

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR ENECON S.A.S. EN CONTRA DE HUAWEI TECHNOLOGIES
MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**

Radicado 2022 A 0034

TABLA DE CONTENIDO

I ANTECEDENTES	2
1. PARTES	2
1.1. Parte convocante	2
1.2. Parte convocada	2
2. PACTO ARBITRAL	2
3. TRÁMITE ARBITRAL	2
4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE	4
5. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS	4
6. AUDIENCIA DE ALEGACIONES	8
7. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR	8
8. POSTURA DE LAS PARTES	9
8.1. Síntesis de los hechos	9
8.2. Pretensiones	12
8.3. Los argumentos de conclusión de ENECON S.A.S.	12
8.4. Contestación a la demanda reformada	14
8.5. Los argumentos de conclusión de HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.	16
II CONSIDERACIONES	19
A. PRESUPUESTOS PROCESALES	19
B. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA TITULADA “CONSIDERACION PRELIMINAR” FORMULADA POR LA PARTE DEMANDADA EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	20
C. EL ACUERDO - CONTRATO MARCO	22
C1. Acuerdo de Compra para Frame Bidding entre Huawei Technologies Managed Service Colombia S.A.S. y Enecon Sociedad por Acciones Simplificada	22
C2. Aspectos Generales sobre el Acuerdo - Contrato Marco	26
C3. Conclusión	31
D. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO DE COMPRA FRAME BIDDING NO. FPA1911COL1904130022324490416051	31
D1. Posición de las Partes	31
D2. Problema jurídico y metodología de análisis	35
D3. Consideraciones	35
D 3.1. Aspectos generales sobre el ejercicio de la facultad de terminación unilateral de los contratos	35
D 3.2. La facultad unilateral de terminación por incumplimiento pactada en el Acuerdo de Compra	47
D 3.3. El ejercicio de la facultad unilateral de terminación por parte de HUAWEI	52
D 3.4. Conclusión	56
E. LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS	56
E1. La posición de las Partes	56
E2. Aspecto de decisión previa: La valoración de la prueba pericial	58
E3. Consideraciones del Tribunal sobre las Pretensiones indemnizatorias	60
F. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	73
G. DEL JURAMENTO ESTIMATORIO	73
H. GASTOS Y COSTAS DEL PROCESO	73
III DECISIÓN	74

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
ENECON S.A.S.
CONTRA
HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**

LAUDO ARBITRAL

Medellín, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la audiencia de fallo, el Tribunal arbitral profiere en derecho y por unanimidad el laudo que dirime la presente controversia.

I ANTECEDENTES

1. Partes

1.1. Parte convocante

Es la sociedad **ENECON S.A.S.**, sociedad comercial, con domicilio en el municipio de Itagüí - Antioquia, identificada con Nit. 800.047.781-9.

1.2. Parte convocada

Es la sociedad **HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**, sociedad comercial, con domicilio en la ciudad de Medellín, identificada con Nit. 900.999.139-7.

2. Pacto Arbitral

El Pacto arbitral invocado expresamente por la parte demandante para llevar a cabo este arbitraje, se encuentra contenido en la cláusula 18 del Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051, que establece lo siguiente:

“18.0. Jurisdicción y resolución de Controversias

Este contrato deberá ser regido por las leyes de la República de Colombia y cualquier controversia o interpretación de los términos deberá ser sometido a los tribunales de arbitramento de Medellín, a cuya jurisdicción las partes declaran expresamente someterse.”

3. Trámite arbitral

3.1. El 12 de agosto de 2022, la sociedad ENECON S.A.S., mediante apoderado especial, presentó ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable

Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, demanda arbitral contra la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S., con fundamento en el pacto arbitral contenido en el “Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051”.

- 3.2.** Mediante cadena de correos electrónicos del 6 de septiembre de 2022, las partes, de común acuerdo, nombraron como árbitros a los doctores Henry Sanabria Santos, Arturo Solarte Rodríguez y Rafael Bernal Gutiérrez, quienes aceptaron su nombramiento en la oportunidad legal y presentaron la declaración de independencia e información consagrada en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, frente a lo cual las partes guardaron silencio.
- 3.3.** Luego de las respectivas citaciones, mediante auto No. 1 proferido en audiencia del 24 de octubre de 2022, el Tribunal se declaró instalado. Fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, reconoció personería a los apoderados de las partes, designó como secretario al doctor Juan David Posada Gutiérrez, quien aceptó el nombramiento y suministró la información requerida por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, la cual no mereció reparo de las partes dentro del término previsto en dicha ley, procediendo así con la posesión de su cargo el 4 de noviembre de 2023; y, además, se advirtió la aplicación en el trámite arbitral de la Ley 1563 de 2012 y en lo no previsto el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. A través del auto No. 2, se admitió la demanda y se dispuso su notificación y traslado a la parte convocada, por el término de veinte (20) días hábiles.
- 3.4.** El 4 de noviembre de 2022, la convocada fue notificada personalmente a través correo electrónico del auto No. 2, por el que se admitió la demanda.
- 3.5.** El 9 de diciembre de 2022, dentro de la oportunidad legal, la convocada contestó la demanda proponiendo excepciones de mérito y emitiendo pronunciamiento frente al juramento estimatorio. En vista de que dicho escrito fue copiado a la parte convocante, las excepciones estuvieron en traslado de conformidad con el párrafo del artículo 9 de la Ley 2213 de 2022, hasta el 20 de diciembre de 2022, sin pronunciamiento alguno.
- 3.6.** El Tribunal, mediante auto No. 3 del 13 de enero de 2023, procedió a correr traslado de la objeción al juramento estimatorio formulada, y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación y, en caso de que fracasara ésta, proseguir con la fijación de honorarios y gastos del proceso, para el día 27 de enero de 2023 a las 9:30 a.m.
- 3.7.** El 26 de enero de 2023, previo a la celebración de la audiencia de conciliación fijada, la parte convocante presentó escrito de reforma a la demanda, razón por la cual no se llevó a cabo la referida audiencia. Con ello, mediante auto No. 4 del 1º de febrero de 2023, el Tribunal admitió la reforma a la demanda.
- 3.8.** La convocada, dentro del término de ley, esto es, el 21 de febrero de dos mil 2023, presentó contestación a la reforma de la demanda planteando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio. De su mensaje envió copia a la parte convocante, con lo cual el traslado de las excepciones formuladas se surtió en los términos del párrafo del artículo 9 de la Ley 2213 de 2022 y venció el 2 de marzo de 2023, sin pronunciamiento alguno.

- 3.9. Con el auto No. 5 del 3 de marzo de 2023, el Tribunal corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio y fijó el 23 de marzo de 2023 como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación y en caso de que fracasara ésta, continuar con la fijación de honorarios y gastos del proceso.
- 3.10. En la fecha y hora dispuestas, se llevó a cabo la audiencia de conciliación y, ante su fracaso, se declaró agotada dicha etapa del proceso, luego de lo cual se fijaron los honorarios y costos legales a cargo de las partes, todo ello con sujeción a las tarifas del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, decisión que no fue objeto de recurso. Asimismo, dentro de la mencionada audiencia, se fijó el 8 de mayo de 2023, para llevar a cabo la primera audiencia de trámite, en caso de que los honorarios y gastos del proceso fueran consignados por las partes, de manera oportuna y completa, como en efecto ocurrió.

4. Primera audiencia de trámite

- 4.1. Agotado debidamente el trámite preliminar del proceso, mediante auto No. 9 del 3 de mayo de 2023, por solicitud de la parte convocante, se reprogramó la primera audiencia de trámite, la cual se llevó a cabo el 29 de mayo de la misma anualidad. En esta oportunidad, por medio del auto No. 10, el Tribunal asumió competencia para resolver las controversias presentadas al proceso, respecto de la cual no se formularon recursos ni se hicieron pronunciamientos.

5. Pruebas decretadas y practicadas

- 5.1. Estando en firme la decisión mediante la cual el Tribunal asumió la competencia, mediante auto No. 11 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, así:

“I. SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CONVOCANTE

A. DOCUMENTALES

TÉNGANSE COMO PRUEBAS, CON EL MÉRITO LEGAL PROBATORIO QUE A CADA UNA CORRESPONDA, LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS Y EFECTIVAMENTE APORTADOS CON LA DEMANDA INICIAL Y SU REFORMA.

B. TESTIMONIALES

SE DECRETA LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS SOLICITADOS POR LA PARTE CONVOCANTE EN EL ESCRITO DE LA REFORMA A LA DEMANDA:

*JUAN FERNANDO HERRERA CASTRILLÓN
ORLIN GERMÁN BUITRAGO GRAJALES
SERGIO ANDRÉS OCAMPO LÓPEZ
ADRIANA MARÍA LONDOÑO HENAO
JOSÉ DAVID CORREA NARANJO
JUAN CAMILO CARO ALZATE
JAVIER DE JESÚS VÉLEZ YEPES*

ANDRÉS MIGUEL RUIZ BRACAMONTE

C. INTERROGATORIO DE PARTE

DECRETAR EL INTERROGATORIO DE PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONVOCADA HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S., PARA QUE SEA INTERROGADO EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SOLICITUD PLANTEADA EN LA DEMANDA REFORMADA.

D. DECLARACIÓN DE PARTE

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 165 Y 198 DEL C.G.P., SE DECRETA LA DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONVOCANTE, ENECON S.A.S., CONFORME A LA SOLICITUD FORMULADA EN LA REFORMA A LA DEMANDA; CON LA ADVERTENCIA DE QUE NO PODRÁ APORTAR DOCUMENTOS CON SU DECLARACIÓN.

E. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

SE DECRETA LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS SOLICITADA POR LA CONVOCANTE A CARGO DE LA CONVOCADA, HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S., CONFORME A LO PEDIDO EN LA DEMANDA REFORMADA, ASÍ:

EL/LOS CONTRATO/S ACUERDO/ACUERDOS CELEBRADOS POR HUAWEI PARA SUPLIR EL OBJETO DEL CONTRATO QUE SE ENCONTRABA A CARGO DE ENECON POR VIRTUD DEL ACUERDO DE COMPRA PARA FRAME BIDDING No. FPA1911COL1904130022324490416051.

CUALQUIER CONTRATO SEMEJANTE, CONEXO O QUE TENGA ALGUNA RELACIÓN CON EL OBJETO DEL ACUERDO DE COMPRA PARA FRAME BIDDING No. FPA1911COL1904130022324490416051 CELEBRADO CON POSTERIORIDAD A LA TERMINACIÓN UNILATERAL EJERCIDA POR HUAWEI.

(...)

F. DICTAMEN PERICIAL

SE INCORPORA AL EXPEDIENTE EL DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA CONVOCANTE CON LA DEMANDA INICIAL Y SUS RESPECTIVOS ANEXOS.

II. SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CONVOCADA

A. DOCUMENTALES

TÉNGANSE COMO PRUEBAS, CON EL MÉRITO LEGAL PROBATORIO QUE A CADA UNA CORRESPONDA, LOS DOCUMENTOS RELACIONADOS Y EFECTIVAMENTE APORTADOS CON LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA INICIAL Y SU REFORMA.

B. TESTIMONIALES

SE DECRETA LA PRÁCTICA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SIGUIENTES TESTIGOS SOLICITADOS POR LA PARTE CONVOCADA EN SU ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA REFORMA DE LA DEMANDA:

MATEO PINEDA SÁNCHEZ
MANUEL URBINA BLANCO
ANTONIO MONTOYA LEÓN

C. INTERROGATORIO DE PARTE

DECRETAR EL INTERROGATORIO DE PARTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONVOCANTE ENECON S.A.S., PARA QUE SEA INTERROGADO EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN LA SOLICITUD PLANTEADA EN LA RESPUESTA A LA DEMANDA REFORMADA.

D. DECLARACIÓN DE PARTE

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 165 Y 198 DEL C.G.P., SE DECRETA LA DECLARACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONVOCADA, HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S., TENIENDO LA SOLICITUD FORMULADA EN LA RESPUESTA A LA DEMANDA REFORMADA; CON LA ADVERTENCIA DE QUE NO PODRÁ APORTAR DOCUMENTOS CON SU DECLARACIÓN.

E. DICTAMEN PERICIAL DE PARTE COMO PRUEBA DE CONTRADICCIÓN Y CITACIÓN AL PERITO

(...)

EN RELACIÓN CON LA SOLICITUD DE COMPARECENCIA DEL PERITO SANTIAGO PARDO, UNA VEZ SEA INTEGRADA LA PRUEBA PERICIAL DE AMBAS PARTES, SE PROCEDERÁ CON LA FIJACIÓN DE UNA FECHA PARA LOS FINES DE CONTRADICCIÓN QUE SEAN PERTINENTES.”

- 5.2. En firme el auto por el cual se decretaron las pruebas del proceso, se procedió a practicarlas así:

5.3.1. Declaración e interrogatorios de parte

Los interrogatorios de parte fueron practicados en audiencia del 11 de julio de 2023, comenzando el apoderado de la convocada, quien interrogó al representante legal de la sociedad ENECON S.A.S y seguidamente rindió declaración de parte; luego, el apoderado de la convocante procedió a interrogar a la representante legal de la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. y seguidamente rindió declaración de parte.

En la misma diligencia el Tribunal le solicitó a la representante legal de la convocada aportar por escrito lo siguiente:

- Los nombres de las empresas a las cuales HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. encargó la atención de la zona territorial

que tenía asignada ENECON S.A.S., luego de que se produjo la terminación del contrato de esta contratista.

- Si hubo imposición de penalidades al contratista ENECON S.A.S., en la ejecución del contrato y de sus modificaciones objeto de la presente discusión, y en caso afirmativo, el monto de la penalidad y la fecha de su imposición.
- Si se presentaron reclamaciones con cargo a las pólizas de responsabilidad civil extracontractual y de salarios, prestaciones sociales, liquidaciones e indemnizaciones que se expidieron con ocasión del contrato objeto de la presente controversia y de sus modificaciones contractuales.
- Copia de comunicaciones en las cuales HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. haya efectuado la terminación de contratos con actividades similares al controvertido en el presente proceso, por no haberse cumplido con las garantías exigidas a los contratistas.

Dicho requerimiento fue atendido por la representante legal de HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. el 14 de julio de 2023.

5.3.2. Declaración de terceros

Se practicaron las declaraciones de los siguientes testigos, cuyas intervenciones fueron grabadas y sus transcripciones fueron incorporadas al expediente:

- Juan Fernando Herrera Castrillón (convocante) y Sergio Andrés Ocampo López (convocante) el 12 de julio de 2023, audiencia en la que, además, la parte convocada desistió del testimonio de Mateo Pineda, y, por su parte, la convocante desistió del testimonio de Orlin Germán Buitrago, lo cual fue aceptado por el Tribunal.
- Adriana María Londoño Henao (convocante) y Manuel Alberto Urbina Blanco (convocada) el 13 de julio de 2023, audiencia en la que, además, la parte convocante desistió de las declaraciones de José David Correa, Juan Camilo Caro, Javier Vélez y Andrés Miguel Ruiz, lo cual fue aceptado por el Tribunal.
- José David Correa Naranjo (decretado de oficio) y Antonio Andrés Montoya León (convocada) el 26 de julio de 2023.

5.3.3. Exhibición Documental

Dentro del término concedido por el Tribunal, el 16 de junio de 2023, la parte convocada allegó respuesta a la exhibición de documental decretada, frente a la cual, la convocante guardó silencio.

5.3.4. Dictámenes periciales de parte

Dentro del término concedido, el 29 de junio de 2023, la parte convocada aportó el dictamen pericial de contradicción anunciado.

5.3.5. Contradicción

Frente a los dictámenes periciales aportados en los diferentes momentos procesales, las partes solicitaron la comparecencia de los profesionales que los elaboraron.

Con lo anterior, en audiencia del 25 de julio de 2023, se practicaron los interrogatorios de los peritos Santiago Julián Pardo Constaín y Tatiana Díaz Melo, a quienes el Tribunal les solicitó la discriminación de los casos en los que actuaron como peritos, precisando el despacho o el juzgado ante quien se presentó el dictamen, el nombre de las partes, el de los apoderados de las partes y la materia sobre el cual versó el dictamen.

Dicho requerimiento fue atendido por el perito de la parte convocante el 25 de julio de 2023, y el de la convocada el 27 de julio de la misma anualidad.

6. Audiencia de alegaciones

El 15 de agosto de 2023, mediante auto N° 14, se realizó control de legalidad de la actuación, y se declaró cerrado el periodo probatorio. Además, se fijó el 25 de septiembre de 2023 como fecha para realizar la audiencia de alegatos de conclusión.

