, se entiende por no hecha, y la decisión se considera que no tiene efectos legales.³⁹ Finalmente, en el acto debe expresarse el motivo de la suspensión,

³⁸ El artículo 47 del Código Contencioso Administrativo vigente cuando ocurrieron los hechos, decía: "[...] En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes debe interponerse, y los plazos para hacerlo". Por cierto, en este caso las normas aplicables son las del Código Contencioso contenido en el Decreto ley 1 de 1984 y sus reformas, pues el actualmente vigente y aplicable, contenido en la Ley 1437 de 2011, sólo entró en vigor el dos (2) de julio del presente año, y rige únicamente para los procedimientos y las actuaciones administrativas iniciados después de esa fecha, según su artículo 308. Este último dice, al respecto: "[el presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. [...] Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia. [...] Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán regíndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior". Lo que sus trae este caso del impeto de la nueva Codificación, pues las actuaciones a las que se refieren los hechos de esta tutela ocurrieron en la primera mitad del año dos mil doce, antes de su entrada en vigencia.

³⁹ Sentencia T-1108 de 2002 (MP, Alvaro Tafur Galvis). Ver también la sentencia T-1023 de 2007 (MP, Manuel José Cepeda Espinosa). En esa oportunidad, la Corte Constitucional sostuvo que era ineficaz un acto, en virtud del cual se produjo una suspensión en la prestación de un servicio público (el de salud) a una persona, porque en el acto o en el texto de la notificación no se decía cuales eran los recursos que cabían en su contra, ni ante quiénes podían

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

*terminación o corte del servicio.*⁴⁰

9. Por ejemplo, en la sentencia T-1108 de 2002,⁴¹ la Corte tuteló el derecho al debido proceso de un usuario de servicios públicos domiciliarios al que le habían suspendido el servicio de energía eléctrica por falta de pago, “sin aviso, ni notificación”. En ese contexto, la Corporación sostuvo que a partir de los “artículos 130, 140, 152, 153 y 154 Ley 142 de 1994, artículos 18 y 19 Ley 689 de 2001; 44 y 47 C.C.A”, era posible aseverar que entre los derechos de los usuarios, protegidos por el derecho fundamental al debido proceso administrativo, se encontraba el derecho a instaurar un recurso, a ser notificado de los actos contra los que dichos recursos cabían y a ser informado debidamente sobre los recursos procedentes. Así lo señaló la Corte en su decisión:

“[...] En definitiva, las empresas en mención pueden suspender, *parcial o totalmente*, la prestación de los *servicios que prestan por falta de pago de los usuarios y suscriptores de las facturaciones emitidas*, pero para el efecto están en el deber de observar estrictamente el procedimiento que les permite hacer su uso de esta prerrogativa, cual es –artículos 130, 140, 152, 153 y 154 Ley 142 de 1994, artículos 18 y 19 Ley 689 de 2001; 44 y 47 C.C.A.-:

[...]

b) Si el usuario o suscriptor incumple con su obligación de pagar la facturación emitida por la empresa, por concepto del servicio prestado, oportunamente, es decir dentro del término previsto en el contrato, la prestadora está en la obligación de suspender la prestación del servicio “sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual (...)”.

Las decisiones de suspender la prestación de los servicios, total o parcialmente, como actos derivados de las prerrogativas que les han sido conferidas a las prestadoras para la debida prestación del servicio, son actos administrativos, y también lo son las decisiones que resuelven los recursos interpuestos contra éstos.

Los actos administrativos de carácter particular se notifican personalmente al interesado, a su representante, o apoderado. Y, en el texto de la notificación, se deberá indicar los recursos que proceden contra la decisión, las autoridades ante quienes pueden interponerse, y los plazos para hacerlo.

[...]

instaurarse, ni en qué término. La Corte indicó: “[...]el acto administrativo que concluya con el trámite debe notificarse de conformidad con los requisitos legales, dentro de los que se halla uno primordial, indispensable de cara al ejercicio del derecho de contradicción, esto es, el expresado por el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, a cuyo tenor: ‘En el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades ante quienes debe interponerse, y los plazos para hacerlo’. El resultado de inobservar este último requerimiento legal, según el artículo 48 del Contencioso, es que ‘no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión’”. Y luego dijo: “[...] cuando se le comunicó la orden 1033 de 2006, ni en el acto administrativo, ni en la notificación efectuada se expresan los recursos que procedían contra aquél, razón por la cual el acto no produce los efectos pretendidos”. Por lo mismo, tuteló el derecho al debido proceso.

⁴⁰ Sentencia T-1108 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis). En ese caso, la Corte tuteló el derecho al debido proceso, entre otras razones “[...] porque los actos administrativos deben motivarse, y tanto el INPEC como el accionante desconocen las razones que condujeron a la accionada a suspender el servicio, no obstante haber recibido el abono acordado”

⁴¹ Sentencia T-1108 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis)

⁴² 1 Cita de la sentencia C-150 de 2003: “En la Sentencia T-485 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), la Corte analizó el derecho de los usuarios a que sus recursos sean resueltos antes de que se les corte el servicio. Lo igual manera los artículos 152 a 158 de la Ley 142 de 1994 versan sobre los derechos de defensa del usuario en sede de la empresa.”

⁴³ Cita de la sentencia C-150 de 2003: “En la Sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lemery), la Corte sostuvo que “contra el acto de suspensión del servicio que realice la empresa proceden los recursos de reposición, y de apelación”

⁴⁴ Cita de la sentencia C-150 de 2003: “Sobre este punto, ver la Sentencia T-1108 de 2002 (M.P. Álvaro Tahir Gaitán), donde se desarrolló ampliamente el tema.”

⁴⁵ Cita de la sentencia C-150 de 2003: “Sobre este punto, ver la Sentencia T-730 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa);”

⁴⁶ Sentencia C-150 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa, SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández, SV. Jaime Araújo Rentería).

11. Así las cosas, con fundamento en lo que antecede, es preciso preguntarse si en este caso Electrarcibe notificó debida y oportunamente a sus usuarios accionantes de la decisión de suspenderles, terminales o cortarles el servicio. Para ello conviene resaltar que el modo como Electrarcibe aduce haber hecho esa notificación, consistió esencialmente en un aviso previo a los suscriptores, contenido en la factura de servicios públicos domiciliarios, en el cual les ponían de manifiesto que habría de suspenderse la prestación del servicio de energía eléctrica si no pagaban antes de determinada fecha (dos de febrero de 2012 en una de las facturas, y veintinueve de enero del mismo año en la otra). En dicha factura Electrarcibe no especifica cual sería el motivo de la suspensión, ni tampoco cuales serían los recursos procedentes en su contra, a que autoridad podrían intentarse, ni en qué término. De modo que la pregunta concreta es si un aviso previo con esas características puede tenerse como suficiente, a la luz de las exigencias del debido proceso antes referidas.

10. Por lo demás, en la sentencia C-150 de 2003, al examinar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001, en virtud del cual las empresas de servicios públicos están obligadas a suspender el servicio del usuario o suscriptor que incumpla “su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos periodos consecutivos de facturación”, la Corte sostuvo que esta prerrogativa era constitucional. No obstante, especificó que lo era siempre y cuando en su aplicación a situaciones concretas se respetara “el derecho al debido proceso de los usuarios de buena fe, específicamente los derechos de defensa y contradicción”. Y el respeto por estos derechos significa, según esta misma decisión de la Corte, el derecho de “los usuarios o suscriptores [a] contradecir efectivamente tanto las facturas a su cargo” como el acto mediante el cual se suspende el servicio”⁴³ y también obligan a las empresas prestadoras de servicios públicos a observar estrictamente el procedimiento que les permite suspender el servicio”⁴⁴. El derecho al debido proceso incorpora también el derecho a que se preserve la confianza legítima del usuario de buena fe en la continuidad de la prestación del servicio si éste ha cumplido con sus deberes”^{45,46}.

En consecuencia, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios proceden a la suspensión del servicio [...] sin permitirle al usuario o suscriptor afectado ejercer su derecho a la defensa, éste puede acudir ante el Juec Constitucional, invocando el restablecimiento de sus garantías constitucionales, sabio que la actuación administrativa pueda ser demandada por el usuario, o que el particular pretenda simplemente la reparación del perjuicio, porque en este caso es a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la que compete tal restablecimiento”⁴⁷.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

12. La Corte considera que no. Ciertamente, un aviso previo en las facturas de servicios públicos no es por sí mismo irrelevante, desde el punto de vista de la satisfacción del derecho al debido proceso. Es más, si va acompañado de las precisiones necesarias, el aviso previo de suspensión que regularmente aparece en las facturas de servicios podría entenderse como suficiente para efectos de garantizar el derecho al debido proceso de los usuarios o suscriptores de los mismos. Así, en su jurisprudencia, la Corporación ha sostenido que la terminación de la relación contractual de prestación de servicios, para que sea ajustada a la Constitución, debe estar precedida de un debido proceso, y que este se puede entender respetado si hay un acto de comunicación “en el que se le informe al suscriptor o usuario sobre la eventual adopción de estas medidas a fin de ser oído y permitírsele la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para su defensa antes de que se adopte la decisión correspondiente”.⁴⁷ De igual modo, un aviso previo adecuado cumple las finalidades constitucionales que se persiguen con el debido proceso, como pasa a mostrarse a continuación.