En la fecha antes mencionada los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final de sus intervenciones aportaron los escritos contentivos de sus alegaciones, se realizó nuevamente control de legalidad respecto del trámite del proceso y se señaló como fecha para llevar a cabo audiencia de laudo, el día 29 de noviembre de 2023.

7. Duración del proceso y término para fallar

El Tribunal, a través del auto No. 10, dispuso que el término de duración de este proceso sería de seis (6) meses conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, contados a partir de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones e interrupciones que se pudieran presentar.

Por lo anterior, el cómputo del término del proceso inició a partir de la finalización de la mencionada audiencia, es decir, desde el 30 de mayo de 2023, por lo cual dicho plazo vencería el 30 de noviembre de 2023. Sin embargo, por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido en los siguientes periodos:

Suspensión decretada	Días
Entre el 1 de junio de 2023 y el 5 de julio de 2023, ambas fechas incluidas.	22
Entre el 4 de agosto de 2023 y el 14 de agosto de 2023, ambas fechas incluidas.	6
Entre el 16 de agosto de 2023 y el 21 de septiembre de 2023, ambas fechas incluidas.	26
Entre 26 de septiembre de 2023 hasta el 22 de noviembre de 2023, ambas fechas incluidas	39

Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	93
---	-----------

Teniendo en cuenta que el proceso estuvo suspendido durante 93 días hábiles, el trámite tendrá como fecha límite el 18 de abril de 2024, motivo por el cual la expedición del presente laudo en la fecha resulta oportuna.

8. Postura de las partes

8.1. Síntesis de los hechos

Entre HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S (en adelante "HUAWEI") y ENECON S.A.S. (en adelante "ENECON") se celebró el Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051 con una vigencia de dos (2) años contados a partir del 12 de abril de 2019 cuyo objeto fue *"proveer, por parte del CONTRATISTA, los servicios para colaborar en el mantenimiento de las redes de telecomunicaciones"*, en el que se pactó que El Contratista facturaría mensualmente los costos de los servicios ejecutados más un "fee" correspondiente al 13.5% para cada uno de los servicios, de conformidad con el Bill of Quantities (BoQ).

Sostiene la convocante que el valor inicial del contrato se estableció en \$11.375.543.158, el cual fue adicionado el 17 de septiembre de 2019 mediante otrosí No. 1, con base en la modificación del BoQ inicial, de tal manera que el valor del contrato ascendió a \$14.181.846.000.

En el anexo 2 del contrato denominado Scope of Work, se describió el alcance general del proyecto. De igual forma, se definieron las obras que debían ser ejecutadas por el Contratista, y, por medio de las Purchase Order, HUAWEI determinaba los servicios que requería fueran implementados por ENECON, a efectos de cumplir con el avance del proyecto.

Afirma la convocante, que la utilidad que debía percibir a partir de la proyección estadística de la facturación y tomando en consideración el Fee, era predecible y estable. Asevera que en la ejecución del contrato entre agosto de 2019 hasta junio de 2020, se facturó un total \$10.128.091.007, motivo por el cual, según concluye en su demanda, dado el comportamiento constante de la demanda del servicio y en consecuencia de la facturación derivada del contrato, durante los diez (10) meses restantes de ejecución ENECON habría facturado \$9.207.355.460 adicionales, para un valor total de \$19.335.446.467 a lo largo de la relación contractual entre las partes.

La convocante afirma que el contrato tuvo ocho (8) modificaciones relativas al valor contractual, así:

"El 31 de agosto de 2017 se suscribió el Otrosí No. 1, mediante el cual se aumentó el valor del contrato a ocho mil setecientos sesenta y un millones quinientos setenta y dos mil pesos (\$8.761.572.000).

"El 6 de octubre de 2017 se suscribió el Otrosí No. 2, mediante el cual se aumentó el valor contractual a diez mil novecientos treinta y nueve millones sesenta pesos (\$10.939.000.060).

"El 12 de diciembre de 2017 se suscribió el Otrosí No. 3, mediante el cual se aumentó el valor contractual a veintiséis mil doscientos ochenta millones cuatrocientos sesenta y nueve mil sesenta pesos (\$26.280.469.060). De igual forma, se modificó el plazo contractual, en el sentido de ampliar su vigencia hasta el 30 de junio de 2018.

“El 31 de enero de 2018 se suscribió el Otrosí No. 4, mediante el cual se aumentó el valor contractual a veintiséis mil quinientos cincuenta y seis millones quinientos sesenta pesos (\$26.556.000.560).

“El 21 de junio de 2018 se suscribió el Otrosí No. 5, mediante el cual se aumentó el valor contractual a cuarenta y tres mil seiscientos diez millones ciento dieciocho mil doscientos diez pesos (\$43.610.118.210). De igual forma, se modificó el plazo contractual, en el sentido de ampliar su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018.

“El 10 de octubre de 2018 se suscribió el Otrosí No. 6, mediante el cual se aumentó el valor contractual a cuarenta y tres mil ochocientos cincuenta y siete millones cuatrocientos diez mil ciento ochenta y cuatro pesos (\$43.857.410.184).

“El 29 de enero de 2019 se suscribió el Otrosí No. 7, mediante el cual se aumentó el valor contractual a cincuenta y un mil ciento cuarenta y dos millones ciento noventa y seis mil ciento ochenta y cuatro pesos (\$51.142.196.184). De igual forma, se modificó el plazo contractual, en el sentido de ampliar su vigencia para las actividades de mantenimiento en la regional sur hasta el 30 de abril de 2019 y para las actividades de mantenimiento y construcción en la regional noroccidente hasta el 31 de marzo de 2019.

“El 29 de marzo de 2019 se suscribió el Otrosí No. 8, mediante el cual se aumentó el valor contractual a sesenta mil quinientos tres millones quinientos ochenta y cinco mil setecientos treinta y cinco pesos (\$60.503.585.735). De igual forma, se modificó el plazo contractual, en el sentido de ampliar su vigencia hasta el 30 de junio 2019 para las actividades de mantenimiento y hasta el 31 de diciembre del mismo año para las actividades de construcción.”

La convocante afirma que, durante el mes de diciembre de 2019, las partes adelantaron una negociación para simplificar el Bill of Quantities, teniendo en cuenta diversos cambios solicitados por HUAWEI y, en virtud de lo acordado en la reunión de julio de 2019, ENECON solicitó la revisión de los precios de los vehículos y el personal, negociaciones que no llegaron a ningún acuerdo.

El 3 de marzo de 2020 HUAWEI envió a ENECON una notificación anunciando la terminación unilateral del Contrato, la cual tuvo como fundamento la cláusula décimo segunda de otro contrato, a saber, El Acuerdo Marco de Compra 1911, asegurando que ENECON había incumplido con la cláusula de no competencia allí prevista, sin haberse indicado la conducta objeto del incumplimiento acusado, según asevera la convocante.

Frente a dicha comunicación, la convocante envió dos respuestas el 9 de marzo de 2020, rechazando la mencionada terminación y exponiendo las razones jurídicas de su improcedencia.

De manera posterior, El 8 de abril de 2020 HUAWEI envió a la convocante, vía correo electrónico, una minuta de terminación bilateral del Contrato, la cual no fue aceptada por ENECON debido a que persistía su interés en la ejecución plena del contrato y en percibir los ingresos proyectados.

El 24 de abril de 2020 a las 4:53 p.m. (viernes), HUAWEI envió un correo electrónico a ENECON, a través del cual le solicitó el envío de las pólizas actualizadas con base en la modificación contenida en el Otrosí No. 1; a efectos de cumplir con el requerimiento, HUAWEI estableció como plazo máximo el día 27 de abril de 2020 a las 12:00 p.m. (lunes), es decir, medio día hábil después de haberse recibido el requerimiento.

La convocante afirma que, para poder cumplir con el requerimiento de las pólizas de seguro, era necesario contar con el Otrosí No. 1 debidamente firmado, el cual no había sido enviado, motivo por el cual ENECON, mediante correo del 27 de abril de 2020, requirió a HUAWEI en tal sentido.

El 28 de abril de 2020, HUAWEI envió un nuevo aviso de terminación unilateral en el que manifestó la existencia de un presunto incumplimiento por parte de ENECON por no haber modificado el contrato de seguro conforme con el aumento del valor contractual contenido en el Otrosí No. 1. Frente a lo anterior, la convocante dio respuesta mediante diversos comunicados en los que expuso lo siguiente: *“(i) la improcedencia de la terminación unilateral -razones fácticas y jurídicas- (ii) la desviación de la finalidad para la que se estaba utilizando la potestad unilateral, (iii) la necesidad de preservar el vínculo contractual acorde con las expectativas económicas generadas por el negocio jurídico y (iv) la advertencia sobre los perjuicios que sufriría El Contratista de proceder El Contratante a la terminación unilateral e injustificada de El Contrato casi un año antes del vencimiento del plazo contractual.”*

Posteriormente, el 30 de abril de 2020 HUAWEI remitió documento con asunto “AVISO DE FINALIZACION DE ASIGNACION DE CANTIDAD (sic) de TRABAJO”, donde informó que se iba a efectuar una reducción progresiva de las cantidades relacionadas con la asignación de los trabajos objeto del Contrato hasta la eventual detención en la expedición de las órdenes de compra.

Frente a esta disminución, la convocante asevera que HUAWEI hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo de ENECON, pues se abstuvo de emitir órdenes de compra, propició la interceptación del personal de ENECON a través de sus nuevos contratistas y se comportó como si la relación contractual hubiera terminado.

De manera posterior al aviso antes mencionado, el 6 de mayo de 2020, y luego de 8 meses después de pactado el Otrosí No. 1, la convocante asevera que HUAWEI entregó a ENECON la copia firmada del mismo.

El contrato de seguro contenido en la póliza de cumplimiento número 56866 fue efectivamente modificado, en lo que tiene que ver con el aumento de valor asegurado, y su emisión data del 5 de junio de 2020, una vez se obtuvo el Otrosí No. 1 firmado por HUAWEI. No obstante lo anterior, la vigencia para el amparo de cumplimiento fue establecida de manera retroactiva, desde el 28 de marzo de 2020 hasta el 8 de noviembre de 2021.

El 1 de febrero de 2021, ENECON presentó reclamo ante HUAWEI para obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos como resultado de la terminación unilateral del Contrato, por parte del contratante. El valor del lucro cesante reclamado para esa fecha era de \$971.131.857.

8.2. Pretensiones

La parte convocante, en la reforma a la demanda arbitral, formuló las siguientes pretensiones:

“Primera principal. Declárese que HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S. ejerció de manera abusiva la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051.

“Primera consecuencial de la primera principal. Condénese a HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S a reconocer a favor de ENECON lo siguiente:

- *Lucro cesante: mil trescientos sesenta y seis millones setecientos veinticinco mil novecientos dieciocho pesos (\$1.366.725.918).*

“Segunda principal. Declárese que HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S se encuentra constituido en mora desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda arbitral.

“Primera consecuencial de la segunda principal. Condénese a HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S a pagar sobre el valor total de la indemnización los intereses moratorios correspondientes a la tasa máxima legal que se hubieren causado desde la notificación del auto admisorio de la demanda arbitral.

“Tercera principal. Condenar en costas y agencias en derecho a HUAWEI Technologies Managed Service Colombia S.A.S.”

8.3. Los argumentos de conclusión de ENECON S.A.S:

La convocante, en sus alegatos de conclusión desarrolló los siguientes puntos:

- (i) La inexistencia de una facultad para terminar unilateralmente el Contrato.

Sostuvo que de la literalidad del contrato no se desprende la facultad, de ninguna de las partes, para terminar unilateralmente el contrato, pues la cláusula 11.2 expresa que el contratante *“tiene el derecho a solicitar la terminación unilateral del presente Acuerdo, si alguna de las siguientes condiciones ocurre”*, lo que únicamente permite solicitar, ante el juez, la terminación del Acuerdo ante la configuración de unas causales específicas, más no declararla de manera unilateral como efectivamente lo hizo la convocada.

- (ii) El ejercicio abusivo de la terminación unilateral.

Argumenta la convocante que se encuentra probada en el proceso la intención de terminación del Contrato, inclusive antes de la remisión del segundo aviso de terminación unilateral del 28 de abril de 2020. La convocada ya había decidido concluir el vínculo contractual, y sostuvo que la verdadera razón para terminar el Contrato era obtener un descuento sobre el “fee” pactado en favor de ENECON.

Por otra parte, de acuerdo con las afirmaciones realizadas desde el escrito de la demanda, las actividades que inicialmente estaban a cargo de ENECON por virtud del Acuerdo suscrito con HUAWEI, fueron entregadas a otros proveedores de la parte convocada, respecto de lo cual llama la atención en el hecho de que los contratistas con los que HUAWEI comparaba a ENECON para que disminuyera el “fee”, hubiesen sido quienes asumieron el volumen de la operación que esta atendía.

Finalmente, en relación con el ejercicio abusivo de la prerrogativa de terminación unilateral, indicó que se encuentra probado con el hecho de no haberse dado un preaviso razonable que permitiera la subsanación del presunto incumplimiento; situación que es apenas coherente con los antecedentes de HUAWEI que permiten evidenciar que su interés no era que se subsanara el supuesto incumplimiento para preservar la relación contractual, sino que se extinguiera definitivamente el vínculo de forma anticipada.

(iii) El incumplimiento de ENECON no fue sustancial.

En sus alegaciones finales, el apoderado de la convocante sostiene que como presupuesto para que sea procedente invocar la aplicación de una condición resolutoria tácita o expresa, es menester que el incumplimiento en el que ella se funda, resulte relevante o tenga la trascendencia suficiente para ser considerado como resolutorio, concluyendo que el hecho de no haber actualizado las pólizas con fundamento en el Otrosí No. 1 no tiene la trascendencia suficiente para ser calificado como un incumplimiento grave, tal y como fue manifestado por el testigo Manuel Urbina Blanco, y reafirmado por la representante legal de la convocada en respuesta al requerimiento realizado por el Tribunal en la audiencia de pruebas del 11 de julio del 2023.

Además de lo anterior, afirma que HUAWEI no permitió el cumplimiento oportuno de la obligación que aduce fue incumplida, toda vez que no entregó de manera oportuna el Otrosí No. 1 diligenciado por su representante legal, condición sin la cual la compañía aseguradora no podía actualizar la garantía respectiva.

(iv) Los perjuicios derivados de la terminación unilateral.

Finalmente, en sus alegatos de conclusión, el apoderado de la convocante concluyó que el “fee” era la utilidad que percibía ENECON de la ejecución del Contrato, puesto que *“si los precios incluyen todos costos asociados al proyecto es claro que no queda un margen para ser considerado utilidad al interior de esa ecuación. En consecuencia, el denominado porcentaje administrativo es, sin duda, la utilidad que percibía ENECON derivado de la ejecución del Contrato.”*

Con lo anterior estableció que: *“(i) El Contrato definió que todos los costos asociados al proyecto debían estar incluidos en el precio, por lo que no queda un margen al interior de esta ecuación para extraer una utilidad; (ii) ENECON no percibía ganancias de los reembolsos que le solicitaba a HUAWEI; y (iii) el ingreso correspondiente al 13.5% no tenía correlacionado ningún costo al interior de la contabilidad de ENECON.”*

Como prueba del perjuicio trajo a colación que el dictamen pericial rendido por el señor Santiago Pardo cumple con los lineamientos del artículo 232 del C.G.P., motivo el cual afirmó que *“se le debe otorgar plena eficacia probatoria, en la medida en que: (i) Es*

imparcial; (ii) acreditó su idoneidad; (iii) brindó respuestas claras y precisas en la audiencia de contradicción; y (iv) fue exhaustivo en relación con los fundamentos de sus conclusiones.”

Y, en relación con el trabajo de contradicción elaborado por Tatiana Díaz, aseveró que las conclusiones de su trabajo no tienen la aptitud suficiente para derruir los argumentos ni las conclusiones del dictamen pericial de Santiago Pardo.

Finalmente, argumenta que de ambos trabajos es posible concluir que ENECON efectivamente sufrió un perjuicio, y que en el proceso están reunidos los elementos para que se proceda con la cuantificación del lucro cesante.

8.4. Contestación a la demanda reformada

La convocada presentó oportunamente respuesta a los hechos, afirmando como ciertos algunos, precisando, contextualizando y negando otros. Además, se opuso a la prosperidad de todas de las pretensiones formuladas en la reforma a la demanda y planteó las excepciones de mérito que denominó así:

“1. LA FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL ACUERDO MARCO DE COMPRA ES LEGÍTIMA.

“2. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA.

“3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA FUE CONFORME A LO PACTADO – PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS.

“4. ENECON NO PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIA CULPA – NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS.

“5. EL INCUMPLIMIENTO DE ENECON FUE SUSTANCIAL – ENECON ACTUÓ DE MANERA NEGLIGENTE Y CON MALA FE.

“6. CUMPLIMIENTO Y BUENA FE DE HUAWEI EN LA EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

“7. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

“8. INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE DE ENECON Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

“9. INEXISTENCIA DE INTERESES MORATORIOS.

“10. COBRO DE LO NO DEBIDO A HUAWEI.

“11. ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE ENECON.

“12. EXCEPCIÓN GENÉRICA.”

La convocada no niega la celebración del contrato objeto del presente litigio, cuyo contenido fue narrado en los hechos de la reforma a la demanda.

Asegura que ni el Acuerdo Marco de Compra ni su Anexo 1 o BoQ establecen que ENECON facturaría mensualmente el costo de los servicios ejecutados más un “fee” de 13.5%, pues dicho acuerdo estableció la facturación a los costos de los servicios ejecutados más un “fee” determinado para cada uno de los servicios de acuerdo con el Anexo 1 o BoQ establecido.

Además, los valores contractuales no eran definitivos, pues la ejecución del Acuerdo Marco de Compra dependía de la efectiva asignación de órdenes de compra de HUAWEI de acuerdo con sus necesidades, motivo por el cual los valores contractuales eran estimados o aproximados.

En su respuesta a la demanda, la convocada niega los valores proyectados para la ejecución del contrato hasta su finalización, pues éstos se basan en meras especulaciones sobre situaciones hipotéticas que carecen de sustento fáctico para su verificación.

La convocada sostiene que no hubo negociaciones para simplificar el BoQ, aclarando que ENECON solicitó en julio de 2019 explorar la posibilidad de revisar los precios fijados para los vehículos involucrados en la prestación del servicio, ya que afrontaba problemas logísticos con la prestación efectiva del servicio.

Aclara la convocada que efectivamente envió una comunicación el 3 de marzo de 2020 anunciando la terminación del Acuerdo Marco de Compra. Sin embargo, no es cierto que la terminación se haya fundamentado en la cláusula 12 del “Acuerdo Marco de Compra 1911”, sino que dicho anuncio de terminación tuvo como fundamento la cláusula 12 del Master Procurement Agreement (MPA) identificado con la siguiente referencia: MPA1911COL1709200029924290289356, celebrado en el año 2017, el cual tenía como propósito fijar los parámetros y condiciones generales en los que HUAWEI se comprometía a adquirir servicios y entregables de ENECON, y que se encuentra directamente relacionado con el Acuerdo Marco de Compra.

De manera posterior, HUAWEI desistió de la terminación unilateral anunciada el 3 de marzo de 2020 y, en su lugar, buscó la posibilidad de terminar el contrato por mutuo acuerdo, razón por la cual le envió a ENECON una minuta de terminación bilateral del Acuerdo Marco de Compra el 8 de abril de 2020 vía correo electrónico, que no fue aceptada por la convocante.

Afirma la convocada que no adelantó ni consolidó negociaciones con Adecco y Conectar TV para suplir el objeto contractual que se encontraba a cargo de ENECON, así como tampoco inició una campaña de reclutamiento del personal de la convocante a través de las empresas mencionadas.

La convocada confirma que envió un correo a ENECON el 24 de abril de 2020 solicitando la remisión de las pólizas actualizadas del Acuerdo Marco de Compra, lo cual, de acuerdo con la cláusula 10, era una obligación de la contratista que, teniendo en cuenta el Otrosí No. 1, que modificó el valor estimado del Contrato suscrito el 17 de septiembre del año 2019, dicha obligación debía ser cumplida desde ese momento.

Por lo anterior, señala que no es cierta la afirmación de la demanda reformada, respecto a que la convocante tuvo solo medio día hábil para entregar las citadas pólizas, pues en realidad habían transcurrido más de 7 meses, sin haberse cumplido dicha obligación.

Así las cosas, el 28 de abril de 2020 HUAWEI envió comunicación a ENECON, en la cual anunció de manera irrevocable la terminación del Acuerdo Marco de Compra debido a que ésta última no actualizó en la forma y oportunidad debidas las garantías del Contrato de acuerdo con las modificaciones establecidas en el Otrosí N° 1, lo que, según la convocada, constituyó un incumplimiento del Acuerdo Marco imputable a la convocante; motivo por el cual, dicha terminación estuvo debidamente sustentada en la causal acordada en la cláusula 11.2.4 del referido contrato.

La citada comunicación indicó que la terminación del Contrato se haría efectiva el 30 de junio de 2020, plazo que cumple con los dos meses del preaviso establecido en la cláusula 11.2.

Con lo narrado, la convocada sostiene que la terminación unilateral del Acuerdo Marco de Compra se realizó conforme a derecho y a las estipulaciones contractuales aplicables. En consecuencia, HUAWEI no está obligado a resarcir ningún tipo de perjuicio a ENECON.

8.5. Los argumentos de conclusión de HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S:

En sus alegaciones finales el apoderado de la parte convocada, argumentó que no es posible acoger las pretensiones de la demanda y, para ello, desarrolló los siguientes aspectos:

- (i) La naturaleza y principales obligaciones y estipulaciones del Contrato suscrito entre las Partes.

Sostuvo que es importante tener en cuenta el objeto del Contrato, el cual estaba definido en la cláusula “2.0. Alcance del Acuerdo”, que señala que su propósito es el de *“proveer, por parte del CONTRATISTA, los servicios para colaborar en el mantenimiento en las redes de telecomunicaciones que ejecutará el CONTRATANTE, acorde a lo definido en el SOW (Anexo 2)”*,

Resaltó la obligación esencial de constituir pólizas para amparar los riesgos del Contrato, las cuales resultaban fundamentales para el desarrollo del mismo y en general de cualquier acuerdo contractual en el que se contrae la obligación de constituir las, al punto que dentro de las cinco (5) causales de terminación unilateral incluidas en el clausulado, una de ellas tenía relación directa con el cumplimiento respecto de las garantías estipuladas.

Además, trajo a colación el sistema de precios pactado en el Contrato, que expresa la dinámica subyacente a la remuneración a la que tenía derecho el contratista, que resultaba de la negociación y de los acuerdos previos que se alcanzaban entre HUAWEI y sus contratistas, a partir de un análisis financiero y la presentación de propuestas económicas por cada uno de los involucrados, motivo por el cual el valor del Contrato no era más que una estimación.

(ii) Las particularidades de la ejecución y terminación del Contrato.

Enfatizó que el precio unitario, tal como se estableció en la cláusula “5.0. Precios” del Contrato, *“incluye todas las actividades, visitas, desplazamientos, materiales, recursos necesarios y todos los costos que deba pagar el CONTRATISTA para cumplir a satisfacción los niveles de servicios exigidos por la PARTE CONTRATANTE en la región asignada”*, por lo que resulta contradictorio que el mismo ENECON, quien había determinado dicho precio durante el proceso precontractual, solicitara en forma constante una renegociación de los mismos cuando ya el Contrato estaba en ejecución, todo lo cual refleja que sus propios cálculos resultaron insuficientes para cubrir sus costos.

Resaltó la obligación de modificar las pólizas como consecuencia de la variación del valor del Contrato FPA, en la cláusula 5.3, la cual fue claramente incumplida, pues esto debió suceder de manera inmediata, una vez perfeccionada la modificación del Contrato, y, por el contrario, *“el Contrato terminó sin que se hubiera procedido con la modificación de las pólizas y por supuesto que un intento ostensiblemente extemporáneo de hacerlo no subsana de ninguna manera un incumplimiento ya consolidado, que ya para entonces había producido la consecuencia fatal del rompimiento del vínculo.”*

Destacó que la obligación de constituir o actualizar las garantías no es un asunto menor, pues enfatizó que la ejecución del Contrato sin cobertura implicaba una serie de consecuencias y riesgos jurídicos y económicos que tendría que afrontar HUAWEI.

Al respecto, sostuvo que dicha obligación no tenía previsto ningún requerimiento previo por parte de HUAWEI; por el contrario, la constitución de la póliza inicial estaba atada exclusivamente al perfeccionamiento del Contrato. En razón de ello, el término de 3 días concedido en el comunicado del 24 de abril de 2020 no constituía un plazo imposible para el cumplimiento de dicha obligación, *“sino que, asumiendo de que se había cumplido con el compromiso en debida forma y en la oportunidad correspondiente, lo que buscaba era nada más obtener la confirmación por parte de ENECON.”*

En relación con la supuesta sustracción de personal de ENECON por parte de HUAWEI, afirma que no se trató de una estrategia premeditada encaminada a sustituir a un contratista por motivos ocultos, sino que, teniendo en cuenta las necesidades de continuación del proyecto subyacente, la convocada acudió a los contratistas con actividades similares a cargo, pero en otras zonas, para suplir las actividades mientras cesaba la necesidad del servicio.

Finalmente, afirma la convocada que no se configuran los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, pues la prueba del incumplimiento acusado por la convocante se basa en la supuesta terminación abusiva, que no se encuentra acreditada, así como tampoco existe la prueba del daño sufrido, y pretendido con la demanda.

(iii) La falta de certeza y déficit probatorio en torno a los daños reclamados por ENECON y su cuantificación.

Sostiene la convocada que las pretensiones de la demanda se fundamentan en el dictamen pericial, el cual tuvo como base para calcular la utilidad supuestamente dejada percibir a causa de la terminación unilateral, el 13,5% que facturaba sobre el precio unitario de cada servicio que prestaba, y con ello realizó el cálculo en 2 escenarios: a saber: COP\$1.231.538.190 con la metodología que denominó "Proyección Estadística de Facturación" o COP\$542.213.680 con la metodología que denominó "Facturación Limitada a Valor Contractual".

Argumenta la convocada que las conclusiones del dictamen pericial de la convocante no tienen fundamento, y parten de abstractas inferencias sobre situaciones hipotéticas al punto que arrojan dos escenarios posibles con diferencias sustanciales que no pueden tenerse en cuenta como realidades comprobadas y verificables.

Afirma que el 13,5% al que alude el dictamen pericial y sobre el que se fundamentan las pretensiones de la demanda, está expresamente asociado a los conceptos de "personal" y de "otros", los cuales son parte de la labor administrativa asociada a la prestación del servicio que ENECON tomaba a su cargo para la ejecución del Contrato, sustituyendo a HUAWEI, pero no la utilidad, motivo por el cual no puede generalizarse dicho porcentaje y aplicársele a todos los conceptos facturados.

Con lo anterior, concluye la convocada, incluso asumiendo algún mérito para deprecar responsabilidad en cabeza de HUAWEI, no puede existir condena en su contra, ante la falta de comprobación del daño real y el perjuicio cuantificado que tendría que ser resarcido.

Finalmente, en sus alegatos de conclusión la convocada advirtió dos aspectos procesales de la prueba aportada al proceso para ser tenidos en cuenta por el Tribunal:

En primer lugar, afirma que el dictamen pericial no puede ser valorado por el Tribunal toda vez que, al momento de su presentación no fue aportada de manera completa la información que la ley impone para este medio de prueba (artículos 232 y 235 del C.G.P.).

Además de lo anterior, se argumenta que el profesional que elaboró el dictamen pericial aportado por la convocante, no cumple con las exigencias contenidas en la Ley 1673 de 2013, en particular el registro ante el Registro Abierto de Avaluadores (RAA) dentro de la categoría especial que incluye éste tipo de bien, a saber, "13. INTANGIBLES ESPECIALES" de acuerdo con en el artículo 5° del Decreto 556 de 2014, que reglamentó la citada Ley 1673, motivo por el cual el dictamen pericial aportado no puede ser valorado en los términos del numeral 3° del artículo 226 del C.G.P., pues adolece del vicio consistente en la falta de aportación por parte del perito, de "*los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio*"

En segundo lugar, afirma que no puede ser valorada la mayoría de la prueba documental allegada al proceso, ya que ésta se encuentra en un idioma distinto al castellano, sin que obre la traducción oficial, todo esto de conformidad con el artículo 251 del C.G.P. que dispone que "*Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción*".

Para efectos de lo anterior la convocada hace un listado de los documentos que no cumplen con lo dispuesto en la norma citada y que aportados con la demanda y su reforma y que corresponden a los siguientes: “B - Negociaciones para incremento de precios” aportada con la Demanda; la numerada como F2 de la prueba documental “F - Intentos de Huawei para terminar el contrato por mutuo acuerdo” aportada con la Demanda; las denominadas “01. RE HUAWEI & ENECON Cable MS project meeting minutes”, “03. RE New” prices for Strong Control 2020 Enecon”, “12. 答复 Contract for Cable MS BOQ update” y “13. RE PPA Enecon Strong West” del Cuaderno L de pruebas aportadas con la Reforma.”

II CONSIDERACIONES

A. Presupuestos procesales

1. El Tribunal encuentra que los presupuestos procesales, esto es, “*las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa*”¹, se encuentran satisfechos.
2. En efecto, la convocante y la convocada son personas jurídicas cuya existencia y representación legal está acreditada en debida forma, ostentan capacidad para ser parte y comparecer al proceso.
3. Han comparecido por sus representantes y apoderados judiciales, están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, libertad contractual o autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 8º y 13, Ley 1285 de 2009, 1º y 3º, Ley 1563 de 2012), y estipularon pacto arbitral (artículo 4º, Ley 1563 de 2012), en el Acuerdo de Compra para Frame Bidding N° FPA1911COL1904130022324490416051, en el que se previó que cualquier controversia o interpretación de los términos, surgida entre las partes frente al citado Acuerdo de Compra fuese decidido por un Tribunal Arbitral con sede en la ciudad de Medellín. El mencionado pacto arbitral reúne los requisitos de existencia previstos por la ley, sin que se haya invocado ni acreditado vicio alguno en su celebración.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

4. Del mismo modo, la demanda arbitral se ajusta a las exigencias formales previstas en los artículos 82 y siguientes del Código General del Proceso; el Tribunal se instaló legalmente y estableció como norma aplicable al trámite las disposiciones normativas del Estatuto Arbitral, Ley 1563 de 2012, y en caso de vacío o de remisión normativa, lo dispuesto en el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012; posteriormente asumió competencia en la primera audiencia de trámite, celebrada el 29 de mayo de 2023, mediante el auto número 10, para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la misma, su contestación y excepciones, al concernir asuntos de libre disposición, en la medida que son susceptibles de transacción, al involucrar un interés de carácter patrimonial, derivado de una relación jurídica de igual naturaleza, **y comprendidos en las materias respecto de las cuales las partes habilitaron al Tribunal para administrar justicia conforme al pacto arbitral celebrado**; asimismo se decretaron y practicaron las pruebas, se garantizó el debido proceso a las partes en igualdad de condiciones, se efectuó el control de legalidad del trámite y no se observa causa de nulidad o irregularidad de la actuación.
 5. El último control de legalidad se realizó en la audiencia de instrucción que se llevó a cabo el 15 de agosto de 2023, en la que los apoderados de las partes indicaron que estaban conformes con el trámite impartido al proceso, puesto que no encontraban configuradas nulidades ni irregularidades que invalidaran las actuaciones.
 6. En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones normativas, sin que se advierta defecto alguno en el trámite surtido o que imponga aplicar el artículo 137 del C.G.P.²
- B. Pronunciamiento sobre la titulada “CONSIDERACION PRELIMINAR” formulada por la parte demandada en la contestación a la demanda**
7. Al efecto, dijo HUAWEI en su contestación de la demanda:

“i. CONSIDERACION PRELIMINAR

De manera preliminar, pongo de presente al Honorable Tribunal que la cláusula compromisoria contenida en el contrato objeto de este litigio establece que cualquier controversia entre las partes debía ser sometida “a los tribunales de arbitramento de Medellín (...)” razón por la cual, al no haberse pactado expresamente que estas disputas debían ser administradas por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, o que su reglamento era el aplicable para la tramitación de este proceso, el procedimiento de este arbitraje deberá adelantarse por los establecido en la Ley 1563 de 2012”.

² El Art. 137 del Código General del Proceso establece: “En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. (...)”