12. En efecto, el derecho al debido proceso de los usuarios o suscriptores de servicios públicos no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de los demás derechos fundamentales. Estos últimos se salvaguardan si existe una prestación eficiente y continua de servicios públicos domiciliarios de calidad. El derecho al debido proceso sirve para evitar posibles errores de las empresas prestadoras de servicios públicos, en tanto les da oportunidad de conocer información y opiniones de los usuarios, que pueden resultar útiles o necesarias para determinar si debe suspenderse, terminarse o cortarse un servicio público domiciliario. Así, el derecho a un recurso contribuye a evitar que se le suspenda o corte el servicio al propietario de un inmueble por deudas con la empresa de servicios, cuando no esté obligado a pagar por ellas debido a su buena fe⁴⁸. El derecho a un recurso también podría evitar que al propietario de un inmueble se le suspenda el servicio, de suerte que no se cause como efecto un desconocimiento de derechos constitucionales a sujetos de especial protección.⁴⁹ También contribuiría a impedir la suspensión de servicios que sean

⁴⁷ Sentencia C-389 de 2002 (MP. Clara Inés Vargas Hernández. AV. Jaime Araújo Rentería. SPV. Álvaro Tafur Galvis. SV. Jaime Araújo Rentería). En esa oportunidad, al examinar la constitucionalidad de las normas que gobiernan la terminación del contrato de prestación de servicios, la Corte indicó que esta decisión de terminar el contrato debía ser fruto de un debido proceso. En ese sentido sostuvo: “[...] tratándose de la prestación de servicios públicos domiciliarios donde están involucrados derechos fundamentales, la terminación del contrato no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que regula la norma bajo análisis, sino que por el contrario, debe estar precedida de un debido proceso en el que se le informe al suscriptor o usuario sobre la eventual adopción de estas medidas a fin de ser oído y permitírsele la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para su defensa antes de que se adopte la decisión correspondiente”

⁴⁸ Sentencia T-028 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). En esa oportunidad, la empresa de servicios públicos domiciliarios demandada suspendió el servicio que venía prestándole a una vivienda, que recientemente había adquirido una persona en un remate. La razón era que el propietario anterior del bien inmueble debía cuotas de un acuerdo de pago que había suscrito con la empresa, y que autorizaba a esta para suspenderle el servicio. La Corte sostuvo entonces que el servicio no podía ser suspendido en un caso así: “[...] el propietario ahora afectado no fue a su vez usuario del servicio dejado de cancelar, y cuando lo requiere, la empresa le exige pagar la deuda total del inmueble adquirido por remate, caso en el cual es atinente aplicar la regla sobre ruptura de solidaridad prevista en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado por el 18 de la Ley 689 de 2001. [...] Tal solidaridad se predica respecto de dos periodos de facturación insolutos, de tal manera que en adelante no se puede constreñir al propietario no usuario a cancelar la deuda total, lo que significa que si la empresa no suspendió el servicio luego de vencido ese lapso de facturación, pierde su derecho de exigirle al no usuario el pago total de la deuda”

⁴⁹ Sentencia C-150 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa. SPV. Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SV. Jaime Araújo Rentería). En esa oportunidad, la Corte condicionó la exequibilidad de las normas que exigen la suspensión por falta de pago a que se interpreten en el sentido de que no autorizan a las empresas de servicios a proceder a dicha suspensión, cuando esta traiga “como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o, impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad”.

precisos para el funcionamiento de hospitales u otros establecimientos especialmente protegidos,⁵⁰ o para que no se afecten gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

(...)

15. Eso sí, debe tratarse de un aviso previo adecuado. Por lo cual no basta con un aviso previo, si no satisface las exigencias antes mencionadas: si en el acto en el que está contenido no aparecen los motivos de la suspensión, ni los recursos que proceden en contra del acto de suspensión, ni ante qué autoridad pueden instaurarse estos últimos o en qué término pueden ser intentados, se viola el derecho al debido proceso. El sólo aviso previo de eventual suspensión, sin más especificaciones que contribuyan a asegurar el derecho a la defensa, no podría considerarse por sí solo como una notificación en debida forma, y el acto de suspensión, terminación o corte que así pretenda notificarse no está llamado a producir efectos legales. La pregunta siguiente es si el aviso previo que surtió Electrivaribe S.A. a sus usuarios reúne las condiciones necesarias y suficientes para considerarse una notificación debida, de acuerdo con lo antes mencionada.

16. La respuesta de esta Sala es negativa. Electrivaribe S.A. violó el derecho al debido proceso de los usuarios del servicio de energía eléctrica, porque sólo les notificó la decisión de suspensión, terminación o corte del servicio con un aviso previo, que sin embargo no respetaba las exigencias antes referidas del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Así, para empear, no aparecen los motivos de la suspensión, terminación o corte. Podría pensarse que en algún sentido podría suponerse que la suspensión a la que se refiere la factura es a la suspensión por falta de pago. No obstante, eso no es tan claro, y en todo caso ese no fue el único motivo usado por Electrivaribe para suspender, terminar o cortar el servicio, pues además decidió adoptar estas medidas porque en su concepto es ilegal prestar el servicio de energía eléctrica en todo el sector en el que está ubicado el Barrio Ríos de Agua Viva, donde habitan los peticionarios. Ahora bien, aparte de la falta de motivación, en la factura donde está contenido el aviso previo de suspensión no se dice que recursos proceden contra el acto administrativo que adopta la decisión de suspender, terminar o cortar el servicio, ni en qué término pueden ser propuesto, ni ante cual autoridad. Por lo mismo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la Constitución exige, en concordancia con la ley, que esa notificación se tenga por no hecha y el acto administrativo por ineficaz. En ese sentido, en la parte resolutive de esta providencia, la Sala adoptará las medidas apropiadas para el caso. Pero antes debe resolver el otro problema”

Las pruebas recaudadas no permiten concluir que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE, hubiera agorado el debido proceso frente al acto específico de suspensión de la alimentación de las fuentes de poder con energía, notificando a COMCEL SA de dicha decisión, de acuerdo a lo previsto por la Ley 1437 de 2011, porque lo probado y alrecedor de lo que giró el debate probatorio, fue que la

⁵⁰ Sentencia T-881 de 2002 (MP, Eduardo Montealegre Lynett). En ese fallo, la Corte resolvía una tutela por suspensión del servicio público de electricidad en una cárcel por falta de pago. La Corporación consideró que la suspensión no podía tener lugar: “[...] mientras no se adapta un sistema que permita mantener de manera continua la prestación del servicio de energía a los establecimientos constitucionalmente protegidos: el hospital, acueducto y establecimientos de seguridad terrestre, en el municipio de El Arenal, esta Sala prevendrá a la empresa Electrocosta S.A. E.S.P., por medio de la notificación del presente fallo al representante legal de la misma, para que se abstenga de realizar conductas que tengan como consecuencia mediana o inmediata, la privación del suministro de energía a los referidos establecimientos constitucionalmente protegidos, sin importar que dicha conducta tenga o no su origen en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las mismas entidades o del Municipio del Arenal”.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

discusión, se circunscribió al valor de la energía eléctrica siendo frente a este agotada la vía administrativa quedando en firme un acto donde fue fijado el valor a pagar por concepto de energía, el cual no fue sometido por ninguna de las partes a control jurisdiccional.

Es que el Procedimiento y Plazo de requerimiento contemplado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, tiene como finalidad proteger al consumidor final del servicio de Telecomunicaciones por ser Público y Esencial lo que es un factor preponderante que deben tener en cuenta los Contratantes en Compartición antes de tomar cualquier decisión que ponga en riesgo de suspensión del Servicio Público, porque todas ellas deberán estar orientadas siempre a que el Usuario o Consumidor no quede desprovisto de este⁵¹. Por tanto, cualquier conducta que no permita utilizar los equipos destinados para prestar el servicio de telecomunicaciones atenta contra el principio general de los servicios que es que sea continua e ininterrumpida, sin excepción alguna, salvo, cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que exijan tomar la decisión⁵².

Del incumplimiento

El Parágrafo Único del artículo 4.11.1.8 de la resolución 5890 del 24 de enero del 2020 ordena a todos los involucrados en Contratos de Compartición, inclusive a los que prestan servicios adicionales, que no suspendan o terminen el acceso y uso de la infraestructura eléctrica, como tampoco esos servicios adicionales sin notificación previa a la Comisión; norma que aunque está estipulada para la suspensión del acceso y retiro de elementos por la no transferencia oportuna de pagos, al tocar el procedimiento que protege la continuidad de los servicios de energía, debe tomarse en cuenta por analogía para suplir la laguna legal, como sobre el sistema de suspensión de fluido eléctrico en relación con los contratos de compartición. Ello sumado, a que por referirse particularmente este proceso al Servicio Adicional de Energía Eléctrica, debieron seguirse los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional, para la suspensión del servicio de energía, que prevé la notificación a COMCEL SA como Usuario del servicio adicional de energía y el agotamiento de la vía administrativa.

De las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en este proceso se concluye que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE incumplió las anteriores obligaciones de notificar a la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica, y los lineamientos jurisprudencialmente estipulados para notificar a COMCEL SA como Usuario del servicio de energía eléctrica que es un criterio interpretativo obligatorio del artículo 140 de la ley 142 de 1994 que fue integrada por voluntad de las partes al Contrato de Compartición como legislación aplicable.

⁵¹ Superintendencia de Servicios Públicos, concepto unificado 09 en concordancia con los conceptos 23 de 2015, 5 de 2015, 649 de 2016

⁵² Ibídem

Si bien las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI FICE no interactuaron físicamente con la infraestructura instalada intervinéndola, trasladándola o cortándola, al suspender el servicio adicional de Energía Eléctrica que es esencial para el funcionamiento de los equipos instalados en la infraestructura tuvo un efecto similar pues inhabilitó el uso de los equipos al punto que repercutió en los Usuarios del Servicio Público de Telecomunicaciones.