8. A la luz de esta consideración es claro que no hay objeción alguna ni al haber acudido a la vía arbitral, ni tampoco el haberse seleccionado dentro de “los tribunales de arbitramento de Medellín” al de la Cámara de Comercio de Medellín.
9. El único objetivo de esta “consideración”, respecto de la cual ha de pronunciarse el Tribunal, simplemente deja en claro que al no haberse pactado expresamente que este sería el Centro donde se llevara a cabo el trámite arbitral, no hay lugar a que el procedimiento aplicable sea el establecido por dicho Centro y, por ende, el trámite a seguir, debía ser el de la Ley 1563 de 2012.
10. La parte convocante no hizo ninguna manifestación al respecto, ni el tema propuesto fue calificado en momento alguno como una excepción que, como tal, haya de ser despachada por el Tribunal en este laudo.
11. Para atender a esta “consideración preliminar” ha de acudirse al referido reglamento para poder atender la solicitud formulada por la parte demandada en el sentido de que la norma aplicable lo es la Ley 1563 de 2012 y no el reglamento del Centro.
12. Establece el reglamento, en su parte general y, por lo que hace al ámbito de aplicación del mismo que:

“ARTÍCULO 4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN: Las disposiciones establecidas en el presente reglamento serán aplicables a las personas inscritas en los listados oficiales, a las personas que adelanten trámites ante y en el Centro, a los funcionarios del Centro y a los integrantes de la Comisión Asesora. Todos ellos se comprometen a respetar los principios y normas aquí contenidas en todo aquello que les resulte aplicable.

Además de lo contemplado en este reglamento, los destinatarios del presente reglamento podrán ser objeto de acciones de mejoramiento, según lo contemplado en los respectivos reglamentos.”

13. Así las cosas, deja en claro esta disposición que, en tanto se adelante un trámite ante el Centro, será el reglamento por ella dispuesto la norma aplicable, como regla general.
14. Por su parte, y en lo que hace relación, ya en particular al trámite arbitral, tema al que puntualmente se refiere la “CONSIDERACION PRELIMINAR”, ha de acudirse a las normas y principios particulares contenidos en el reglamento para definir hasta dónde lo prescrito en el artículo 4, antes transcrito, debe o no tenerse en cuenta frente a lo solicitado por la parte convocada en el caso que nos ocupa.

Al respecto, el artículo 54 del mencionado Reglamento, establece:

“ARTÍCULO 54.- ÁMBITO DE APLICACIÓN:

“1. Cuando las Partes hayan acordado en el pacto arbitral someterse al Reglamento de Arbitraje del Centro.

“2. Cuando resulte aplicable el Reglamento del Centro, se aplicará el vigente al momento de la presentación de la Demanda, a menos que las partes hayan acordado someterse en el pacto arbitral al Reglamento vigente a la fecha de celebración del Pacto Arbitral.

“3. En todo lo no previsto en el presente Reglamento, el procedimiento ante el Tribunal arbitral se regirá por lo dispuesto en el Estatuto arbitral.

“4. Con las limitaciones previstas en el Estatuto arbitral, las partes podrán, de común acuerdo, modificar total o parcialmente las reglas de procedimiento previstas en el presente Reglamento.

“5. En aquellos casos en los cuales las partes indiquen en el Pacto arbitral que se someten tanto a las normas de procedimiento de este Centro como a las establecidas en el Estatuto arbitral, primará el presente Reglamento y, en los vacíos de este, se aplicará el Estatuto arbitral.”

15. De la “CONSIDERACION PRELIMINAR”, resulta expreso y claro que la parte demandada en el trámite arbitral que nos ocupa no está de acuerdo con la aplicación del reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, con lo cual queda excluida la hipótesis señalada en el numeral 1º del art. 54 antes transcrito y, atendiendo al texto del mismo, debe acudirse a las normas previstas en el Estatuto Arbitral –Ley 1563 de 2012– para adelantar el trámite.
16. Al presente proceso se le ha dado el curso señalado en la ley referida y no en el Reglamento del Centro que, si bien pareciera a la luz del artículo 4º del Reglamento que ha de ser aplicado, como principio general, en lo que hace al arbitraje queda claro al tenor del artículo 54 transcrito, que solo en los eventos allí señalados y bajo los supuestos y reglas indicadas es imperativo.
17. Como antes se expresó, ese es el criterio adoptado desde el inicio por el Tribunal y, bajo el mismo, el trámite ha sido adelantado siguiendo las disposiciones de la ley citada y no bajo el Reglamento Arbitral del Centro, dejando así atendida la CONSIDERACION PRELIMINAR de la parte demandada si bien ella, como se indicó, no fue formulada como pretensión, ni como excepción, ni fue esgrimida como recurso frente al auto por el cual el Tribunal asumió competencia en la primera audiencia de trámite, pero, se reitera, para el Tribunal resulta conveniente hacer referencia a la misma. Además, respecto de las reglas aplicables al trámite, que, como se ha señalado, lo fueron las del Estatuto Arbitral, ninguna referencia u observación hicieron las partes en los diferentes controles de legalidad que se practicaron en la actuación.

C. El Acuerdo - Contrato Marco

- C1. **Acuerdo de Compra para Frame Bidding entre Huawei Technologies Managed Service Colombia S.A.S. y Enecon Sociedad por Acciones Simplificada**

18. Como se ha reseñado en detalle, las partes enfrentadas en el presente trámite arbitral, celebraron el Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051 con una vigencia de dos (2) años contados a partir del 12 de abril de 2019 cuyo objeto fue *“proveer, por parte del CONTRATISTA, los servicios para colaborar en el mantenimiento de las redes de telecomunicaciones”*.
19. Sea lo primero resumir algunos de los aspectos fundamentales del Contrato celebrado por las partes, a fin de encuadrar la forma como el negocio jurídico acordado se llevó a efecto y poder, dentro de este contexto, analizar lo ocurrido y las consecuencias que, en derecho, habrán de derivarse frente a la demanda, contestación y excepciones presentadas por las partes a consideración del Tribunal Arbitral.
20. Titulado como “Acuerdo de Compra para Frame Bidding entre Huawei Technologies Managed Service Colombia S.A.S. y Enecon Sociedad por Acciones Simplificada”, que constituye el llamado FPA, suscribieron las partes el contrato en mención el 12 de abril de 2019, el cual, como se advierte en el mismo, no se considera como una autorización de trabajo y supedita el inicio de labores a la emisión de las órdenes de Compra – PO- por parte del Contratista, entendido este como *“el documento de compra autorizado y expedido por el CONTRATANTE al CONTRATISTA, para que este último, de conformidad con el “Acuerdo de Compra” y según el SoW – Alcance del Trabajo-correspondiente, preste los servicios respectivos.”*
21. El contrato suscrito por las partes contiene las reglas generales y detalladas de la forma como se llevará a cabo el negocio jurídico acordado, supeditado, en la práctica, a que se emitan órdenes de compra por la Contratante, con sus particulares condiciones, a fin de que se lleven a cabo las labores allí indicadas por parte del Contratista. Así las cosas, resulta necesario, en primera instancia dar una mirada a los elementos relevantes del “Acuerdo de Compra”, en tanto determina, en detalle, las reglas generales a las que se somete el negocio jurídico celebrado por las partes: HUAWEI y ENECON, a que se refiere el presente trámite arbitral.
22. El alcance del acuerdo, como se dispone en la cláusula 2, es que el Contratista provea los servicios para colaborar en el mantenimiento de las redes de telecomunicaciones que ejecutará el Contratante, acorde con lo definido en el Alcance de este -SoW- que obra en detalle en el Anexo 2 del Contrato.
23. El Contratante, dispone el contrato, tiene el derecho de ajustar el porcentaje otorgado al Contratista, durante la ejecución del proyecto, de acuerdo con la capacidad, la calidad y el desempeño del Contratista y no existe para éste ningún tipo de exclusividad pudiendo ser sustituido si no cumple con los *“plazos, los precios (fee), la calidad y la excelencia prometida”*. Se aclara, además, que no podrá prestar a TIGO-UNE ninguno de los servicios a que se refiere el Contrato durante su vigencia, so pena de incurrir en las sanciones propias de la competencia desleal.
24. El contrato, **queda sujeto a los requerimientos del Contratante**, así que aun expedidas las órdenes de servicio por parte de éste y aceptadas, puede aquél

modificarlas, en lo relativo a las cantidades o los servicios solicitados o cancelarlas sin indemnización para el Contratista (Resalta el Tribunal).

25. Se convino exclusividad por 5 años (cláusula 2.5). El Contratista debe suministrar los elementos necesarios para la ejecución del contrato cuyo costo será reconocido por el Contratante.
26. Sobre el “Alcance del Trabajo” y para los efectos que atañen al trámite que ocupa al Tribunal, dispusieron que *“Las partes acuerdan que la cantidad de servicios podrán incrementarse o disminuirse sin que esto implique el pago de ningún tipo de indemnización o penalización por daños y perjuicios directos, indirectos y/o eventual lucro cesante o demás conceptos (...).”* (cláusula 3.0. Alcance del Trabajo, pág. 7)
27. Por su parte, resulta relevante lo relativo a LOS PRECIOS, regulado en la cláusula 5.0 (pág. 9 del contrato), conforme a la cual los precios acordados incluyen todos los conceptos, no hay pagos adicionales y están allí incluidos **todos los costos** (pág. 9) (Destaca el Tribunal).
28. Se resalta, que en la página 10 , en la parte final del punto 5.2, se señala *“Que en virtud de este contrato, EL CONTRATANTE se ha obligado a asumir todos los costos de los Servicios ejecutados por EL CONTRATISTA, los cuales serán facturados mensualmente, **más un fee determinado para cada uno de los servicios acorde con el BOQ establecido**, sin perjuicio de los costos adicionales y o variaciones del BOQ que se generen durante la ejecución del Contrato y que deberán ser asumidos por el CONTRATANTE, estando sujetos a su aprobación previa”*. (Negrilla del Tribunal).
29. Por su parte, en el numeral 7.1.1.7 (pág. 14) se acordó: *“Sin perjuicio de la facultad que tienen las PARTES, para la terminación del contrato comercial durante su ejecución o según lo regulado en el contrato (...) si EL CONTRATANTE decide terminar el contrato sin justa causa antes del vencimiento del plazo (...) pagará todos los costos al CONTRATISTA que este debiera hacer a terceros proveedores (...).”*
30. Se aclaró, en el numeral 9.6 (pág. 22), que de ninguna manera el acuerdo puede llegar a considerarse como un *“joint venture, asociación, relación o comercial entre las Partes, ni como una relación de trabajo entre los empleados, gerentes y /o contratistas del CONTRATISTA y el CONTRATANTE; cada uno de ellos será responsable exclusivamente por sus propias acciones y obligaciones”*.
31. Por lo que hace a las Pólizas, parte importante dentro del objeto del presente trámite, el numeral 10.0 consagró la obligación a cargo del Contratista, según la cual le corresponde a éste *“allegar los soportes correspondientes dentro de los 3 días hábiles siguientes a la firma del presente (...).”* De igual manera se acuerda que: *“El CONTRATISTA se obliga a mantener vigentes las garantías hasta la terminación del contrato garantizando, si es del caso y la prolongación de sus efectos. (...) En caso de modificaciones en el contrato relacionadas con el valor y/o la duración del mismo, **las pólizas solicitadas deberán ser modificadas según corresponda**”* (pág. 23). (Negrilla del Tribunal).

32. En cuanto a la TERMINACIÓN, aspecto igualmente central dentro del presente trámite arbitral (pág. 23 num. 11.0), resulta trascendente, por lo ocurrido y planteado dentro de este proceso, lo acordado en el numeral 11.2 (pág. 24) , relativo a la Terminación Unilateral del Contrato, donde se faculta a la Contratante para dar por concluida la relación existente entre las partes, en los eventos allí señalados, de los cuales, y por lo que corresponde a este proceso, resultan relevantes los eventos que pueden dar lugar al ejercicio de esta facultad, contenidos en los numerales:

“2. Los Servicios prestados por el CONTRATISTA y el personal del mismo no cumplen no cumplen los requisitos razonables de la parte CONTRATANTE. “

“4. EL CONTRATISTA incumple en la creación o modificación de las garantías contractuales de las que trata la cláusula 11 de este contrato”

“5. Dadas repetidas y serias infracciones por parte del CONTRATISTA en opinión del CONTRATANTE con previa notificación y debido proceso formal al CONTRATISTA para presentar su plan de acción”.

33. Para el efecto se estableció la necesidad de notificación al Contratista con al menos dos meses de anticipación a la terminación, lo cual no eximía al Contratista de sus responsabilidades ni de las sanciones pertinentes que han de aplicarse. Así mismo se pagarían los servicios efectivamente prestados hasta tal fecha.
34. Correspondía al Contratista brindar soporte en la transición del servicio *“incluidos toda clase de recursos”*.
35. En la cláusula 16 (pág. 28) se establecen las sanciones para el caso de incumplimiento del Contrato por el Contratista.
36. Relevante para tener en cuenta, en la cláusula 17.8 (pág. 33), conforme a la cual las secciones referentes a garantías, indemnización por propiedad intelectual, jurisdicción y confidencialidad prevalecerán después de la conclusión o vencimiento del contrato y permanecerán vigentes hasta su cumplimiento.
37. Igualmente, lo previsto en el numeral 17.10 (pág. 33), conforme al cual *“Según el costo del servicio más el porcentaje administrativo definido en el BOQ y acordado por ambas partes, **EL CONTRATISTA confirma que la tarifa del proyecto de CABLE O&M Strong Management 2 years frame bidding**”, se fija en un porcentaje de 13.5%*
38. Por último, dos menciones igualmente relevantes para el caso: En primer lugar la referente a la LIMITACION DE RESPONSABILIDAD, a que alude la cláusula 19 -pág. 37- conforme a la cual: *“EL CONTRATANTE o sus afiliados no serán responsables de cualquier daño directo o indirecto, incluyendo pero no limitado a la pérdida de rentabilidad o ingresos, lucro cesante, perdida de reputación o buena voluntad, perdida de datos o información, perdida de interés, daño*

emergente o cualquier costo, salvo que se demuestre responsabilidad por parte del CONTRATANTE". (Negrilla del Tribunal).

39. En función de lo planteado en el caso presente, relativo a la versión aplicable del contrato, donde en la cláusula 21.0 las partes acordaron: "*Es entendido para las Partes que la versión válida en Colombia es la columna en idioma español. La versión en inglés es para mera referencia interna del CONTRATANTE.*" (Negrilla del Tribunal)
40. El Contrato, en su versión en español en el capítulo de definiciones, se le denomina por las siglas FPA – "*Acuerdo de compras para Frame Bidding*".
41. Refiere igualmente el Contrato, a las PO que aparecen en el texto en versión en español y corresponden a las "Órdenes de Compra", como allí se especifica (pág. 2). El Alcance de trabajo SoW (Scope of Work) igual consta en dicho capítulo en la versión en español.
42. Término de aceptación final (FAT), se entiende como la certificación emitida por el Contratante que aprueba los servicios prestados por el Contratista.
43. Por su parte, los anexos del contrato se refieren, en detalle a:
- Anexo 1- BoQ with price
 - Anexo 2- SoW – alcance de los trabajos-
 - Anexo 3- Acceptance & Penalty
44. Si bien los Anexos carecen de traducción, la misma se toma, en lo pertinente, del capítulo de definiciones del Contrato, antes mencionado, el cual se encuentra en la versión en español.
45. Estas salvedades por parte del Tribunal se formulan en tanto las piezas no traducidas al español y aportadas bajo las reglas y preceptos que contiene el Código General del Proceso en su artículo 251 no pueden ser objeto de consideración por su parte. No obstante, para lo fundamental, como se ha indicado, las definiciones y el contrato constan en la versión en este idioma del contrato marco por lo que, bajo ese entendido, en lo que fuere necesario, se les dará pleno alcance y entendimiento, sin transgredir la normatividad a que se ha hecho referencia.

C2. Aspectos Generales sobre el Acuerdo - Contrato Marco

46. Vistos los elementos más relevantes del contrato objeto del trámite arbitral que nos ocupa, resulta preciso, para su debida definición, acometer su ubicación en el ordenamiento jurídico aplicable para, a partir de allí, abrir el espacio para resolver la controversia en cuestión.
47. Habida cuenta de que el Contrato, como se ha señalado, tiene por objeto, "*proveer, por parte del CONTRATISTA, los servicios para colaborar en el mantenimiento de las redes de telecomunicaciones*", lo que no permite cuantificar ni el volumen de operaciones a llevar a cabo que fluctuarán alrededor de la demanda del servicio mencionado, de allí se deriva igualmente la

imposibilidad de contar con un valor determinado delimitado o predecible con total exactitud, pues estos elementos dependerán de lo que mes a mes ocurra en cuanto al cumplimiento del objeto acordado.