Si se observa que tal hecho fue realizado con el único propósito de forzar el pago de las sumas de dinero en mora sin cumplir el procedimiento establecido en el artículo 4.11.1.8 de la resolución 5890 del 24 de enero de 2020 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y el debido proceso reconocido para el caso de Suspensión por la jurisprudencia constitucional colombiana, es para el tribunal claro que ese derecho legal que tiene el proveedor del Servicio de Alimentación de Energía Eléctrica quedó deslegitimizado ocasionando desde el instante de la Suspensión, el incumplimiento del contrato de Comparición, de las disposiciones regulatorias incorporadas a este y lo que es peor, de los principios fundantes en materia contractual como es la cláusula general de la buena fe y aparejado a esto, a los usuarios de COMCEL SA de no verse privados del servicio de telecomunicaciones contratado con esta última. Ello al extremo que como único mecanismo que tuvo COMCEL SA para restablecer el servicio a sus usuarios fue pagar la suma de dinero exigida unilateralmente por Emcali y a resarcir a sus clientes en dinero el tiempo durante el cual no tuvo las fuentes de poder habilitadas para prestar el servicio de Telecomunicaciones. Conducida esta de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI FICE que este Tribunal considera que es reprochable jurídicamente, típica abuso del derecho derivado de la vulneración en concurso de los derechos fundamentales a la buena fe y el debido proceso, por lo que cumpliendo la finalidad resarcitoria que ocupa esta clase de acciones, hará en contra de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI las declaraciones de condena que presenta en la parte resolutive de este Laudo.

El Tribunal Arbitral se ocupará de hacer referencia a las pruebas más relevantes que orientaron su decisión:

1. Del peritaje elaborado por MarkUp Consultores S.A.S.: no se discute la idoneidad de los peritos y se concentra la atención solo en el aspecto que tiene relación con el número de fuentes de poder instaladas en la infraestructura eléctrica que se determinan como elementos no autorizados y específicamente lo consignado en el literal b) del numeral 4.2.1.1. página 26, ello por su pertinencia al tema de conflicto generado en el contrato de comparación. Afirma el Perito que, de las 175 fuentes supuestamente no reportadas, tuvo soportes que le permitieron concluir que 59 de estas, si habían sido oportunamente reportadas a Emcali mediante correos electrónicos, junto con algunos soportes en documentos de Excel. Añade que “el procedimiento de reporte no estaba estandarizado ni existían formatos para su cumplimiento, y consistía

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

principalmente en avisos por medio de correos electrónicos cruzados entre Jhon Jairo Toro (jhonjhon.toro.h@claro.com.co) de Comcel y Jhon James Sánchez Hurtado (jjsanchez@emcali.com.co) de Emcali.” Debido a lo anterior para el Perito, la ausencia de estandarización en el procedimiento fuera de exigirle un extenso trabajo en el cruce de información le permitió concluir que en el listado de fuentes no reportadas se encontraban algunas que por la informalidad del procedimiento Emcali no las registraba.

Respecto de este punto el Tribunal corrobora que el sistema de información sobre las fuentes de poder instaladas durante el desarrollo de compartición de infraestructura eléctrica no era el adecuado para dar cumplimiento a los procedimientos establecidos en las cláusulas 4 “solicitudes de acceso y uso” y 5 “precio” del acuerdo de compartición número 500-GE-CIE-0618-2016, puesto que es una actividad esencial para el desarrollo de este contrato y amerita que toda su documentación y procedimiento tenga una claridad incuestionable.

Revisado el dictamen de contradicción de la empresa Integra, en nombre de las Empresas Municipales de Cali Emcali, al cual no se cuestiona la idoneidad de quienes lo practicaron, nos ratifica la fragilidad del procedimiento mencionado puesto que la tacha a la conclusión citada del peritaje, esta circunscrita a que los peritos de MarkUp se basaron en información consultada en una base de datos que no corresponden a la utilizada para la liquidación por parte de Emcali (página 39 de 100).

El dictamen pericial aportado al proceso por la Convocante, elaborado por la firma MarkUp Consultores, también hace referencia al concepto de compensación efectuado por COMCEL SA a los Usuarios afectados por la suspensión del servicio de energía de las fuentes de poder, e indicó que examinó los soportes que demuestran que COMCEL compensó a 178.023 usuarios por los días en que sufrieron afectación por la no prestación de los servicios de internet, televisión y telefonía. Esos soportes a los que se hace referencia en el dictamen se concretan en la certificación expedida por la revisoría fiscal de COMCEL, a cargo de la firma ERNST & YOUNG y suscrita por Mariana Leonor Gómez Pinto, certificación en la que se lee que, en sus funciones de revisoría fiscal, verificó que al 28 de febrero de 2022, en los registros contables de COMCEL se *“incluyen ajustes de compensación por \$1.069.170.642, por concepto de fallas masivas”*. En esa misma certificación se dice que *“se realizaron ajustes por compensación en la facturación de 178.023 cuentas de suscriptores en el sistema facturador RR de la compañía, asociados al área Cali por concepto de las ‘fallas masivas’, derivadas de la desconexión de los servicios de electricidad”*.

Con base en esa información, no desvirtuada ni controvertida en el proceso, el perito MarkUp Consultores tuvo como realizada la compensación a los 178.023 suscriptores y que ella ascendió a la suma de \$1.091.609.799,00.

EMCALI, por su parte, cuestionó esa conclusión del peritaje a través del dictamen pericial de contradicción elaborado por la firma Integra Auditores Consultores S.A. y, específicamente, en la página 95 del trabajo pericial, se lee:

“1. Llamo la atención la afirmación del perito “...El perito tuvo a su alcance soportes que demuestran que COMCEL compensó a 178.023 usuarios...” sin embargo, no hace referencia a ningún documento o anexo que permitan verificar dicha información y su relación con la causa del hecho; considerando que el punto se refiere a la reclamación de un perjuicio oneroso, la ausencia de soportes hace imposible su verificación y pruebas de los hechos.

2. No obstante, en la revisión de la documentación aportada por el perito, se encontró en el anexo 4.2.1, una certificación de revisoría fiscal indicando un pago por compensación a 178.023 usuarios por el monto relacionado, se extraña que el perito no incluyera como parte su soporte el registro contable que permitiera evidenciar el impacto de la compensación pagada.

3. De acuerdo con lo anterior, y en consideración a que no se adjunta evidencia que nos permita verificar los cálculos de liquidación de cada uno de los usuarios compensados, las causales, los montos y valores pagados a cada uno y la correspondencia con la suspensión del servicio, no le es posible a este perito pronunciarse al respecto.

4. Finalmente, con el estado de cuenta presentado como parte de nuestras observaciones realizadas a la respuesta de esta pregunta (4.5) las suspensiones del servicio no se presentan de manera fortuita y la causa directa que las motiva es la falta de pago de las obligaciones adquiridas con las empresas de servicios públicos y EMCALI no es la excepción.”

Considera el Tribunal que, si bien es cierto MarkUp solamente se basó en la certificación de la revisoría fiscal y no incluyó, como lo señala Integra Auditores Consultores, “el registro contable que permitiera evidenciar el impacto de la compensación pagada”, ello no hace que las conclusiones del dictamen aportado por la Convocante carezcan de fundamento. No puede el Tribunal cuestionar, desconocer ni desdecir de la certificación aportada por la Revisoría Fiscal como anexo del dictamen, pues no hay elemento de juicio en el proceso que le reste verosimilitud, de manera que con ella es suficiente para demostrar que como consecuencia del corte de energía se produjo esa compensación a los 178.023 suscriptores por valor de \$1.091.609.799,00. La certificación de la revisoría fiscal, entonces, tomada como fundamento del dictamen en este particular aspecto, ofrece los datos suficientes para establecer el monto de la compensación y, por ello, no halla error alguno o falta de sustento de la conclusión en punto de la existencia y cuantía del perjuicio reclamado.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

A lo anterior se agrega que lo expresado por MarkUp Consultores y lo certificado por ERNST & YOUNG guarda coherencia con lo expresado por la testigo Sonia Viviana Jiménez Valencia, quien desempeña el cargo de Gerente de Gestión de PQR de Comcel, quien indicó a este proceso que *“a los usuarios sector residencial que fueron 166000 clientes, se les aplicó un ajuste por novecientos ochenta y cuatro millones servicio de Internet estrato uno, dos, tres, Internet, cuatro, cinco y seis estratos, Servicio de televisión y servicio de telefonía. De igual forma, ajustamos a los usuarios del segmento PYME. en total fueron 9700 clientes. Se les ajustó un valor de setenta y un millón de pesos y para finalizar ajustamos a 2200 clientes del segmento sojo, por valor de trece millones de pesos para un gran total de los mil sesenta y nueve millones de pesos, que es momento, pues ajustamos a los clientes que pues que resultaron Pues que resultaron afectados con ocasión de las la desconexión de las fuentes de energía”*

En los demás aspectos referidos en el peritaje y su contradicción, el Tribunal observa que unos conceptos son de contenido netamente jurídicos para lo que no son útiles y otros referidos a aspecto de liquidación de valor de energía, respecto de lo cual se itera el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse.