48. Ello deriva en que la modalidad adoptada para regular el negocio acordado cuenta con un “marco” donde se encuentran incluidas las condiciones convenidas para llevar a cabo la gestión encomendada a ENECON y unas órdenes de compra del servicio que, bajo ese marco general, interrelacionados, constituyen el marco contractual que se debe tomar como referencia para el estudio del caso presente.
49. Sea lo primero señalar que la modalidad contractual adoptada no se encuentra, como tal, regulada en nuestra legislación.
50. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se ocupa del Contrato Marco al que corresponde, en entender del Tribunal, el que es objeto de esta controversia, ni tampoco se encuentra mención en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.
51. El Consejo de Estado ha analizado la figura del Contrato Marco en providencias de tiempo atrás, como la sentencia de 6 de mayo de 1982, con radicación número: CE-SEC3-EXP1982-N2880. En dicha sentencia se señaló que:

“Contrato-marco, de donde dimanar para las partes, obligaciones futuras, eventuales, que, con los derechos correlativos, se tornan ciertas, actuales, en el momento en que, con arreglo a las previsiones del contrato, irrumpen los hechos a que están subordinados, añade: Pero lo fundamental del contrato, su causa, el motivo que induce a su celebración es, sin duda, la automaticidad de los seguros sucesivos, subordinada al marco del presupuesto de que se ha hecho mención y que como tal, tanto obliga al asegurado como al asegurador”

52. Resulta entonces necesario, de la mano de la doctrina y de pronunciamientos proferidos en Tribunales Arbitrales donde la materia ha sido tratada, tomar los elementos necesarios para el análisis de la modalidad contractual para luego poder emprender bajo esos parámetros el estudio y decisión del caso que nos ocupa.
53. De vieja data, en otras latitudes y de su formulación por la doctrina, aparecen dos figuras contractuales dentro de las cuales encontraría acomodo el convenio celebrado entre las partes que contienden en el presente caso: los Contratos Normativos o los Contratos Marco. Estas modalidades contractuales, no registradas en nuestra legislación, han merecido en muy sólidos y estudiados documentos, piezas importantes de las cuales el Tribunal tomará los elementos fundamentales que, a la fecha, han sido ya utilizados en casos similares por parte de Tribunales Arbitrales, ejemplos significativos de los cuales serán objeto de cita.
54. En cuanto a lo primero, el sólido estudio elaborado por la Profesora Marcela Castro de Cifuentes, denominado *“Los contratos normativos y los contratos*

marco en el derecho privado contemporáneo”,³ cita en primera instancia los **Contratos Normativos**, siguiendo el estudio del profesor alemán Alfred Hueck quien, en 1923 en su obra titulada de esta manera, es precursor en el tratamiento del tema.

55. Dice la Profesora Castro, que Hueck señala que *“siempre que las cláusulas contractuales no estén fijadas en el contrato en el cual deben regir, sino que estén pactados en un contrato especial y, cuando esas cláusulas contractuales no deban regir únicamente para un solo contrato, sino para una serie de contratos, se está ante la presencia de un contrato normativo”*. Hueck, cita la Profesora, *“explica que el contrato normativo no contiene ninguna obligación futura de celebrar ciertos contratos, sino que aquel solo tendrá vigencia en caso de que tales contratos sean concluidos, de manera que se distingue el contrato normativo de los contratos individuales que pueden celebrarse subsecuentemente. Si esto, ocurre, estos contratos posteriores habrán perdido independencia y deberán contener una parte sustancial del contenido del contrato normativo que antecede”* (Subraya el Tribunal).
56. Cita la Doctora Castro, además, al Maestro Francesco Messineo, para señalar que *“el Contrato normativo no es, en sentido estricto, un contrato. Este último tiene fuerza de ley para las partes, su contenido es concreto y determinado en tanto que el contrato normativo *rationae materiae* dispone de intereses en abstracto y de modo general, en situaciones susceptibles de repetirse, es un fenómeno de autodisciplina o auto imposición de normas admisibles en cuanto no estén en oposición con normas imperativas.”*
57. Similar pero no igual, surge una categoría paralela y es la del “contrato marco” sobre el que la Profesora señala : *“...es evidente que este dispositivo surgió en el siglo XX como una práctica dirigida a facilitar la negociación de ciertos acuerdos en los que, de entrada, es posible la fijación de ciertos parámetros, pero su ejecución requiere de la determinación de necesidades específicas de las partes que se van concretando de forma gradual en el curso de una relación jurídica estable que se plantea como de mediana o larga duración”* (Ibidem pág. 127) .
58. Como se mencionó, el tema ha sido abordado en diversas oportunidades por Tribunales de Arbitraje que distinguen las dos categorías como separadas e independientes.
59. Al respecto, en Laudo del 8 de febrero de 2016 de la Cámara de Comercio de Bogotá, del proceso de A.S. Ingeniería Puntual S.A.wS. vs. Perenco Oil & Gas Colombia Limited, al cual refiere la Profesora Castro, se señaló:

“Anota en primer lugar el Tribunal que no existe en el régimen jurídico colombiano una definición legal del denominado “contrato marco” ni este corresponde, estrictamente, a un tipo o clase de contrato, sino a una modalidad de contratación conforme a la cual las partes convienen

³ Castro de Cifuentes, Marcela (2019). Los contratos normativos y los contratos marco en el derecho privado contemporáneo. Estudios Socio-Jurídicos, 21(1), 121-150. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6977>

ab initio las condiciones generales que gobernarán sus relaciones jurídicas futuras, dejando para posterior oportunidad la concreción económica y el alcance d las actividades que habrán de ejecutarse.
(Subraya el Tribunal)

“Se trata de un convenio “patrón” o “modelo” en el que formalmente quedan acordados de manera preliminar y abstracta los elementos del contrato, los cuales quedan subordinados a su específica determinación una vez se precise el alcance y valoración de las actividades, bienes o servicios que se requieran en el curso de su vigencia.

“Son características comunes a los contratos marco (i) la de estar destinados a permanecer largo tiempo. (ii) su carácter de contrato que regula las relaciones de las partes, implicando así la ejecución de los contratos de aplicación, los cuales quedan subordinados al principal y (iii) el hecho de que al momento de celebrar el contrato marco no se prevé de manera precisa la ejecución de los contratos futuros. El contenido y alcance del objeto contractual se encuentran indeterminados y solo vienen a adquirir precisión mediante los acuerdos específicos posteriores.

“(…)

“Con independencia de que no se especifiquen o no se indiquen detalladamente la cantidad, volumen, valor de las obras o servicios, es claro que el contrato existe y se reputa perfecto desde el acuerdo de las partes sobre sus elementos esenciales, salvo que legal o convencionalmente se exijan requisitos para ello.

“(…)

“A la luz del ordenamiento jurídico colombiano el contrato marco no constituye una promesa de contrato ni un negocio preparatorio de convenios futuros. Es en sí mismo un contrato perfecto desde su origen y de él dimanar las obligaciones tanto las que se hayan contraído originalmente con carácter general, como las que se especifiquen en el curso de su vigencia. Desde el inicio sin que se requiera de nuevos acuerdos sobre aquello que ya está convenido. Las relaciones específicas que eventualmente se den en desarrollo del contrato, no son las que lo dotan de existencia o de validez pues se contraen a definir en un momento dado, lo que de manera general ya ha sido estipulado eficazmente.

“De esta manera, el contrato marco es vinculante desde el inicio sin que se requiera de nuevos acuerdos sobre aquello que ya está convenido. Las relaciones específicas que eventualmente se den en desarrollo del contrato, no son las que lo dotan de existencia o de validez pues se contraen a definir, en un momento dado, lo que de manera general ya ha sido estipulado eficazmente.

“A diferencia de aquel contrato en el cual se establece de manera precisa, desde su celebración, el detalle y el valor específico de las obligaciones a cargo de las partes, en el contrato marco las obligaciones se materializan de manera concreta en el momento en que se conviene específicamente sobre su alcance y valoración, dentro de los lineamientos que dan las estipulaciones contractuales previamente establecidas.

“El contenido concreto de las obligaciones queda, pues, para ser definido en oportunidad posterior el acuerdo general, abstracto, lo que ocurre v.gr. respecto del volumen, cantidad de obra, valor y demás datos indispensables para su determinación.

“Sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos posteriores, coinciden los autores en su índole contractual pues se trata del consentimiento de ambas partes respecto de la determinación del objeto, previo y otras características específicas.

“(…)

“Desde el punto de vista de su función económico social esta modalidad contractual cumple importante papel en cuanto que es un mecanismo muy útil para agilizar el intercambio cada vez más complejo de bienes y servicios, en sectores de amplio volumen de contratación puesto hace innecesario negociar y repetir para cada transacción, estipulaciones sobre aspectos que pueden ser establecidos en un solo acuerdo, desde el inicio para regir todas ellas.”

60. En laudo arbitral del 16 de marzo de 2023 en el trámite del Consorcio Sedes Educativas vs. Patrimonio Autónomo Fondo de Infraestructura Educativa FFIE, Radicación No. 126473, el Tribunal sobre los contratos marco manifestó:

“c.1 Los contratos marco.

“64. Con tal propósito, se estiman procedentes las anotaciones que siguen sobre la figura en comentario.

“65. El contrato marco corresponde a una modalidad de contratación, no tipificada en la legislación colombiana, cuya utilización es cada vez más frecuente en las relaciones comerciales. Al respecto resultan ilustrativas las siguientes expresiones:

a. “Señala la profesora Mariana Bernal Fandiño

“Los contratos marco son acuerdos que fijan las grandes líneas de la voluntad de las partes dejando su concreción a contratos posteriores llamados contratos de ejecución o de aplicación pueden soportarse con una orden de servicio o una simple nota de pedido. No regulan intereses concretos y actuales, sino que pretenden disciplinar futuras y eventuales relaciones jurídicas. Son contratos flexibles que responden a las relaciones jurídicas complejas del intercambio de

bienes y servicios y cuya originalidad reside en dejar a contratos que se realizarán en el futuro la precisión y ejecución de los objetivos de los CONTRATANTES” (...). (Subraya el Tribunal)

C3. Conclusión

61. A partir de lo expresado por la Doctrina autorizada a que se ha hecho referencia y de las decisiones de Tribunales arbitrales que han abordado la materia en casos similares es claro que en el caso presente estamos en presencia de un “Contrato Marco”, titulado como “*Acuerdo de Compra para Frame Bidding entre Hwawei Techologies Manage Service Colombia S.A.S. y Enecon Sociedad por Acciones Simplificada*” que constituye el llamado FPA el cual, encuentra su desarrollo y ejecución a través de las “Órdenes de Compra” a que se ha hecho mención previamente, amparados bajo las disposiciones generales que este primer contrato contiene y rigen en su integridad la relación jurídica previa convenida por las partes.

62. Habida cuenta del contrato, donde el volumen de servicios finalmente prestados se mueve “por demanda”, esto es, no está previsto expresamente en el contrato marco sino que, a la “sombra” o al “amparo” de éste, se producen órdenes de pedido que corresponden a los volúmenes esperados, las dichas órdenes sujetas a las reglas generales del contrato marco, completan el régimen aplicable para el negocio celebrado entre HUAWEI y ENECON, del que, debe resaltarse, conforme a la modalidad adoptada, no genera ni puede generar expectativas concretas en cuanto al volumen de la operación objeto del contrato marco ya que ellas, a su turno, están subordinadas a los requerimientos adquiridos por HUAWEI con sus clientes, que es eminentemente fluctuante, lo que, como se señaló en la reseña de los elementos relevantes del contrato, se dejó expresamente mencionado en el contrato marco.

D. La terminación unilateral del Acuerdo de Compra *Frame Bidding* No. FPA1911COL1904130022324490416051

D1. Posición de las Partes

Posición de la Convocante

63. En la demanda reformada, ENECON solicita que se declare que HUAWEI ejerció de forma abusiva la facultad prevista en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra al terminarlo unilateralmente, lo que comprometería la responsabilidad civil de la Convocada. En concreto, la Convocante formuló la siguiente pretensión declarativa:

“Primera principal. Declárese que Huawei Techonologies Managed Service Colombia S.A.S. ejerció de manera abusiva la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051”.

64. En síntesis, como fundamento de su solicitud, ENECON señala que, durante la vigencia de la relación contractual, HUAWEI intentó terminar “*unilateral e injustificadamente*” el Acuerdo en las siguientes oportunidades: (i) el 3 de marzo

de 2020, mediante comunicación en la que la Convocada le notificó a ENECON la terminación unilateral del Acuerdo de Compra por el presunto incumplimiento de la cláusula de no competencia pactada en un contrato distinto, esto es, el Acuerdo Marco de Compra No. 1911, decisión a la que se opuso la Convocante mediante dos comunicaciones remitidas el 9 de marzo de 2020 respecto de las que no hubo pronunciamiento posterior de HUAWEI; (ii) el 8 de abril de 2020, oportunidad en la que HUAWEI le remitió a ENECON, vía correo electrónico, una minuta de terminación bilateral del Acuerdo, que no fue aceptada por la Convocante en la medida en que persistía su interés en continuar con la ejecución del Contrato y, además, en la propuesta no se le reconocían los ingresos esperados; y, (iii) el 28 de abril de 2020, mediante aviso de terminación unilateral en el que HUAWEI *“manifestó la existencia de un presunto incumplimiento por parte de Enecon por no haber modificado el contrato de seguro conforme con el aumento del valor contractual contenido en el Otrosí No. 1”*.

65. En relación con la última de las comunicaciones antes mencionadas, correspondiente al aviso de terminación unilateral de 28 de abril de 2020, la Convocante manifestó que, de manera previa a su remisión, se habían presentado las siguientes circunstancias: (i) HUAWEI ya había iniciado negociaciones con Adecco y ConectarTV para *“suplir el objeto contractual que se encontraba a cargo de Enecon”*; (ii) la Convocada había iniciado una campaña de reclutamiento del personal de ENECON a través de Adecco y ConectarTV; y (iii) el 24 de abril de 2020, HUAWEI anunció que no continuaría con el Acuerdo a menos que ENECON accediera a reducir el “fee”, cambiar los vehículos y las herramientas, y liberar algunos recursos.
66. Adicionalmente, ENECON destacó que, en esa misma fecha, es decir, el 24 de abril de 2020, HUAWEI le solicitó a ENECON el envío de las pólizas actualizadas con base en lo acordado en el Otrosí No. 1. Respecto de este requerimiento, ENECON señala que la Convocada estableció como plazo máximo para el envío de las pólizas el 27 de abril de 2020, es decir, medio día hábil después. No obstante, la Convocante afirma que, para la fecha en la que HUAWEI requirió la remisión de las pólizas, ENECON no había recibido el Otrosí No. 1 firmado por la Convocada, que, según afirma, era una condición necesaria para que la aseguradora expidiera la modificación de las respectivas pólizas.
67. La Convocante precisa que fue en el anterior contexto que HUAWEI remitió el aviso de terminación unilateral de 28 de abril de 2020, que fundamentó en el presunto incumplimiento contractual de ENECON por no haber modificado las pólizas de seguro en el sentido de ajustarlas al valor pactado en el Otrosí No. 1. Por su parte, ENECON dio respuesta mediante diversas comunicaciones en las que expuso la improcedencia de la terminación unilateral y los perjuicios que sufriría por la terminación del Acuerdo casi un año antes del vencimiento de su plazo.
68. Adicionalmente, la Convocante advierte que solo hasta el 6 de mayo de 2020 HUAWEI le entregó la copia firmada del Otrosí No. 1 y que, en todo caso, el contrato de seguro instrumentado en la póliza de cumplimiento No. 56866 fue efectivamente modificado el 5 de junio de 2020, con una vigencia retroactiva desde el 28 de marzo de 2020. Asimismo, precisa que, aunque en la

comunicación de 28 de abril de 2020 se señaló que el Acuerdo estaría vigente hasta el 30 de junio de 2020, HUAWEI *“hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Enecon, pues se abstuvo de emitir órdenes de compra, propició la interceptación del personal de Enecon a través de sus nuevos contratistas y se comportó como si la relación contractual hubiera terminado”*.