2. Respecto a las pruebas testimoniales, encuentra el Tribunal que los testigos fueron responsivos, asertivos, creíbles y por tanto, no ofrecen ninguna duda ni razones para sospechar de su imparcialidad, concluyendo que lo dicho por todos ellos es armónico con lo manifestado por los Peritos en cuanto a que la controversia se originó en las diferencias entre las partes relativas a las fuentes de poder instaladas en la infraestructura, y la energía consumida.

De acuerdo con la prueba testimonial recibida en el proceso, en especial de los testimonios de Hilda María Pardo Hasche, Juan Pablo Vinueza y Gustavo Tamayo Arango, COMCEL no solamente realizó el pago con el propósito de obtener la reconexión de la energía, sino también en virtud de un acuerdo verbal con EMCALI para someter a decisión de un amigable componedor experto la definición del saldo restante y la metodología para ello, esto es, un acuerdo de someter a decisión de un tercero acerca del monto correspondiente al re aforo de energía. En especial, el testigo Gustavo Tamayo Arango, asesor externo de la Convocante, expresó que COMCEL y EMCALI acordaron *“(…) dejar eso en manos de un amigable componedor que fuera experto en materia de energía y que técnicamente que dijera cuánto se había consumido en esos re aforos y cuánto correspondía”*, a lo que agregó que elaboró, por encargo de las partes, *“un contrato de transacción para que firmáramos las partes”* que, a pesar de haberse remitido a la Convocada, nunca fue firmado por COMCEL, declaración que es coincidente con lo expresado por Juan Pablo Vinueza e Hilda María Pardo Hasche; esta última indicó al proceso que se convino *“(…)con el representante legal y el área jurídica de EMCALI adelantar un acuerdo directo que por la suma de dinero que habíamos pagado, pagamos cerca de 7000 millones de pesos en ese momento que fue en el mes de enero del 2022 y acordamos que íbamos a designar un amigable componedor experto en energía para que pudiera determinar en el resolver el conflicto y que nos acogeríamos a lo que ese tercero indicara”*.

Sus declaraciones fueron suficientes para demostrar que entre las partes se estaba adelantando un trámite de negociación con intención inequívoca de llegar a un arreglo transaccional para superar las diferencias relativas a la cantidad de fuentes de poder y consumo de energía y paralelamente a ello que Emcali adelantó una actuación administrativa para definir el valor de la energía a pagar que fue objeto de recursos que culminaron con la inhibición por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos para resolver la controversia, lo que hizo aún más relevante el proceso de negociación adelantado de común acuerdo el cual fue truncado por la decisión de Emcali de suspender el fluido eléctrico a las fuentes de poder. Pero los testigos no probaron que además del agotamiento de la vía administrativa en cuanto al consumo de Energía, cuando tomaron la decisión de Suspender la Alimentación de las Fuentes de Poder, notificaran previamente a COMCEL SA de tal circunstancia en la forma prevista por la ley 1437 de 2011. Las únicas referencias que los testigos hicieron a la Suspensión fue para describir que era una orden que automáticamente generaba el Sistema y el señor John Jairo Toro informó que ese día fue una desconexión programada y masiva de lo que se infiere que las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE tenían planeada la suspensión, pero, en lugar de notificar a su contraparte, prefirieron hacerlo de manera oculta lo que pone en entredicho la Buena Fe contractual con la que acompañaron su actuación.

En el desarrollo de la prueba testimonial, el apoderado de EMPRESAS MUNICIPALES EMCALI EICE, Dr. Ospina, formuló tacha por imparcialidad de la testigo, Dra. Hilda María Pardo Hasche, fundamentada en la dependencia como empleada de la empresa convocante durante veintiocho años, hecho que el Tribunal no considera relevante, puesto que en el contexto de la declaración no se asoma nada diferente que la narración de los hechos desde el ángulo que le correspondía a su desempeño. De igual manera, la dependencia laboral se predica de los demás testigos, como para la convocante, como para la convocada.

El Tribunal no accede a los desconocimientos que la convocante hizo de los documentos presentados por los testigos Cristian Lorenzo Rangiel y Ana María Benjumea, por cuanto la totalidad de documentos presentados a este Tribunal, fueron útiles para formar el criterio plasmado en la parte considerativa y resolutive del presente Laudo. Además, tratándose de documentos de carácter técnico, el peritaje proporcionó suficiente ilustración al respecto.

Con fundamento en el examen probatorio anteriormente expuesto, al Tribunal de Arbitramento le es atriene precisar que encuentra probados los hechos que se presentan con el agotamiento de la vía administrativa, al acto administrativo Resolución No. 46414130-1 del 24 de julio de 2020 que culmina el 05/10/2021 con decisión de la SSPD mediante negación al recurso de apelación, concedido en el expediente No. 2021850390100435E.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

En sustentación de la parte resolutive, se precisa lo siguiente:

Definido que EMCALI incumplió con las obligaciones a su cargo en el marco del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 y, por ende, es responsable contractualmente, corresponde al Tribunal Arbitral resolver sobre las súplicas indemnizatorias incorporadas en la demanda arbitral en su versión reformada.

En virtud de dichas pretensiones, solicitó COMCEL que se declare que *“con ocasión al incumplimiento”* de las obligaciones legales y contractuales en cabeza de EMCALI se le causaron daños y perjuicios que *“están constituidos por: (i) el pago obtenido de manera constreñida e ilegal, (ii) el pago por concepto de reconexión del servicio de energía de las fuentes de poder, (iii) la compensación a usuarios afectados por la suspensión del servicio de energía a las fuentes de poder, y (iv) los respectivos intereses remuneratorios y/o moratorios”*. (Pretensiones sexta y séptima declarativas).

Puesto que la tesis que da respuesta a los problemas jurídicos planteados por el Tribunal de Arbitramento implica analizar las omisiones que materializaron la vulneración al debido proceso pactado en las cláusulas del Acuerdo de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 y las normas reglamentarias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es menester indicar, que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho en el que fundamentan la demanda, en el caso de la convocante, y las excepciones, en el caso de la convocada, y añadir que las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba. En tratándose de la prueba de las obligaciones, la prueba documental no puede ser sustituida por la declaración de testigos, artículos 167 y 225 C.G. del P.

Circumscriba nuestra competencia al análisis de la vulneración o cumplimiento del Acuerdo de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016, correspondía a la parte convocada ocuparse de probar en el proceso que dio cumplimiento a todas las actuaciones contractuales a las que estaba obligado, tales como la supervisión eficiente de la instalación de elementos no autorizados, (CLAUSULA 8); la aplicación del procedimiento para mantener actualizado el inventario con la intervención del supervisor del contrato, las notificaciones de rigor y los términos perentorios para la claridad de las novedades de instalaciones no autorizadas y la fecha de suscripción del acuerdo como cierta para la liquidación retroactiva de las facturas consecuentes (CLAUSULA 9); además el cumplimiento del procedimiento para la SOLUCION DE CONTROVERSIAS, agotando su derrotero en concordancia con las normas reguladoras de la CRC respecto de suspensión provisional de servicios para efectos de cobro de facturas. (CLAUSULA DECIMA QUINTA).

Así entonces una vez fue admitida la demanda y resueltos los recursos sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento, trámite que dejó en claro que nos

circunscribimos estrictamente al estudio del cumplimiento o no del Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 en el que éramos competentes, las partes contaron con las oportunidades procesales pertinentes para presentar y solicitar las pruebas concernientes en relación con el cumplimiento de las citadas cláusulas.

Sin embargo, como puede apreciarse en el plenario, EMCALI centra su actividad procesal en recalcar que el Tribunal no era competente para pronunciar sobre pretensiones de incumplimiento relacionadas con el contrato de condiciones uniformes, dejando de lado que el proceso se centraría en el Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016.

Distinto es que al establecer este incumplimiento, el contrato de condiciones uniformes en su calidad de coligado, por tratarse de un servicio adicional al Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 recibía afectación de cualquier decisión, puesto que es en el contrato de comparación en el que se determinan los parámetros de liquidación del servicio adicional de alimentación de energía a la infraestructura eléctrica objeto del acuerdo de comparación.

Observa el Tribunal que discutiéndose en este proceso el cumplimiento o no del Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016, la ausencia de prueba sobre su estricto cumplimiento por parte de la convocada, tiene relevancia puesto que resultan probadas todas las omisiones que vulneraron ese Acuerdo de Comparción por parte de la propietaria de la infraestructura eléctrica, generando una afectación significativa al debido proceso administrativo porque todo lo que fue probado corrobora su proceder sin cumplir el trámite pactado en el Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016. En consecuencia, la convocada, no destruyó con hechos probados, la omisión al cumplimiento estricto de los procedimientos de supervisión y control exigidos por el Acuerdo de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016.

Es claro entonces que se encuentra probada la omisión en el cumplimiento de las prestaciones contractualmente adquiridas por EMCALI para disminuir el número de fuentes o elementos no autorizados que afectaban la re-facturación de los servicios adicionales de energía contratados con EMCALI y el límite temporal para el cobro retroactivo.

De acuerdo con el anterior contexto, el Tribunal de Arbitramento declarará el incumplimiento del Acuerdo de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016, accediendo parcialmente algunas de las pretensiones declarativas principales de la demanda con fundamento en las vulneraciones a las obligaciones contractuales y normativas que afectaron el proceso administrativo que dentro de dicho acuerdo tenía COMCEL.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.**

Para efecto de las declaraciones condenatorias, el Tribunal de Arbitramento, encuentra que el daño debe ser cierto y concreto en cuanto a su existencia y cuantía. Para que se configure responsabilidad se requiere una conducta, un daño o perjuicio, que exista relación de causalidad entre el daño y la conducta y un factor de atribución de responsabilidad.