69. En sus alegatos de conclusión, ENECON argumentó, en primer término, que HUAWEI no tenía la facultad de terminar unilateralmente el Acuerdo. Lo anterior, toda vez que en la cláusula 11.2 de este último se pactó que HUAWEI tenía el derecho a *“solicitar”* su terminación, lo que significa que no se estableció una facultad unilateral en el sentido de darlo por terminado por su sola decisión, sino que necesariamente debía acudir al juez del contrato para el efecto, como se desprendería de la interpretación de la mencionada estipulación en contra de su predisponente, esto es, de HUAWEI. Concluyó, entonces, que *“arrogarse una facultad que no ostentaba para posteriormente terminar el contrato de forma injustificada configura una hipótesis de responsabilidad contractual con la consecuente obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados”*.
70. Adicionalmente, sostuvo que, según se habría acreditado mediante múltiples declaraciones practicadas en el proceso y con los documentos que obran en el expediente, la terminación unilateral del Acuerdo mediante la referida comunicación de 28 de abril de 2020 fue abusiva, toda vez que: (i) antes de la remisión de la mencionada misiva, HUAWEI ya había decidido dar por terminado el Acuerdo por motivos distintos al de la falta de actualización de las pólizas; (ii) la operación de mantenimiento de las redes de telecomunicaciones a cargo de ENECON fue absorbida por otros aliados de HUAWEI, lo que sería demostrativo de que hubo una desviación en el ejercicio de la finalidad de la facultad de terminación, pues el propósito era trasladar los servicios a terceros; (iii) no se le dio un preaviso para que ENECON subsanara el incumplimiento, pues en la comunicación de terminación expresamente se señala que la decisión era *“irrevocable”*; y, (iv), finalmente, el incumplimiento no fue sustancial, pues transcurrieron más de siete (7) meses entre la firma del Otrosí No. 1 y la comunicación de terminación, sin que antes se hubiera presentado requerimiento alguno en relación con la modificación de las pólizas.

Posición de la Convocada

71. En la contestación a la reforma de la demanda, HUAWEI se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por ENECON porque considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico. En cuanto a la pretensión primera principal manifestó, en concreto, que HUAWEI no ejerció de manera abusiva la prerrogativa prevista en la cláusula 11.2 del Acuerdo, pues su decisión *“obedeció a la configuración de una situación específica que las partes habían previsto de mutuo acuerdo como causal para terminar unilateralmente el contrato”*. Además, señaló que la facultad de terminación no se ejerció con dolo ni con la intención de causarle un daño a ENECON, ni con culpa o negligencia, así como tampoco en contravía de su finalidad.
72. En línea con lo anterior, propuso las excepciones de mérito que denominó *“1. LA FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL ACUERDO MARCO DE COMPRA ES LEGÍTIMA”, “2. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO EN*

LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA”, “3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA FUE CONFORME A LO PACTADO – PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS”, “4. ENECON NO PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIA CULPA – NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, “5. EL INCUMPLIMIENTO DE ENECON FUE SUSTANCIAL – ENECON ACTUÓ DE MANERA NEGLIGENTE Y CON MALA FE” y “6. CUMPLIMIENTO Y BUENA FE DE HUAWEI EN LA EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

73. En síntesis, en los medios de defensa anteriormente enunciados, la Convocada argumentó lo siguiente: (i) que en la cláusula 11 del Acuerdo se pactó la facultad de terminación unilateral del mismo, estipulación que se ajusta a derecho en la medida en que se trata de una prerrogativa pactada a favor de ambas partes, para cuyo ejercicio están tipificadas las circunstancias objetivas que permiten ejercerla y, además, se fijó un preaviso razonable de dos meses; (ii) que el ejercicio de la mencionada facultad por parte de HUAWEI no fue abusivo, pues se fundamentó en un incumplimiento grave como lo era la falta de modificación de las pólizas para ajustarlas al valor del Acuerdo según se modificó en el Otrosí No. 1, pues esto significó que durante siete meses no existieron garantías frente a contingencias que podían afectar a la Convocante; (iii) que la falta de actualización de las garantías únicamente es imputable a ENECON, porque no es cierto que no tuviese en su poder el Otrosí No. 1 firmado por HUAWEI y, en todo caso, nunca requirió a la Convocada para que se lo remitiera, por lo que no puede beneficiarse de su propia culpa; y, (iv) que en la notificación de terminación se respetó el término de preaviso de dos meses, pues se advirtió que se haría efectiva el 30 de junio de 2020.
74. Sostuvo, entonces, que no ejerció de manera abusiva la prerrogativa que le otorga la cláusula 11 del Acuerdo, pues *“(i) ejerció una facultad contractual completamente legítima y válida; (ii) dicho ejercicio se adecuó a una de las causales expresamente consagradas en el Contrato para terminarlo unilateralmente; (iii) dicho ejercicio correspondió a una consecuencia derivada de un incumplimiento contractual imputable única y exclusivamente a ENECON; y (iv) se otorgó un preaviso razonable para la finalización del vínculo contractual”*.
75. Por otra parte, aclaró que el 3 de marzo de 2020 remitió una comunicación de terminación del Acuerdo con base en la cláusula de no competencia del Acuerdo Marco de Compras, que corresponde al antecedente directo de aquel y cuyas estipulaciones le eran igualmente aplicables. Sin embargo, afirmó que la mencionada terminación no se concretó porque las partes iniciaron negociaciones.
76. En sus alegatos de cierre, HUAWEI sostuvo que no se probó el abuso en el ejercicio de la facultad unilateral de terminación pactada en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra, pues la decisión adoptada por la Convocada estuvo motivada por el incumplimiento contractual de ENECON. En particular, se refirió a la inobservancia de las obligaciones tanto de constituir las pólizas originales como de actualizarlas según lo pactado en el Otrosí No. 1, que calificó como incumplimientos graves.

77. Asimismo, señaló que *“ENECON ha destacado que el 24 de abril de 2020, HUAWEI lo requirió para allegar las pólizas contractuales, solicitando que se entregaran en un plazo de tres (3) días a partir de la fecha del requerimiento, con lo cual intenta presentar la situación como si HUAWEI le hubiera otorgado un término insuficiente para cumplir con la obligación que se le reclamaba, cuando para entonces ya debía estar plenamente cumplida tanto la constitución de la póliza inicial (el 12 de abril de 2019, con envío del soporte a más tardar el 17 de abril de la misma anualidad, es decir dentro de los 3 días hábiles siguientes a la firma) como la de modificación por aumento del valor contractual (el 17 de septiembre de 2019)”*. Precisó, entonces, que el cumplimiento de la mencionada obligación no estaba condicionado a la existencia de un requerimiento por parte de HUAWEI, por lo que en el momento en el que la Convocada le solicitó aportar las pólizas no lo estaba instando para cumplir la obligación en un plazo imposible, sino que buscaba la confirmación por parte de ENECON de que había cumplido con lo que le era exigible.
78. Concluyó que, para el momento en el que se remitió la notificación de terminación unilateral, había quedado comprobado que ENECON había incumplido la obligación consistente en el aumento del valor asegurado conforme a las estipulaciones contractuales, por lo que era procedente el ejercicio de la facultad unilateral de terminación.

D2. Problema jurídico y metodología de análisis

79. Delimitada en los anteriores términos la posición de las partes, el problema jurídico que le corresponde resolver al Tribunal consiste en determinar si HUAWEI ejerció de manera abusiva la facultad prevista en la cláusula 11 del Acuerdo de Compra al haberlo terminado unilateralmente con fundamento en un presunto incumplimiento de ENECON, consistente este último en no haber actualizado las pólizas de que trata la cláusula 10 del mismo de conformidad con las modificaciones introducidas mediante el Otrosí No. 1.
80. Para efectos de resolver la problemática antes planteada, el panel arbitral procederá en los siguientes términos: (i) en primer lugar, se hará referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia, correspondiente al relativo al abuso del derecho en el ejercicio de la facultad de terminación unilateral de los contratos por incumplimiento y sus consecuencias; (ii) seguidamente, se analizará la cláusula 11 del Acuerdo con el fin de establecer si allí se pactó una facultad de terminación unilateral y, en caso afirmativo, las condiciones para hacerla efectiva; y, (iii) finalmente, se examinará si HUAWEI abusó de su derecho al haber dado por terminado el Acuerdo de la forma en la que lo hizo.

D3. Consideraciones

D 3.1. Aspectos generales sobre el ejercicio de la facultad de terminación unilateral de los contratos

81. En el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce, de manera pacífica, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, pueden pactar cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento. Así lo han reconocido la

jurisprudencia⁴ y la doctrina mayoritaria⁵, que coinciden en reconocer que los contratantes pueden establecer mecanismos particulares para poner fin a la relación contractual, además de aquellos contemplados de manera general en la ley para todos los actos y contratos. En todo caso, es importante destacar que dichas estipulaciones, que deben estar enmarcadas por los límites de la autonomía privada, pueden ser sometidas a un control judicial posterior, tanto en lo que respecta a la eficacia y validez de su inclusión en el contrato como en lo que respecta a su ejercicio, como se detalla a continuación.

- 82.** La facultad unilateral de terminar un contrato, como se explicó anteriormente, se refiere a la prerrogativa que, ya sea por disposición legal o por acuerdo entre las partes, permite a cualquiera de los contratantes dar por finalizado el negocio jurídico por su sola decisión. Esta facultad constituye una excepción a los principios de conservación y normatividad del contrato.
- 83.** El principio de conservación del contrato, también conocido como "*principio favor contractus*", sugiere la adopción de comportamientos y medidas destinados a preservar la realización de los objetivos prácticos perseguidos por las partes mediante la protección del vínculo contractual y sus efectos. Esto, en la medida en que, pese a las posibles vicisitudes que se pueden presentar en la ejecución del contrato, las partes generalmente tienen interés en mantener vigente el vínculo contractual original, ya que lo contrario implicaría comenzar de nuevo, con la consiguiente pérdida de tiempo y recursos⁶. En resumen, este principio busca asegurar que el negocio jurídico continúe generando efectos.
- 84.** Por otra parte, el principio de normatividad está consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual "*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*". En relación con el alcance de este principio, la doctrina arbitral ha precisado que "*consagra la aludida disposición lo que la doctrina conoce como principio o postulado de normatividad, según el cual el contrato y, en realidad los negocios jurídicos en general, tienen poder de crear normas o reglas de comportamiento que resultan vinculantes y obligatorias. Es el eje vertebral del derecho de contratos.*"⁷

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC12122-2014 de 9 de septiembre de 2014. M.P. Jesús Vall de Rutén Ruíz.

⁵ Ver, entre otros: Rengifo García, Ernesto. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Págs. 103-164; Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 943-982; y Oviedo Albán, Jorge. *La cláusula de terminación unilateral del contrato*. Revista Vniversitas. No. 138 (enero-junio de 2019). Pontificia Universidad Javeriana.

⁶ Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sala de Servicio y Consulta Civil. Concepto de 5 de julio de 2016. Rad. No. 2278. C.P. Germán Bula Escobar (E).

⁷ Tribunal arbitral de Varichem de Colombia Environmental Protección Service S.A.S. v. Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. -CENIT-, Oleoducto Central S.A. -OCENSA- y Oleoducto de Colombia S.A. Laudo del 10 de diciembre de 2019. Árbitros: Adriana María Polanía Polanía (Presidente), Sergio Muñoz Laverde y Mónica Rugeles Martínez.

85. La facultad de terminación unilateral implica, entonces, una excepción a los principios contractuales antes mencionados porque permite que, por la decisión de una de las partes, se extinga el negocio jurídico que las ha vinculado. Por lo anterior, resulta necesario que en el pacto y en el ejercicio de dicha facultad unilateral se observen de manera rigurosa los límites que el ordenamiento jurídico le impone a la autonomía de la voluntad privada, a saber: las restricciones que se derivan de la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres⁸, así como aquellas que se desprenden del principio de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho⁹.
86. En materia contractual, el principio de buena fe impone que las partes de una determinada relación comercial deben asumir un comportamiento caracterizado por la corrección, la honradez y la lealtad frente al otro, esperando, a su vez, recibir un trato igual. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“A este respecto ha puntualizado la Sala, que ‘principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distinción alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación’, así como que dicho postulado presupone ‘que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces’ y que, desde otro ángulo, se identifica ‘con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará”¹⁰.

87. La buena fe entendida en los términos arriba explicados ha llevado a que se concluya que el negocio jurídico no solo es un acto dispositivo de intereses, sino también un instrumento de colaboración o cooperación entre los contratantes. Esto implica que, aunque cada una de las partes está motivada por sus propios intereses, debe actuar en conjunto con su contraparte comercial para la consecución del fin común que tuvo como causa la contratación. De esta forma, ambos contratantes deben tener en consideración el interés del otro para facilitar el cumplimiento de las prestaciones recíprocas, *“sin que ello implique sacrificios desproporcionados”¹¹.*

⁸ Obsérvese, entre otros, los artículos 16, 1518 y siguientes del Código Civil.

⁹ Artículos 1603 del Código Civil, y 830 y 871 del Código de Comercio.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de julio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC2218-2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹¹ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Contratos. Notas de Clase*. Primera Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2021). Pág. 14.

88. Ahora bien, entre las diversas circunstancias que pueden fundamentar el establecimiento de una facultad unilateral de terminación, se destaca, para los propósitos de la presente decisión, aquella relacionada con el incumplimiento obligacional. Estas disposiciones, conocidas también como cláusulas resolutorias expresas, tienen como objetivo que, por el pacto de las partes, se incluya en el clausulado contractual la posibilidad de que ante el incumplimiento de las obligaciones que emanan de un determinado contrato éste pueda ser resuelto. Esta facultad está reconocida, de manera general, para los contratos bilaterales según se desprende de los artículos 1546 del Código Civil¹² y 870 del Código de Comercio¹³.
89. Dado que estas normas son de carácter dispositivo, los contratantes pueden convenir reglas específicas sobre las condiciones en las que procederá la terminación del contrato debido a un incumplimiento (por ejemplo, definir previamente qué incumplimientos se consideran relevantes, establecer términos de preaviso y precisar los requisitos que debe cumplir la comunicación de la decisión al deudor incumplido). Resulta pertinente destacar una particularidad que distingue a las cláusulas resolutorias expresas y que explica su uso frecuente en el ámbito jurídico: los efectos de la resolución del contrato se materializan automáticamente desde el momento en que se comunica la decisión a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial.
90. Así lo ha explicado la doctrina:
- “(…) la resolución opera automáticamente, el juez simplemente verificará la inclusión de la cláusula, que la obligación cuyo incumplimiento aduce el demandante se encuentre dentro de ese ámbito, obviamente en el entendido de que el alcance de la cláusula esté circunscrito a las obligaciones estipuladas en el contrato, y el hecho mismo el incumplimiento”¹⁴.*
91. De lo anterior se colige, entonces, que las cláusulas resolutorias expresas les conceden a los contratantes, o a alguno de ellos, la facultad de extinguir el negocio jurídico celebrado en caso de que su contraparte comercial incurra en uno de los incumplimientos que contractualmente se pactaron para el efecto. Es por esta razón que, para el correcto ejercicio de esta prerrogativa, la parte que la ejerce debe sujetarse, por una parte, a lo que contractualmente se haya pactado para el efecto —siempre y cuando esto se ajuste a los límites de la autonomía de la voluntad privada anteriormente señalados— y, por el otro, debe ejercerse sin abuso del derecho.

¹² “ARTÍCULO 1546. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. // Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

¹³ “ARTÍCULO 870. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

¹⁴ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Págs. 964-965.

92. Sobre la institución jurídica del abuso del derecho, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente, que se transcribe *in extenso* por su relevancia:

“El abuso del derecho, en todo caso y con independencia de la teoría objetiva o subjetiva que se predique haberle dado origen, en cada situación concreta y según las circunstancias fácticas que lo rodeen, se caracteriza entonces fundamentalmente por la existencia, ab initio, de una acción permitida por una regla, sólo que, por contrariar algún principio de trascendental connotación social, como la moralidad del acto, la buena fe y otros semejantes, termina convirtiéndose en una conducta del todo injustificada y, por contera, constitutiva de un perjuicio.

“Y, como también se dejó narrado, aunque las primeras manifestaciones en torno del tema que ocupa la atención de la Corte se centraron en el análisis de la arbitrariedad en el ejercicio del dominio, merced a los conflictos presentados entre propietarios de fundos limítrofes, en orden a lo cual se dijo que todo acto del titular que causara daño en virtud de la intención decidida de producir perjuicio (animus nocendi) o por falta de prudencia y atención o por ausencia de interés serio y legítimo, generaba responsabilidad y, por ende, obligación de indemnizar, la cual tenía origen típicamente extracontractual, luego se le concedió un efecto expansivo que irradió muchos otros aspectos del ordenamiento jurídico, siendo así como, en vez de restringirse su concepto a los contornos de la propiedad, se extendió su aplicación a otros ámbitos de la actividad jurídica, como los concernientes con el derecho de litigar, la formulación temeraria de denuncias penales, el embargo excesivo del patrimonio del deudor, el secuestro de bienes no pertenecientes al ejecutado o el ejercicio abusivo de las potestades nacidas de las relaciones convencionales.

“Fue así como, concordante con esas directrices ideológicas que circulaban en el mundo, la Corte entendió también que el abuso de los derechos no se presentaba únicamente en la esfera particular del dominio, sino en otros escenarios, y por ello adujo que “...la responsabilidad civil por abuso de derechos subjetivos, generalmente en nada se separa de los lineamientos principales de la culpa aquiliana, o de la contractual en su caso...” (G.J. t. CXLVII, pag. 82), aserción mediante la cual reafirmó la entrada que le había dado en el campo propio de los contratos, desde cuando, casi un siglo antes, en sentencia de 6 de diciembre de 1899 (G.J.X., 8), encontró posible su ocurrencia siempre que se abusara de los derechos emanados de los acuerdos de voluntades.

“Bajo ese derrotero, al pregonar la Sala que en “...materia contractual tiene cabida el abuso del derecho”, el que puede “...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual” (G.J., t. LXXX, pág. 656), fluye con notoria nitidez cómo la Corporación ha reconocido la vigencia y posibilidad del fenómeno, aún por fuera del espacio inicial, circunscrito al ejercicio de

la propiedad, para llegar a admitir la extralimitación en las facultades nacidas de los acuerdos de voluntades, pues en esos casos puede ocurrir el comportamiento de uno de los pactantes que, aunque pareciera respaldado por el derecho que en verdad le asiste, actúe "...con detrimento del equilibrio económico de la contratación..." (G.J., t. CCXXXI, pág. 746); de esta manera, la jurisprudencia también vino a señalar cómo es posible que por este aspecto fuese dable fijar límites a la autonomía de la voluntad en materia negocial.

"En punto de la responsabilidad surgida por el uso de los derechos derivados de una convención, y específicamente de la facultad del mandante de revocar el mandato, como lo autoriza el numeral 3° del artículo 2189 del Código Civil, según el cual el convenio termina también por "...la revocación del mandante", manifestó en ese sentido la Corte que siendo patente, como en verdad era, la existencia de la esencial revocabilidad de ese acto, dada la naturaleza del contrato, asimismo resultaba ostensible "...que no hay derechos absolutos, que el ejercicio de todo derecho tiene por límite el derecho ajeno, y que si la revocación del mandato causa perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia, el mandante está obligado a indemnizar esos perjuicios..." (G.J., t. XV, pág. 8).

"Continuando en esa dirección, varios lustros después la Corporación, mediante fallo en el que debatía la revocación del poder conferido a un abogado, reiteró la tesis expuesta en aquella sentencia y la precisó diciendo: "1°. Que el derecho de revocación no es absoluto sino relativo, limitado por el mismo interés social que lo justifica y por el derecho ajeno; 2°. Que ese derecho de revocación debe ejercitarse con motivo legítimo para amparar los intereses del mandante contra la mala fe, o la negligencia o la ineptitud del mandatario; 3°. Que la revocación abusiva da derecho a reclamar indemnización de perjuicios al mandatario que ha cumplido sus obligaciones con honradez e inteligencia" (sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656).

"9. De conformidad con el artículo 830 del Código de Comercio "el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause". Con esta norma surge indiscutible cómo sin ambages ni dubitación el ordenamiento dio carta legislativa a la figura y, con ello, ofreció cabida a la reparación de los daños originados en la actividad del titular que ejerciera sus derechos en forma excesiva, anormal, dolosa o culposa, ora en la práctica de una prerrogativa desvinculada de toda conducta convencional y de la nacida de un contrato.

"(...)

"10. Si como atrás quedó indicado, las relaciones originadas en los pactos que celebran las personas por virtud de la autonomía privada no excluye la ocurrencia del fenómeno en cualquiera de las etapas que los caracterizan, pues en materia "...contractual tiene cabida el abuso del derecho..", y puede "...presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo post-contractual"

(G.J., t. LXXX, 656), deviene evidente que cuando uno de los celebrantes pretenda ejecutar el derecho que le asiste en virtud del acuerdo ajustado o con apoyo en la misma ley, no puede ir más allá de sus propios límites ni, por ende, invadir las órbitas jurídicas de los demás estipulantes. Huelga decir, la puesta en actividad de sus atribuciones legales o convencionales no confiere la posibilidad de lesionar las correspondientes a quienes se han ubicado en la otra orilla de la contratación.

“Por tanto, la inteligencia que ha de darse a una prerrogativa originada desde el plano de la libre y concorde manifestación de voluntad no puede involucrar la posibilidad de herir el derecho de quien también expresó en su momento la intención de asumir, por ese acto, obligaciones, salvo aquellas excepciones consistentes en la existencia de justificaciones o de razones que permitan suponer con fundamento consecuencia adversa a sus intereses, como sucedería si se demostrara el incumplimiento de lo pactado, puesto que como los acuerdos producen normalmente obligaciones –pacta sunt servanda–, según antiquísimo, conocido y vigente brocárdico, es natural que la insatisfacción ha de conducir a la sanción que para cada caso debe operar.

“11. Desde esta perspectiva también han de entenderse las cláusulas convencionales o las regulaciones legales o constitucionales permisivas de la terminación unilateral del pacto respectivo, debido a que ellas no pueden interpretarse a distancia del postulado de que se viene hablando, como quiera que exigen ser observadas a través de su propio prisma, ante la posibilidad de que en ejercicio de esa facultad se incurra en violación del derecho ajeno; ello supone entonces que deben apreciarse bajo el entendido de que su actividad no puede ser causa de daño a quienes han contratado con el agente, salvo, claro está, que exista razón que lo justifique, como sucedería, verbi gratia, cuando el comportamiento del contratista, dada su falta de honradez o inteligencia, lo imponga.”¹⁵

- 93.** De lo anterior se desprende que puede existir abuso del derecho cuando una parte de una relación comercial ejerce una prerrogativa contractual de manera contraria a la finalidad que a la misma le es inherente, lesionando de manera injustificada los derechos o intereses de su contraparte contractual. De presentarse el abuso del derecho en el marco de la celebración o ejecución de un contrato, según lo ha explicado la jurisprudencia antes citada, éste se convierte en fuente de responsabilidad civil contractual en cabeza de quien ejerció de manera abusiva su derecho convencional. En este sentido, la parte afectada tiene el derecho de que el acreedor que ha abusado de sus prerrogativas contractuales le indemnice los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. M.P. César Julio Valencia Copete.

94. Ahora bien, en tratándose de facultades unilaterales de terminación por incumplimiento, la jurisprudencia civil ha precisado lo siguiente respecto de su eficacia y ejercicio para evitar que se esté ante la presencia de un abuso del derecho de la prerrogativa contractual:

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

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

“Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción”¹⁶.

95. De lo anterior se desprende que la eficacia del pacto de las cláusulas resolutorias expresas y su correcto ejercicio depende, principalmente, de que se reúnan los siguientes requisitos: (i) que los incumplimientos sean graves, trascendentes o relevantes —para cuya determinación es indicativo lo que las partes hayan definido en el contrato—; (ii) que en la cláusula se indiquen de manera clara, expresa y precisa las obligaciones cuyo incumplimiento conduce a la terminación del contrato; y (iii) que se le dé un preaviso razonable al deudor para que subsane su incumplimiento —esto, en aras de respetar el principio de conservación del contrato—. A continuación, el Tribunal desarrollará los requisitos antes mencionados.
96. En primer lugar, se ha sostenido que no cualquier incumplimiento por parte del deudor de la relación obligatoria permite a su contraparte comercial ponerle fin al contrato. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina han especificado que debe tratarse de un incumplimiento resolutorio, esto es, *“importante y trascendente,*

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011. Exp. No. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

que mine la utilidad del negocio.”¹⁷ Sobre el particular, la jurisprudencia civil, ha caracterizado el incumplimiento resolutorio de la siguiente forma:

“[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra.

”[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.”¹⁸

97. Con posterioridad, continuando con la línea que la jurisprudencia había trazado, la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente respecto del incumplimiento resolutorio:

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

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

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4902-2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de septiembre de 1984. M.P. Humberto Murcia Ballén.

incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato”¹⁹.

- 98.** Aunado a lo anterior, es necesario que en el acto o contrato se detallen de manera específica las obligaciones cuyo incumplimiento puede llevar a la terminación de la relación contractual. Una declaración genérica que permita la terminación unilateral del acuerdo por cualquier incumplimiento, además de propiciar posibles abusos o acciones arbitrarias, requerirá la intervención del juez del contrato. Este último tendrá la facultad de evaluar si la conducta criticada por la parte que ha ejercido la facultad unilateral constituye realmente un incumplimiento grave. Aunque se podría admitir la posibilidad de acordar una cláusula abierta que haga referencia a cualquier incumplimiento, el juez del contrato podrá examinar su validez en función de las circunstancias en las que se haya establecido esa facultad. En caso de que el acreedor decida ejercer dicha prerrogativa, será nuevamente el juez quien determine si la conducta que motiva la decisión de poner fin al vínculo constituye un incumplimiento grave o esencial.
- 99.** Adicionalmente, es necesario que, la parte cumplida le comunique al deudor la decisión adoptada en ejercicio de la facultad unilateral de terminación. Esto, por cuanto se trata de un acto recepticio que solo producirá efectos en la medida en que sea puesto en conocimiento de su destinatario. Esto significa, entonces, que el acreedor que pretenda hacer efectiva la prerrogativa le debe informar al deudor, de manera clara y precisa, los incumplimientos que motivan su decisión de terminar unilateralmente el contrato. Se destaca que no son suficientes las manifestaciones ambiguas o imprecisas, pues eso imposibilitaría que el deudor subsane el incumplimiento y de esa manera se conserve el negocio jurídico. Así lo ha entendido la doctrina arbitral:

“(…) se impone una carga trascendental en cabeza del contratante que desee hacer uso de la facultad de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, en cuanto que está obligado a señalar e individualizar con precisión el incumplimiento en que se afinsa el ejercicio de la mencionada prerrogativa, en tanto que la lealtad y la buena fe contractual exigen transparencia y claridad en el ejercicio de facultades de esta estirpe, de tal manera que se pueda controlar adecuadamente su ejercicio abusivo en sede judicial y, asimismo, se permita a la parte contra la que se la aduce conocer las razones que la fundamentan para su efectiva contradicción, cuestión que no sería posible si se permitiera su ejercicio con base en manifestaciones genéricas o abstractas”²⁰.

- 100.** Finalmente, la jurisprudencia y la doctrina destacan la necesidad de que el acreedor le comunique al deudor, con la debida anticipación, su intención de dar por terminado el contrato por el incumplimiento resolutorio en el que ha incurrido. Este requisito, que se ha denominado como el preaviso, supone que

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2009. Rad. No. 41001-3103-004-1996-09616-01.

²⁰ Tribunal arbitral de C&CO DRILLING S.A.S. v. TALISMAN COLOMBIA OIL & GAS LTD. Laudo de 9 de diciembre de 2015. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Arturo Solarte Rodríguez y Hernando Yepes Arcila.

la parte cumplida le haga saber al incumplido, con suficiente antelación, su decisión de extinguir el vínculo contractual. Con esto, se pretende evitar que se sorprenda al deudor con una decisión que no le fue advertida, lo que podría ser contrario al principio de la buena fe.

101. Sobre este requisito, la jurisprudencia civil ha señalado lo siguiente, con referencia especial al contrato de suministro:

“7.1.2.2. En los convenios de duración indefinida, cualquiera de las partes puede darlo por terminado sin el asentimiento de la otra, con apego estricto del respetivo contratante a los compromisos adquiridos. Si es reo de un incumplimiento resolutorio vigente, en línea de principio, no habría forma de expresar una voluntad unilateral de extinción, pues el contrato, con su conducta, estaría terminado de antemano.

“El ejercicio de dicha potestad también está reglado en forma autónoma. Por esto, no hay lugar a confundirla con el incumplimiento relevante. Se condiciona a un preaviso con sujeción al término estipulado en el contrato o al establecido por la costumbre. En su defecto, “con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro”. El artículo 977 del Código de Comercio, así lo contempla.

“La norma tiende a evitar que el otro contratante se vea sorprendido por una decisión unilateral inesperada o intempestiva. Para la Corte, “es menester, en virtud de la aplicación del principio de buena fe, la existencia de un preaviso; en el entendido que el anuncio anticipado de la culminación del pacto crea al comerciante las condiciones favorables para lograr hacer el tránsito de actividad o implementar medidas para evitar perjuicios.”²¹

102. Por su parte, la doctrina arbitral ha señalado lo siguiente, respecto del alcance y finalidad del preaviso:

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

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3675 del 25 de agosto de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

“Debido a la importancia que reviste el requisito al que se ha hecho alusión, debe señalarse que únicamente en casos excepcionales podría admitirse la terminación unilateral por incumplimiento sin que medie un preaviso al deudor, ya sea porque el legislador así lo ha previsto o porque las circunstancias particulares del caso autorizan prescindir de dicha exigencia. Al respecto, explica la doctrina que “en el derecho común de los contratos, dicha terminación puede producirse, incluso prescindiendo de preaviso, cuando media un ‘motivo importante’ (justa causa): incumplimiento especialmente grave o la desaparición de una condición fundamental del contrato, y habría de agregarse, a mi juicio, la condición de que las circunstancias exijan o permitan obrar in continenti (...). Cabría hablar entonces de razones o circunstancias de urgencia” [Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico. Volumen II. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (2015). Pág. 954.]. Es así que solo en ciertos casos es admisible prescindir del plazo de preaviso y del derecho a la subsanación, principalmente: (i) cuando el incumplimiento que justifica la terminación unilateral es de suyo insubsanable, ya sea porque se trata de una falta de ejecución total o definitiva que no es susceptible de corregirse, o porque está acreditado que el deudor no está en capacidad de subsanar su propia infracción; (ii) cuando las condiciones que rodearon el incumplimiento, además de que permiten calificarlo como grave o resolutorio —siendo este un requisito autónomo para el ejercicio de la facultad unilateral de terminación— son especialmente significativas, tanto así que justifican la terminación inmediata del vínculo, conforme lo sostiene la doctrina al hacer referencia a un incumplimiento “especialmente” grave; y (iii) cuando circunstancias de urgencia o celeridad justifican que se separe inmediatamente al deudor del contrato. Todos estos supuestos, se reitera, son excepcionales, pues por regla general el principio de buena fe ordena que se le conceda al deudor el derecho a permanecer en el contrato mediante la rectificación de su conducta.

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

“Además de lo expuesto, resta por señalar que el preaviso debe ser razonable, lo que significa que debe hacerse “pensando también en el otro, en sus circunstancias y no solo en el que lo produce” [Rengifo García, Ernesto. Las facultades unilaterales en la contratación moderna. Segunda Edición. Ed. Legis Editores S.A. Bogotá (2017). Pág. 120.]. Asimismo, la doctrina arbitral ha precisado que “el límite que por antonomasia se le exige a los contratantes que deciden terminar un contrato a todas luces indeseable o insostenible, es que se ejerza dicha facultad teniendo en cuenta por lo menos el interés y

la justa expectativa de su cocontratante; es decir, sin abuso del derecho, lo cual se traduce palabras más o palabras menos en dar un preaviso adecuado en el que se tengan en cuenta o se contemplen, las siguientes circunstancias: (i) la economía del contrato; (ii) la recuperación de las inversiones realizadas con base en esa expectativa; (iii) el tiempo razonable que se necesite para reorganizar la operación y, en algunos casos, (iv) una eventual compensación o apoyo económico temporal que permita la recuperación de la crisis causada por el ejercicio de la facultad unilateral” [Tribunal arbitral de COMUNICACIONES SATELITALES COMSAT S.A.S. v. DIRECTV COLOMBIA LTDA. Laudo de 17 de marzo de 2021. Árbitros: Marcela Castro Ruíz, Florencia Lozano Reveiz y Juan Manuel Garrido Díaz]. Esto implica, entonces, que la duración del preaviso debe guardar correspondencia y proporcionalidad: (i) con la naturaleza y la duración del contrato; (ii) con el contenido de la conducta que debería adoptar el deudor para subsanar el incumplimiento; y (iii) con el alcance de las medidas que las partes tendrían que adoptar para mitigar los efectos de la terminación.”²²

103. Con base en las anteriores consideraciones de carácter teórico, el Tribunal procederá con el análisis del caso concreto sometido a su conocimiento.