Refiriéndonos a la certeza como elemento configurativo del daño, esta se trata de una circunstancia que atañe a la materialidad de este, puesto que representa la real y efectiva conculcación del derecho protegido jurídicamente y debe ser, además de cierto, actual, potencial e inminente, no eventual, pues si el daño está fundado en la posibilidad remota que significa que la acción dañina no se hubiera producido, este queda en el plano de lo hipotético y en consecuencia, no indemnizable.

La ausencia de certeza del daño patrimonial relacionado con la pretensión primera principal condenatoria hace que no haya causa para que este Tribunal condene a la convocada al pago de COP \$18.310.391.372.

En la pretensión segunda de condena se reclamó el pago de las suma de \$67.802.230, que tuvo que realizar COMCEL por concepto de reconexión del servicio de energía de las fuentes de poder, dado que, como se ha insistido por la Convocante, las desconexiones efectuadas los días 18 de enero y 6 de febrero de 2022, fueron ilegales, por lo que, en su sentir, el pago realizado por tal concepto careció de sustento y constituye un perjuicio indemnizable.

Está demostrado en el proceso que la referida suma de \$67.802.230,00, se pagó por COMCEL en dos partes: El primer pago, que correspondió al valor cobrado en enero de 2022 en la factura estado de cuenta 329355911, se realizó el 6 de febrero de 2022 por valor de \$20.372.879,00, dado que esa suma se encuentra incluida en los \$12.234.780.700,00, que se pagaron para obtener la reconexión; el segundo, por valor de \$45.598.950,00, fue pagado el 3 de marzo de 2022 y aparece incluido en la factura estado de cuenta 331566476. Los pagos están demostrados con los comprobantes de las transferencias bancarias realizadas a través del Banco CitiBank, fueron verificados pericialmente y en el proceso no fueron puestos en duda por EMCALI.

El Tribunal considera que la reconexión del servicio de energía es un rubro o concepto inherente al Contrato de Condiciones Uniformes y no al Contrato de Compartición que es materia de este proceso; en el primero es que encuentra su regulación y disciplina, pero no en el segundo, por lo que, siguiendo los planteamientos efectuados en este laudo arbitral en punto de la competencia del Tribunal, limitada al Contrato de Compartición, no accederá a dicha súplica en la medida en que es otro el escenario en donde debió ser discutida. Por ello, luego de analizado el caudal probatorio y revisado con detenimiento las alegaciones de las partes, ese específico rubro cuya reparación se solicita en el proceso no puede ser

abordado con base en el Contrato de Comparción y, en consecuencia, no se adentrará el Tribunal en el estudio de fondo de dicha pretensión por carencia de competencia al efecto.

Finalmente, se reclama el pago de la suma de \$1.091.609.799,00, por concepto de la compensación efectuada por COMCEL a los usuarios afectados por la suspensión del servicio de energía a las fuentes de poder; compensación efectuada en cumplimiento de lo dispuesto en las normas que regulan la materia, específicamente en virtud de lo preceptuado por la Resolución 5050 de 2016 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones CRC, modificada por la Resolución 5920 de 2020. Esa compensación hubo de ser realizada por COMCEL a favor de los usuarios que vieron afectados sus servicios como consecuencia de la desconexión de la energía por parte de EMCALI, desconexión que, como se vio, incumplió con las disposiciones negociadas al efecto.

Por ello, la aludida compensación es, sin lugar a dudas, un perjuicio de raigambre contractual, en su modalidad de daño emergente, producto del incumplimiento de las obligaciones en cabeza de EMCALI y, por ende, cabe ordenar su reparación. La genera la vulneración al debido proceso del campo del Contrato de Comparción, puesto que si a tiempo, hubiesen dirimido los desacuerdos que en este surgieron, no habrían llegado a la instancia de la suspensión que provocó este costo. No se trata pues, de un perjuicio conjetural fruto de especulaciones, sino de uno cierto, efectivamente causado en su existencia y cuantía con el dictamen pericial aportado al proceso por la Convocante, elaborado por la firma MarkUp Consultores, como se explico.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que el daño se probó en cuanto a su existencia y a su cuantía, de donde se sigue que se impondrá condena al pago de \$1.091.609.799,00, suma que se reajustará con base en la ya aplicada fórmula que toma en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, debiendo el Tribunal reiterar que, por ello, no accederá al reconocimiento de intereses desde la fecha pretendida por la Convocante, sino que pondrá a valor presente dicha suma y los réditos de mora se ordenarán desde la ejecutoria del laudo en caso de que para ese momento no se pague el valor de la condena.

La aplicación de dicho valor a la fórmula en mención, arroja el siguiente resultado, tomando un índice inicial del 116,26 y uno final de 138,98:

$$VA = VH (\$1.091.609.799) \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$
$$VA = \$1.304.936.606$$

Por lo expuesto, se condenará a EMCALI a pagar a COMCEL la suma de MIL TRESCIENTOS CUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS (\$1.304.936.606), suma que deberá ser pagada a la ejecutoria de este laudo arbitral, momento a partir del cual se causarán intereses comerciales de mora a la más alta tasa vigente hasta que se produzca el pago total de la obligación.

Para este Tribunal el escenario adecuado sería que las partes continuarán su proceso de negociación en el marco del debido proceso del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 en aras de determinar cuál es la diferencia real entre la cantidad de fuentes de poder y el valor correspondiente al servicio adicional de consumo de energía, de esta manera, las partes podrían realizar las compensaciones de saldos que corresponda.

Infortunadamente, este Tribunal fue limitado por las pretensiones de la demanda para pronunciarse sobre medidas referentes a la restitución del debido proceso, ordenando a las partes retrotraer a un momento histórico anterior que les permitiera precisar con aplicación de las cláusulas contractuales del Acuerdo de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 el número de elementos no autorizados y la fecha de liquidación retroactiva en las correspondientes facturaciones. Lo cual inmediatamente podría dar lugar a las compensaciones de saldos a favor de la parte que le corresponda.

En cuanto a las excepciones presentadas por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE, se estipula lo siguiente:

Frente a la Excepción Mixta de Falta de Jurisdicción

En el cuerpo del presente laudo el Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de su competencia, declarándose competente por corresponder parte de la controversia a la relación que surgió del contrato de Compartición, en el cual se determinan las fuentes de poder generadoras del servicio adicional de energía que por vacíos procedimentales para su control respecto del número de fuentes autorizadas, ocasionaron el conflicto respecto de la alimentación de energía. Por tal razón la desestima.

Frente a la excepción de falta de reconocimiento de interés a las obligaciones indemnizatorias.

Las sumas de dinero referidas en la parte resolutive, se ordenarán indexadas, atendiendo las fórmulas jurisprudenciales establecidas para estos casos, por lo cual el Tribunal estimará esta excepción.

4. Juramento Estimatorio

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de

la Ley 1743 de 2014, introdujo a nuestro ordenamiento la figura del juramento estimatorio con el objetivo de prevenir la presentación de causas judiciales sin justificación o con reclamaciones cuantiosas pero infundadas, especialmente cuando se busca el reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras.

Esta disposición legal contempla la posibilidad de imponer sanciones a aquellos que incurran en un exceso superior al cincuenta por ciento (50%) en la estimación de sus pretensiones, en comparación con lo efectivamente demostrado en el proceso. Asimismo, establece una penalización equivalente al cinco por ciento (5%) del valor solicitado en la demanda en caso de que se rechacen las pretensiones debido a la falta de prueba de los perjuicios.

Por las mismas razones, se permite que las partes estimen de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos, bajo la solemnidad del juramento. Esta estimación se reconoce como un medio de prueba que, de no ser objetado de manera razonada, o en ausencia de evidente injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, puede constituir un respaldo suficiente para una sentencia condenatoria. En este sentido, la palabra de una persona dada bajo juramento puede considerarse suficiente para establecer tanto la existencia del daño como su cuantificación⁵³.

Es importante señalar que la sanción prevista por esta norma se aplica en caso de falta de demostración total o parcial de los perjuicios reclamados. La norma es clara al indicar que la penalización por una estimación indebida en el juramento estimatorio se debe a la "falta de demostración de los perjuicios". Este principio debe aplicarse igualmente a la primera parte del artículo. En otras palabras, la imposición de una sanción no debe depender únicamente de la magnitud de la condena solicitada, sino de la ausencia de prueba del perjuicio.

En el caso de que la pretensión prospere parcialmente, la sanción se calculará sobre la diferencia entre la cantidad estimada y la probada, reafirmando así que la causa de la sanción es la falta de prueba del perjuicio y no otro motivo.

4.1 Juramento Estimatorio en la Demanda

En el escrito de la demanda reformada (folios 33 y 34), presentada por la parte demandante, se procedió a determinar la cuantía bajo juramento, en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, así como en los artículos 82 y siguientes de la misma normativa, expresado en daño emergente, lucro cesante consolidado constituido en intereses moratorios, para un total de \$21.101.921.798.

⁵³ Sentencia C-157 de 2013 Corte Constitucional, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

4.2 Objeción al Juramento Estimatorio por parte del convocado

La parte convocada cuestionó, en su respuesta a la demanda reformada (folios 56 y 57), el juramento estimativo realizado por la convocante. En el memorial, indicó que “(...) *la convocante no presentó el cálculo razonado y detallado, pretendiendo quedar relevado de la carga de la prueba que le impone la mención y explicación de los motivos que de manera clara y concreta considera constituyen el fundamento de sus pedidos, lo cual en este caso se echa de menos (...)*” entre otras apreciaciones que serán objeto de estudio en el presente asunto.

4.3 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal, al analizar detenidamente los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 y la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 al parágrafo único del artículo 206 del C.G.P., concluye que no procede imponer ninguna sanción por juramento estimatorio en este caso particular.

Esta determinación se fundamenta en la consideración de que las discrepancias existentes entre las estimaciones de las partes y las sumas reconocidas en el presente laudo no derivan de errores de conducta. En otras palabras, no se observa que la convocante haya incurrido en conductas indebidas al sobrevalorar los perjuicios o al no cumplir con la carga probatoria correspondiente, como se menciona en los supuestos establecidos por la Corte Constitucional; por el contrario, la Convocante basó sus pretensiones indemnizatorias en el dictamen pericial elaborado por MarkUp Consultores, lo cual descarta la existencia de mala fe, temeridad o descuido en la estimación de los perjuicios reclamados.

El Tribunal estima que las divergencias en punto de la estimación giran en torno a que, para la Convocada, su conducta contractual se ajustó a derecho y obró conforme a lo establecido en el Contrato de Condiciones Uniformes, luego, en su opinión, no se causaron perjuicios, mientras que para la Convocante, los perjuicios reclamados se causaron por la desatención de las prestaciones a cargo de EMCALI derivadas del Contrato de Compartición; específicamente, se argumentó por EMCALI que las estimaciones de las pretensiones de la convocante se basaron en normativas que resultaron estar por fuera parcialmente, de la competencia del Tribunal Arbitral.

En consecuencia, bajo esta perspectiva, el Tribunal concluye que no es procedente la imposición de sanciones por juramento estimatorio, ya que las diferencias no se originan en conductas dolosas o negligentes de las partes, sino en extralimitación de la competencia del Tribunal respecto al Contrato de Condiciones Uniformes y¹

El Tribunal debe atender lo establecido en el artículo 361 del Código General del Proceso, norma que establece que “las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente”, lo cual está en concordancia con lo establecido en el numeral 8o del artículo 365 íbidem, que enseña que “solo habrá

5.2 Tasación de las costas – expensas y agencias en derecho –

A partir de lo dispuesto por las partes en el pacto arbitral, procede este tribunal a pronunciar sobre la condena en costas -expensas y agencias en derecho-, para lo cual tendrá en consideración (i) las reglas sobre la materia, (ii) lo probado en el proceso, y, (iii) lo pactado por las partes.

Como cuestión previa, tiene que pronunciar este tribunal sobre el contenido del pacto arbitral, en el cual las partes señalaron sobre este particular que “(…) los costos del tribunal, serán asumidos por partes iguales, sin perjuicio de que la parte vencida reembolse a la otra parte los gastos en que esta parte incurrió (…).”

5.1 El caso concreto.

Además de la naturaleza objetiva de las costas, que incluyen expensas y agencias en derecho, estas son normas de orden público y, por lo tanto, deben cumplirse de manera imperativa, estando excluidas del poder de disposición de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Código General del Proceso.

La naturaleza objetiva de la liquidación de costas, que incluye -expensas y agencias en derecho-, se deriva de dos requisitos previamente señalados: (i) la derrota en el proceso judicial y (ii) la comprobación objetiva de su causación. Esta última, se podría argumentar, incorpora un elemento intrínseco que es la temeridad en la actuación por parte del perdedor, este será un criterio de graduación, sujeto a la verificación de los requisitos anteriores.

Para abordar este aspecto, el Tribunal establece en primer lugar que el concepto de costas abarca, según lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, tanto los gastos necesarios o útiles en el transcurso de una actuación y las expensas del proceso, como las denominadas agencias en derecho. Estas últimas se refieren a los gastos de representación legal que el juez puede reconocer discrecionalmente a favor de la parte ganadora, teniendo en cuenta los criterios establecidos en los numerales 3º y 4º del artículo 366 de dicho Estatuto procesal.

5. Las Costas y su liquidación

sus normativas pertinentes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

Revisado el expediente, encuentra el Tribunal que están acreditados los siguientes gastos en que incurrió la Convocante, que se encuentran debidamente comprobados en el expediente, corresponden a:

- Por los gastos de instalación del tribunal de arbitramento, en el monto de \$2.263.499, según comprobante allegado al expediente.
- Por los gastos de honorarios de los árbitros, la secretaria y del centro de conciliación, en el monto de \$1.592.195.733, - *con disminución del valor pagado por los gastos de instalación del tribunal de arbitramento* -, según lo dispuesto mediante Auto No.10 del nueve (09) de mayo de 2023, por medio del cual se fijaron las sumas a cargo de la Parte Convocante y Convocada por concepto de honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje. El pago de este rubro a cargo de la parte convocante está debidamente acreditado en el expediente.

Así las cosas, en el rubro correspondiente a expensas en la presente liquidación de costas se incluirán estas sumas de dinero, en la proporción que le corresponderá a EMCALI E.I.C.E. E.S.P., esto es, la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISÉIS PESOS M/CTE. (\$797.229.616).

Ahora bien, en lo que toca con las agencias en derecho, el Tribunal Arbitral no condenará bajo este concepto, por cuanto prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda arbitral reformada y, de igual manera, prosperaron parcialmente las excepciones de la contestación de la demanda reformada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., parte Convocante y las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes,

RESUELVE

Primero: Tener por demostradas parcialmente las Excepciones de “Falta de Jurisdicción” y “Falta de Competencia” propuestas por la convocada Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en su escrito de contestación de la

demanda arbitral reformada, únicamente respecto de las pretensiones primera y segunda de las Pretensiones Condenatorias Principales, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Segundo: Tener por no demostradas las demás excepciones propuestas por la convocada Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en su escrito de contestación de la demanda arbitral reformada, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Tercero: Acceder parcialmente a las pretensiones primera, segunda y tercera declarativas principales de la demanda arbitral reformada presentadas por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por ende, **DECLARAR** que:

(i) **Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.,** es civil y contractualmente responsable por incumplir las obligaciones contractuales 0618-2016 del 17 de mayo de 2016, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

(ii) **Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.,** incumplió las obligaciones contractuales pactadas en el Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, respecto de los numerales 3º del punto 7.2 de la Cláusula Séptima, el 10º de la Cláusula Octava, el párrafo primero de la cláusula novena y cláusula décimo quinta, de conformidad y bajo el entendido de lo expuesto por el Tribunal en las consideraciones.

(iii) **Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P.,** incumplió las obligaciones legales que rigen el Contrato de Comparción No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016, esto es, los siguientes artículos: numeral 9.3 del artículo 9º y 30º de la Ley 142 de 1994 y el artículo 4.11.1.8 de la Resolución CRC 5890 de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

Cuarto: No prospera la pretensión cuarta de las pretensiones declarativas principales, de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Quinto: No prospera la pretensión quinta de las pretensiones declarativas principales de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Sexto: Acceder a la pretensión sexta de las pretensiones declarativas principales de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por ende, **DECLARAR** que, con ocasión al incumplimiento contractual y legal del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016 por parte de la Empresas Municipales de Cali - EMCALI E.I.C.E. E.S.P., se causó daños y perjuicios a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Séptimo: Acceder parcialmente a la pretensión séptima declarativa principal de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y, por ende, **DECLARAR** que los referidos daños y perjuicios ocasionados a la convocante, están constituidos por la compensación a usuarios afectados por la suspensión del servicio de energía a las fuentes de poder debidamente indexados, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Octavo: No prospera la pretensión primera de las pretensiones condenatorias principales, de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Noveno: No prospera la pretensión segunda de las pretensiones condenatorias principales, de la demanda arbitral reformada presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P.y, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Décimo: Acceder parcialmente a la pretensión tercera condenatoria principal de la demanda arbitral reformada, en el sentido de, **CONDENAR** a las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P., a **PAGAR** en favor de la convocante Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., la suma de \$1.091.609.799 debidamente indexada a la fecha del Laudo Arbitral, suma que asciende a la suma de **MIL TRESCIENTOS CUATRO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/CTE. (\$1.304.936.606,00)**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Décimo Primero: No resolver sobre las pretensiones declarativas primeras y segundas subsidiarias, ni sobre las pretensiones condenatorias primeras subsidiarias, por sustracción de materia, teniendo en cuenta que prosperaron parcialmente las pretensiones principales propuestas en la demanda arbitral reformada, presentada por la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., en contra de las Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P., en los estritos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Décimo Segundo: Condenar en costas a la parte convocada Empresas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en favor de la convocante, Comunicación Celular Comcel S.A., por valor de SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE. (\$797.229.616), por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Décimo Tercero: Sin lugar a la aplicación de la sanción prevista en el inciso cuatro del artículo 206 del Código General del Proceso ni tampoco de la pena prevista en el párrafo del mismo artículo, en los estritos términos y por las razones expuestas en la parte considerativa de este Laudo Arbitral.

Décimo Cuarto: ORDENAR la expedición por Secretaría de copia auténtica de este Laudo Arbitral a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Décimo Quinto: ORDENAR la entrega por Secretaría de copia de este Laudo Arbitral a la Procuraduría General de la Nación, por conducto del Señor Agente del Ministerio Público.

Décimo Sexto: DECLARAR causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaría. La Presidente procederá a pagarlos al verificarse la ejecución del Laudo Arbitral o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, si a ello hay lugar; a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal de Arbitraje y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado, según corresponda. Como consecuencia de la anterior decisión, se ordena a las partes efectuar la contabilización del pago del saldo de los honorarios por el 50%, con fecha del día siguiente a la expedición del Laudo Arbitral y, en consecuencia, a expedir los respectivos certificados por las retenciones que se practicaron a los honorarios de los Árbitros y de la Secretaría, según corresponda.

Décimo Séptimo: ORDENAR el envío por Secretaría de copia de este Laudo Arbitral al Centro de Conciliación, Arbitraje y Armigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali e informarle sobre la terminación del proceso para la guarda y archivo del expediente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

Décimo Octavo: El presente Laudo Arbitral se cumplirá en los términos dispuestos por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El presente Laudo queda notificado en audiencia.

Los Árbitros,

Iván Ramírez Württemberger
Árbitro Presidente

Luz Stella Alvarado Orozco
Árbitro

Henry Sanabria Santos
Árbitro
Con Salvamento de Voto Parcial

La Secretaria,

Rubria Elena Gómez Estupiñán
Secretaria

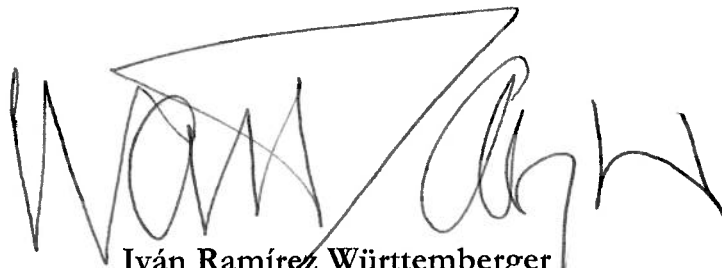
TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
VS.
EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.

Décimo Octavo: El presente Laudo Arbitral se cumplirá en los términos dispuestos por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El presente Laudo queda notificado en audiencia.

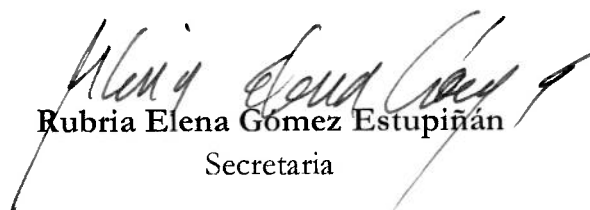
Los Árbitros,


Iván Ramírez Würtemberger
Árbitro Presidente


Luz Stella Alvarado Orozco
Árbitro


Henry Sanabria Santos
Árbitro
Con Salvamento de Voto Parcial

La Secretaria,


Rubria Elena Gómez Estupiñán
Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto que merece la decisión mayoritaria adoptada por mis compañeros de Panel Arbitral, me veo en la necesidad de salvar parcialmente el voto como paso a explicarlo:

1. Reconozco que el litigio sometido a consideración del Tribunal ofrece una alta complejidad, dado que en él confluyen asuntos que involucran instituciones de la responsabilidad contractual, tanto desde el punto de vista del derecho privado y del Estado, como disposiciones del derecho de los servicios públicos y temas procesales relacionados con la competencia del Tribunal. Se trató de una controversia compleja, con argumentaciones sólidas de las Partes y con un sustentado concepto del Ministerio Público, por lo que reconozco el alto grado de dificultad del asunto.

2. A pesar de lo anterior, no comparto la totalidad de las decisiones de la mayoría. La primera decisión con la que no estoy de acuerdo es la relacionada con la declaración parcial en el Laudo de las excepciones de falta de jurisdicción y de falta de competencia para resolver la pretensión segunda condenatoria principal de la demanda en su versión reformada.

3. No puedo compartir esa decisión, en primer lugar, por cuanto en la primera audiencia de trámite celebrada el 21 de junio de 2023 este Tribunal, por unanimidad, se declaró competente para conocer de la totalidad del litigio. Luego de impugnada la anterior providencia por el extremo Convocado y por el Ministerio Público, el Tribunal en la continuación de la primera audiencia de trámite celebrada el 28 de junio de 2023, el Tribunal, por Auto No 14, confirmó la decisión de declararse competente para resolver de fondo el litigio. Allí se dijo:

“Observa el Tribunal, de acuerdo con el objeto del contrato y con el uso que la Convocante haría de la infraestructura de la Convocada, que el suministro de energía era sustantivo para que el uso de la infraestructura

fuera útil para la Convocante, pues sin este, los equipos no funcionarían al no tener fuentes de poder autónomas. Necesidad del servicio que la Convocada conocía y explica el por qué se impuso contractualmente a la Convocante la obligación de entregarle periódicamente los recibos de pago correspondientes a los consumos.

Pero, más allá del hecho de que el servicio de energía eléctrica se rija por las leyes 142 y 143 de 1994 y las cláusulas impuestas por la Convocada como condiciones uniformes para la prestación de dicho servicio, debe señalarse que ello no excluye la competencia del Tribunal, pues al fin y al cabo el suministro de energía se enmarcó en las prestaciones derivadas del Contrato objeto de este proceso, a lo cual debe agregarse que las síplicas de la demanda reformada, precisamente tienen su objeto y causa en típicas controversias surgidas con ocasión de dicho vínculo negocial.”

4. En consecuencia, a juicio del suscrito árbitro, la declaración total de competencia vertida en las anteriores providencias adoptadas por unanimidad y con criterios fundamentados, implicaba que el Tribunal asumiera el estudio de fondo de las pretensiones declarativas y de condena formuladas como principales, las cuales se encaminaron a declarar la responsabilidad de EMCALI por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Comparación No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016 y la consecuenal reparación de los perjuicios causados.

5. Por ello, no comparto que, a pesar de la declaración inicial de competencia, en el Laudo la decisión mayoritaria haya sido la de considerar que no existe competencia para decidir la pretensión segunda de condena, esto es, a la que apuntaba a la indemnización del daño causado por los costos que pagó COMCEL por la reconexión contraria a las estipulaciones pactadas en el contrato materia del proceso y por ser contrarias al mandato general de buena fe que debe gobernar todas las relaciones negociales.

6. Por las razones expuestas en el auto de asunción de competencia, insisto en que la totalidad de las Controversias que se debaten en este proceso se derivan del Contrato de Compartición No. 500-GE-CIE-0618-2016 del 17 de mayo de 2016 y no en el Contrato de Condiciones Uniformes, por lo que el Tribunal es competente para conocer de todas ellas.

7. Destaco al respecto, lo expresado en la Superintendencia de Servicios Públicos mediante Resolución No. 20218500553355 del 5 de octubre de 2021, señaló lo siguiente:

“(...) el contrato suscrito entre EMCALI y COMCEL para el presente asunto, cuyo objeto no es suministrar el servicio público domiciliario a quien habite de manera temporal o permanente un inmueble, ni se presta a un suscriptor para satisfacer sus necesidades básicas en su sitio de domicilio o trabajo, sino que es una energía eléctrica que se toma de la red eléctrica del distribuidor EMCALI E.I.C.E. E.S.P. para conectar UNOS EQUIPOS LLAMADOS FUENTES DE PODER que permiten prestar servicios de televisión a usuarios de COMCEL S.A (...).

Por lo expuesto, la controversia suscitada en el presente caso, no constituye uno de los actos enmarcados dentro de los eventos señalados en el artículo 154 de la ley 142 de 1994, en la medida en que no se ha afectado los actos de negación del contrato, suspensión, corte o facturación que se deriven de la prestación del servicio público domiciliario o la ejecución del contrato de condiciones uniformes del servicio público, pues en este caso, la controversia es respecto a dineros adendados por concepto de energía eléctrica suministrada a un operador de telecomunicaciones bajo un contrato que no es el de condiciones uniformes o de servicios públicos domiciliarios.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

8. Aunque la Superintendencia de Servicios Públicos no revocó expresamente la resolución impugnada, dejó claro que lo relacionado con el consumo de energía que estaba en discusión entre las partes se enmarcaba en el vínculo jurídico derivado del Contrato de Compartición, circunstancia a partir de la cual COMCEL, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, entendió que ese era el escenario en el que debía solucionarse la controversia. No fue un capricho, una conducta descuidada o desprovista de fundamento la que llevó a las partes, en especial a COMCEL, a entender que se estaba en presencia de una controversia originada en el Contrato de Compartición. Fue con base en lo anterior, se insiste, en que el Tribunal asumió competencia y debió resolver de fondo la pretensión segunda de condena.

9. Ahora bien, como se anunció, esta salvedad de voto es parcial, dado que estoy de acuerdo y acompaño la decisión de declarar la responsabilidad contractual en cabeza de EMCALI por el incumplimiento del Contrato de Compartición materia de este arbitraje, en especial, por haber desatendido las obligaciones incorporadas en el numeral 3º del punto 7.2 de la Clausula Séptima, el 10º de la Clausula Octava, el párrafo primero de la cláusula novena y cláusula décimo quinta, así como por haber incumplido algunas de las obligaciones legales que rigen el referido negocio jurídico en la forma en que se indicó en la parte motiva del Laudo.

10. Por consiguiente, estoy plenamente de acuerdo con la condena que se impone, derivada de dicha declaración de responsabilidad contractual, en contra de EMCALI, al pago a favor de COMCEL, de la suma de \$1.091.609.799, que debidamente indexada a la fecha del Laudo Arbitral asciende a \$1.304.936.606,00, con el fin de reparar el daño causado por las compensaciones que hubo la Convocante de hacer a los 178.023 afectados por la desconexión del servicio. Ninguna objeción, desacuerdo u observación tengo frente a dicha condena, por lo que acompaño plenamente lo expresado en la parte motiva y resolutive del Laudo.

11. Mi discrepancia radica en que, como se dijo, debió estudiarse de fondo la pretensión segunda principal de condena, relacionada con el pago del valor de la reconexión pagado por COMCEL a EMCALI con ocasión de la desconexión de las fuentes de poder efectuada los días 18 de enero y 6 de febrero de 2022 y definir, en consecuencia, si se trataba de un perjuicio efectivamente derivado del incumplimiento contractual en cabeza de EMCALI y si su causación y monto se encontraba acreditado en el proceso, pero no declararse incompetente en este estado de la controversia.

12. La segunda discrepancia tiene que ver con la denegación total de la pretensión mediante la cual COMCEL aspiraba a que se le pagara *“la suma de COP\$18.310.391.372, más los intereses remuneratorios y/o moratorios causados sobre esa suma desde el momento en que fue recibida por EMCALI y hasta la fecha en que dicha suma sea restituida a COMCEL o aquella suma que resulte probada, por concepto del pago obtenido de manera constreñida e ilegal.”* (pretensión declarativa quinta declarativa y primera de condena, del grupo de súplicas principales).

13. Como paso a explicarlo, esa condena debió imponerse de manera parcial:

13.1. Demostrado está en el proceso que en forma intempestiva, el 18 de enero de 2022 EMCALI procedió a desconectar las fuentes de poder instaladas en su infraestructura y, con ello, impidió a COMCEL la prestación del servicio de internet, televisión y telefonía. Así se reconoce en la decisión mayoritaria vertida en el Laudo Arbitral.

13.2. También está demostrado que el mismo 18 de enero de 2022, como consecuencia de la desconexión efectuada ese día, COMCEL pagó la suma de \$7.887.745.626,00. Ninguna objeción existe en el proceso frente a la realización de dicho pago.

13.3. De acuerdo con la prueba testimonial recibida en el proceso, en especial de los testimonios de Hilda María Pardo Hasche, Juan Pablo Vinuesa y Gustavo

Tamayo Arango, COMCEL no solamente realizó el pago con el propósito de obtener la reconexión de la energía, sino también en virtud de un acuerdo verbal con EMCALI para someter a decisión de un amigable componedor experto la definición del saldo restante y la metodología para ello, esto es, un acuerdo de someter a decisión de un tercero acerca del monto correspondiente al re aforo de energía.

13.4. En especial, el testigo Gustavo Tamayo Arango, asesor externo de la Convocante, expresó que COMCEL y EMCALI acordaron "(...) *dejar eso en manos de un amigable componedor que fuera experto en materia de energía y que técnicamente que dijera cuánto se había consumido en esos re aforos y cuanto correspondía*", a lo que agregó que elaboró, por encargo de las partes, "*un contrato de transacción para que firmáramos las partes*" que, a pesar de haberse remitido a la Convocada, nunca fue firmado por COMCEL, declaración que es coincidente con lo expresado por Juan Pablo Vinuesa e Hilda María Pardo Hasche. Estos testigos en forma coherente, explicativa, concordante e ilustrada, indicaron que se encontraba en una etapa de arreglo directo de la controversia y que, para ello, se acordó realizar un primer pago que se entendió como causado y sustentado, quedando el saldo en discusión y para ser definido por un amigable componedor.

13.5. De hecho, en el proyecto de contrato de transacción aportado al expediente se indicó que COMCEL realizó el pago de la suma de \$7.887.745.626 "*por concepto del consumo de energía eléctrica de las 175 fuentes de poder (...) identificadas y liquidadas por EMCALI mediante Resolución No. 46414130-1 de fecha 24 de julio de 2020 y cobradas a través de Factura No. 244501123*".

13.6. Por esas específicas razones –y no por otras– debió denegarse la inclusión de la mencionada suma de \$7.887.745.626,00 dentro de la indemnización pretendida, pues dicho pago lo realizó COMCEL entendiendo que dicha cantidad correspondía al consumo de energía eléctrica de 175 fuentes de poder y que se acudiría a un amigable componedor para que se definiera si el saldo que se estaba cobrando se ajustaba o no a las disposiciones legales y negociales existentes al

efecto, bajo el convencimiento de que todo se enmarcaba en una controversia derivada del Contrato de Compartición.

13.7. Pero no ocurre lo mismo con el segundo pago efectuado por COMCEL el 6 de febrero de 2022 por valor de \$12.234.780.700,00, pretensión a la que debió acceder el Tribunal y, por ende, condenar a EMCALI a su pago, pues este rubro, a juicio del suscrito Árbitro, lesionó el patrimonio de COMCEL y constituye un perjuicio indemnizable.

13.8. En efecto, se probó que el 6 de febrero de 2022, luego de producida la desconexión por parte de EMCALI de aproximadamente el 50% de las fuentes de poder instaladas en la infraestructura, COMCEL pagó la suma de \$12.234.780.700,00, a favor de la Convocada para lograr con ello la reconexión y de esta forma no afectar la prestación de los servicios. En cuanto a la realización de dicho pago, ningún reparo desde el punto de vista probatorio se hizo en el proceso.

13.9. Se demostró que, a pesar de existir un procedimiento contractual al efecto, la Convocada realizó sin fundamento la desconexión del 6 de febrero de 2022, sin parar mientes en que para ese momento se estaban adelantando conversaciones y acercamientos que incluso llegaron a la discusión sobre el texto de un contrato de transacción y la posible designación de un amigable componedor para solucionar las divergencias en punto del reaforo de energía, por lo cual, no cabe duda que el pago efectuado por COMCEL no tuvo un respaldo contractual y, por el contrario, fue el producto de la coacción, presión o arbitrariedad ejercida por EMCALI. Se trata, entonces, de un pago efectuado bajo un apremio carente de sustento contractual y realizado con el único propósito de obtener la reconexión del suministro de energía eléctrica suspendido en forma intempestiva y sorpresiva por la Convocada, quien acudió a tal proceder incumpliendo con ello, como se dijo, las obligaciones emanadas no solamente de la ley sino también del contrato objeto de este proceso, con lo cual, además, se vulneró el mandato de la buena fe contractual previsto en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

13.10. A mi juicio, romper negociaciones contractuales en forma intempestiva, sorpresiva y haciendo uso de presiones mediante el corte del servicio de energía, aun cuando se estaban adelantando conversaciones dirigidas a solucionar un conflicto derivado del Contrato de Comparción, implica faltar al deber de obrar con buena fe y, por ende, si de esa conducta se produce una lesión, surge a la vida la responsabilidad civil contractual, como debió declararse.

13.11. La buena fe, en todos los ámbitos jurídicos y, en especial, en las relaciones negociales, tiene una relevancia especial y faltar a los deberes derivados de su aplicación, genera responsabilidad por los daños que con esa conducta le sea generado a uno de los sujetos contractuales. Como lo ha señalado la jurisprudencia "(...) en materia contractual se les exige a las partes una buena fe objetiva, como comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, por lo que, la sola creencia de estar actuando de acuerdo al ordenamiento jurídico no enerva los mandatos imperativos de la ley ni justifica su elusión." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 13 de agosto de 2020, radicación 05001-23-31-000-2006-03354-01/46057).

13.12. Las pruebas en el expediente revelaron que COMCEL se encontraba en conversaciones con EMCALI para solucionar un conflicto que no emanaba del Contrato de Condiciones Uniformes, sino del Contrato de Comparción, entre otras razones, porque así lo había señalado la Superintendencia de Servicios Públicos en la Resolución 20218500553355 del 5 de octubre de 2021, hasta el punto que se estaba discutiendo la elaboración de un contrato de transacción, del cual ya existía un borrador, por lo que EMCALI rompió en forma intempestiva esas negociaciones adelantadas con ocasión del Contrato de Condiciones Uniformes y acudió, por sí y ante sí, a la desconexión del servicio de energía de las fuentes de poder para obtener de esta forma el pago que, en su sentir, se adeudaba por COMCEL.

13.13. Por lo anterior, estimo que la pretensión orientada a que se devuelva, restituya o pague por EMCALI a favor de COMCEL la suma pagada el día 6 de febrero de 2022, estaba llamada a prosperar, dado que se está en presencia de un perjuicio indemnizable a la luz de la responsabilidad contractual.

13.4. En efecto, se trata de una suma que se recibió por EMCALI sin que se respetaran las disposiciones negociales establecidas para tal fin y, por ende, COMCEL no debía pagar hasta tanto no se surtieran los pasos, etapas y procedimientos necesarios para establecer el valor adeudado, de suerte que su pago constituye una lesión o menoscabo al patrimonio de la Convocante. En consecuencia, al estar en presencia del incumplimiento de las obligaciones en cabeza de EMCALI derivadas del Contrato de Compartición y de un perjuicio claramente determinado en cuanto a su existencia y cuantía, para el suscrito existía suficiente sustento para ordenar su pago en la suma de \$12.234.780.700,00, debidamente indexada a la fecha del Laudo.

14. En síntesis, mi disenso frente a la decisión mayoritaria se contrae a que debió resolverse de fondo la pretensión segunda de condena relacionada con la devolución, a título de indemnización, de las sumas que COMCEL pagó por concepto de reconexión del servicio y no declarar su incompetencia en el Laudo. Adicionalmente, considero que la pretensión condenatoria relacionada con el pago efectuado el 6 de febrero de 2022 por valor de \$12.234.780.700, debió prosperar y, por ende, debió condenarse a EMCALI a su devolución, restitución o pago, debidamente actualizado.

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvedad de voto, que es parcial.



HENRY SANABRIA SANTOS

Árbitro