D 3.2. La facultad unilateral de terminación por incumplimiento pactada en el Acuerdo de Compra

104. Como se precisó en acápites anteriores, el 12 de abril de 2019 se celebró el Acuerdo de Compra para *Frame Bidding* No. FPA1911COL1904130022324490416051 entre HUAWEI (en calidad de Contratante) y ENECON (en calidad de Contratista), cuyo objeto fue “*proveer, por parte del CONTRATISTA, los servicios para colaborar en el mantenimiento en las redes de telecomunicaciones que ejecutará el CONTRATANTE, acorde a lo definido en el SOW*”. En la cláusula 11 de dicho Acuerdo se pactó lo siguiente:

“11.0. Variación y terminación

“11.1 El presente Acuerdo podrá ser terminado por cualquiera de las Partes antes de la expiración del término de la siguiente manera;

“Terminación del acuerdo de servicio por cualquiera de las causas indicadas en este FPA.

El mutuo acuerdo entre las partes.

Bajo las razones estrictamente previstas en la ley civil de la República de Colombia, acompañado por el reembolso de los daños ocasionados.

²² Tribunal arbitral de AIR-E S.A.S. E.S.P. v. UFINET COLOMBIA S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena. Laudo de 15 de junio de 2023. Árbitros: Arturo Solarte Rodríguez (Presidente), Sergio Muñoz Laverde y Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Radicado 2022 A 0034

“El CONTRATISTA tiene la responsabilidad de finalizar el contrato si la PARTE CONTRATANTE no paga las facturas de acuerdo con las condiciones de pago estabilizadas (sic) en este contrato. El contratista debe informar sobre la decisión con al menos tres meses de anticipación por carta oficial.

“11.2. La Parte CONTRATANTE tiene el derecho a solicitar la terminación unilateral del presente Acuerdo, si alguna de las siguientes condiciones ocurre:

“(1) El CONTRATISTA cede la totalidad o parte de este Acuerdo a cualquier tercero sin la autorización por escrito de la Parte CONTRATANTE.

“(2) Los servicios prestados por el CONTRATISTA y el personal del mismo no cumplen los requisitos razonables de la Parte CONTRATANTE.

“(3) Si El CONTRATISTA es descubierto engañando a la Parte CONTRATANTE

“(4) El CONTRATISTA incumple en la creación o modificación de las garantías contractuales de las que trata la cláusula 11 (sic) de este contrato.

“(5) Dadas repetidas y serias infracciones por parte del CONTRATISTA en opinión del CONTRATANTE con previa notificación y debido proceso formal al CONTRATISTA para presentar su plan de acción.

“En el evento de esta terminación unilateral, la Parte CONTRATANTE deberá notificar por escrito a la otra Parte con antelación de la menos dos (2) meses antes de la terminación.

“La terminación del presente Acuerdo no exime al CONTRATISTA de sus responsabilidades ni de las sanciones pertinentes que han de aplicarse.

Así mismo se pagarán los servicios efectivamente prestados hasta tal fecha.

“En caso de que el CONTRATISTA no pueda continuar con la operación o si el contrato fue terminado anticipadamente, el CONTRATISTA deberá proveedor soporte en la transición del servicio incluidos toda clase de recursos y adicionalmente si es posible, la venta de materiales. Lo anterior no exime al CONTRATISTA de las sanciones a que haya lugar”.

- 105.** De la lectura integral de la estipulación antes transcrita se colige que las partes pactaron que, además de los casos previstos en la legislación colombiana, el Acuerdo de Compra podría terminar anticipadamente en los siguientes supuestos: (i) por mutuo acuerdo de las partes; (ii) por la decisión unilateral de

ENECON en caso de incumplimiento de HUAWEI en el pago de las facturas, caso en el cual la Convocante debía informar su decisión con un preaviso de tres (3) meses; y (iii) por la decisión unilateral de HUAWEI. Respecto de esta última hipótesis de terminación, en el numeral 11.2 de la citada cláusula 11 se estipuló que, en caso de presentarse alguna de las cinco (5) circunstancias allí previstas, HUAWEI podría “solicitar” la terminación el Acuerdo de Compra. Para el efecto, la Convocada debía notificarle por escrito a ENECON su decisión con dos (2) meses de anticipación.

106. En relación con la causal de terminación prevista en la mencionada cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra, se han presentado las siguientes controversias entre las partes: (i) la relativa a la efectiva existencia de una facultad unilateral a favor de HUAWEI, pues ENECON sostiene que allí no se previó la posibilidad de terminar el Acuerdo de Compra, sino de “solicitar” su terminación, lo que implicaría que HUAWEI debía acudir al juez del contrato para que este decidiera si se configuró alguno de los supuestos tipificados en la cláusula 11.2 y procediera, entonces, a extinguir el vínculo; y (ii) la relacionada con el preaviso y su alcance.
107. En primer término, en cuanto a la existencia de una facultad unilateral de terminación a favor de HUAWEI, la Convocante ha señalado que “*no se estableció una facultad de autotutela en favor de la parte Convocada, pues este (sic) únicamente podría, a lo sumo, solicitar la terminación del Acuerdo ante la configuración de unas causales específicas*”, para efectos de lo cual debía acudir al juez del contrato. Dicha afirmación la sustenta en la expresión “solicitar” a la que se alude en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra, respecto de la que, además, manifiesta que debe interpretarse en contra de HUAWEI al ser el predisponente del texto del Acuerdo de Compra. En ese orden de ideas, procede el Tribunal a verificar si, como lo sostiene la Convocante, HUAWEI carecía de la facultad de terminar unilateralmente el Acuerdo de Compra.
108. Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que la regla interpretativa de que trata el artículo 1624 del Código Civil, y a la que hace referencia ENECON como sustento de su interpretación de la expresión “solicitar” contenida en la cláusula 11.2, es de aplicación residual cuando se trata de relaciones entre comerciantes. En efecto, el artículo 1624 del estatuto civil establece que “***no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella***” (se destaca).
109. En relación con la pauta hermenéutica antes mencionada, según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse en contra de quien predispuso su contenido, explica la doctrina nacional que “*bien puede ocurrir que las precisadas reglas de indagación intencional [previstas en los artículos 1619 a 1623 del Código Civil] no sean bastantes para disipar la ambigüedad u oscuridad de una o algunas cláusulas o estipulaciones insertadas en el susodicho acto. Podría entonces ocurrir que el intérprete, frente a tal situación, pretendiera superar la ambigüedad, imponiendo su propio y personal criterio.*

*Para precaver este riesgo el legislador le dicta imperativamente al intérprete la solución que este debe adoptar*²³, que corresponde a la prevista en el citado artículo 1624 del Código Civil. Se trata, entonces, de un criterio al que el intérprete debe acudir cuando los demás resultan insuficientes para desentrañar la verdadera intención de los contratantes. Por lo tanto, salvo que se trate de relaciones de consumo —en las que la jurisprudencia ha reconocido que la interpretación en contra del predisponente es una regla de aplicación prevalente²⁴—, en las relaciones negociales entre comerciantes la regla a la que se ha hecho referencia únicamente tiene aplicación cuando los demás parámetros legales no permiten precisar la voluntad real de las partes.

- 110.** Pues bien, en el caso concreto observa el Tribunal que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1620 del Código Civil, la expresión “solicitar” utilizada en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra debe entenderse en el sentido de requerir a la parte frente a quien pretende hacerse efectiva la prerrogativa allí prevista y hacerle saber que se ha adoptado la decisión de poner fin al vínculo contractual.
- 111.** Al respecto, el referido artículo 1620 de la codificación civil establece que *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*. De conformidad con lo dispuesto en la norma citada, entre distintas alternativas interpretativas que puedan presentarse sobre una misma estipulación contractual, debe prevalecer aquella que garantice su utilidad práctica, toda vez que no resultaría lógico considerar que las partes han querido incluir una cláusula que no produce efecto alguno. En ese sentido, explica la jurisprudencia que la finalidad de la regla de interpretación a la que se ha hecho referencia es la de privilegiar *“la conservación del negocio jurídico, la utilidad respecto de la irrelevancia y la eficacia sobre la ineficacia del acto”*, de manera que *“cuando la estipulación admite diversos significados prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos, por lo común, dignos de tutela y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez”*²⁵.
- 112.** Aplicado lo anterior al caso concreto, encuentra al Tribunal que basta con acudir al criterio de interpretación lógica o útil para superar las dificultades que puede generar la locución empleada por las partes en la cláusula 11.2, sin que sea necesario remitirse a la pauta subsidiaria de que trata el artículo 1624 del Código Civil.
- 113.** En efecto, es claro que, para que lo pactado en la mencionada cláusula 11.2 produzca un verdadero efecto práctico, debe entenderse que la “solicitud” a la que se hace referencia es el requerimiento o comunicación que debe formularse a la otra parte negocial frente a quien se pretende hacer valer la facultad de terminación unilateral. Sostener lo contrario, como lo pretende la convocada,

²³ Ospina Fernández, Guillermo & Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Ed. Temis S.A. Bogotá (2021). Pág. 400.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4527-2020 de 23 de noviembre de 2020. M.P. Francisco Ternera Barrios.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de febrero de 2008. Exp. No. 2001-06915-01. M.P. William Namén Vargas.

esto es, que HUAWEI necesariamente debía acudir ante el juez del contrato y “solicitarle” a este la terminación del Acuerdo de Compra implicaría vaciar de contenido dicha prerrogativa, pues únicamente sería una reiteración de los derechos que la ley le concede al acreedor en caso de incumplimiento.

- 114.** Lo anterior, toda vez que: (i) en la cláusula 11.1 se señala que el Acuerdo de Compra podrá terminar “*bajo las razones estrictamente previstas en la ley civil de la República de Colombia*”, entre las que se encuentra la resolución por incumplimiento de que tratan los artículos 1546 del Código Civil y 871 del Código de Comercio; (ii) en la cláusula 11.2 se enlistan cinco (5) causales de terminación relativas a incumplimientos contractuales de ENECON, en las que se describe el comportamiento del deudor que permitiría el ejercicio de la facultad de terminación; y (iii) se señala que, para hacer efectiva dicha prerrogativa, se debe notificar la terminación a ENECON con una antelación de mínimo dos (2) meses.
- 115.** Así las cosas, es claro que las partes pretendieron otorgarle a HUAWEI la facultad de ponerle fin al vínculo contractual sin necesidad de contar con el consentimiento de ENECON para el efecto, siempre que se cumplieran las condiciones pactadas en la referida cláusula 11.2, y sin necesidad de acudir primero al juez del contrato para el efecto, pues pactaron como supuesto autónomo de terminación el relativo a las causales legales de extinción de los contratos (entre las que se encuentra la resolución o terminación por incumplimiento) y, además, tipificaron algunos incumplimientos particulares como supuestos de terminación unilateral por parte de HUAWEI fijando un preaviso para la efectividad de la prerrogativa, lo que no sería necesario si lo que pretendían era obligar a la parte interesada a acudir al juez del contrato para que este declarara la extinción del vínculo.
- 116.** Se concluye, entonces, que en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra se pactó una facultad de terminación unilateral a favor de HUAWEI.
- 117.** Ahora bien, el ejercicio de la facultad contemplada en la cláusula 11.2 estaba condicionado a la observancia de los siguientes requisitos: (i) que el motivo de la terminación del vínculo correspondiera a alguna de las causales previamente especificadas por las partes; (ii) que la determinación de extinguir el Acuerdo de Compra se le notificara a ENECON por escrito; y (iii) que se le diera un preaviso de dos (2) meses a la Convocante.
- 118.** En relación con este último requisito, han debatido las partes que, antes de que se hiciera efectiva la terminación del Acuerdo de Compra, no se le hubiera permitido a ENECON subsanar su incumplimiento con el fin de evitar la extinción del negocio jurídico. Sobre el particular, según se explicó al analizar el régimen jurídico aplicable al ejercicio de una facultad unilateral de terminación por incumplimiento contractual, es claro que, salvo en caso excepcionales, uno de los propósitos que cumple el preaviso es el de permitirle al deudor corregir su comportamiento para darle continuidad al vínculo. Así las cosas, como se precisará más adelante, aunque en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra no se señaló expresamente que dentro del plazo de dos (2) meses debía permitírsele al deudor cumplir con la prestación desatendida, es claro que, en virtud de la buena fe y tal como lo ha precisado la jurisprudencia civil, ese

derecho a la subsanación se entiende incorporado al contrato. Por lo tanto, HUAWEI debía permitirle a ENECON actualizar las pólizas de conformidad con lo pactado en el Otrosí No. 1 dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de la terminación unilateral para que, corregido el incumplimiento, el Acuerdo de Compra se mantuviera vigente.

D 3.3. El ejercicio de la facultad unilateral de terminación por parte de HUAWEI

119. Mediante comunicación del 28 de abril de 2020²⁶, HUAWEI le dio “aviso de terminación unilateral del contrato” a ENECON, en los siguientes términos:

“En cumplimiento de lo previsto en la cláusula n° 11 – ‘VARIACIÓN Y TERMINACIÓN’ del Contrato de la Referencia, a través de este escrito HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. (en adelante, ‘HUAWEI’) procede a comunicarles su decisión irrevocable de DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE MANERA UNILATERAL.

“Al respecto, cabe resaltar que el motivo de la decisión antes mencionada se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones contractuales radicadas en cabeza de su compañía, que para el caso concreto sería el (sic) la falta de cumplimiento en cuanto a la expedición y modificación de las garantías de que trata la cláusula n 10 – ‘PÓLIZAS’ del Contrato de la Referencia (...).

“Según lo establecido en dicha cláusula, cabe recordar que la obligación antes descrita resulta aplicable cuando las partes acuerden modificar el valor y/o la duración del Contrato, tal como sucedió con la firma del Otrosí n° 1 del Contrato (...) en donde las partes acordaron modificar el valor total del Contrato (cláusula PRIEMRA), y el cual entró a regir a partir del día 17 de septiembre de 2019.

“Sin perjuicio de lo anterior, para el caso concreto se encuentra que dicha obligación no fue cumplida por parte de su Compañía si se tiene en cuenta que desde la fecha en que entró en vigencia el Otrosí antes descrito y hasta la fecha de la presente comunicación, NO se ha allegado a HUAWEI la modificación de las Pólizas del Contrato como es requerido.

“(...

“Lo anterior supone entonces el incurrimiento en una causal que faculta a HUAWEI para dar por terminado el Contrato de manera unilateral, tal y como se establece en el literal (4), numeral 11.2 de la cláusula n° 11 (...).

²⁶ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Demanda. Anexos de la demanda. Cuaderno K. (Archivo K5).

“Siendo así, con el objetivo de lograr la adecuada transición de los servicios y dar cumplimiento al término establecido para el previo aviso de terminación, se les notifica que el Contrato estará vigente hasta el día 30 de junio de 2020, fecha en la cual se hará efectiva la terminación”.

- 120.** En los términos antes citados, HUAWEI le comunicó a ENECON su decisión “irrevocable” de dar por terminado el Acuerdo de Compra con fundamento en el incumplimiento contemplado en el numeral (4) de la cláusula 11.2, esto es, la falta de actualización de las pólizas que debían ajustarse al valor del Acuerdo de Compra como fue modificado en el Otrosí No. 1. Se destaca de la comunicación antes citada que se anunció un preaviso de dos (2) meses, cuyo único propósito era *“lograr la adecuada transición de los servicios”*.
- 121.** Respecto de lo consignado en el aviso de terminación, observa el Tribunal que HUAWEI no le permitió a ENECON subsanar su incumplimiento antes de que se hiciera efectiva la terminación, y con el fin de evitarla. En efecto, en dicha misiva no se requirió a la Convocante para que, dentro de dicho término, procediera a ajustar el valor de las pólizas de que trata la cláusula 10 del Acuerdo de Compra, a pesar de que no se encuentra acreditado que, en el caso concreto, se presentara alguno de los supuestos excepcionales en los que la doctrina y la jurisprudencia han admitido que el acreedor puede prescindir de esa prerrogativa. Por el contrario, es claro que: (i) el incumplimiento era subsanable, tanto así que, antes de que venciera el plazo de dos (2) meses, ENECON procedió a actualizar las pólizas²⁷; (ii) además, es claro que no existían motivos de urgencia que justificaran la terminación inmediata del Acuerdo de Compra, pues habían transcurrido cerca de siete (7) meses desde la firma del Otrosí No. 1 y el aviso de terminación, por lo que es claro que la actualización de las pólizas no era considerada como urgente para HUAWEI; y (iii) las condiciones que rodearon el incumplimiento no permiten calificarlo como “especialmente grave”, pues antes del aviso de terminación no se presentó siniestro alguno amparado por las pólizas²⁸ y, en todo caso, estas fueron actualizadas el 5 de junio de 2020 con una vigencia retroactiva desde el 28 de marzo de 2020.
- 122.** Las circunstancias anteriormente destacadas conducen al Tribunal a considerar que HUAWEI ejerció de manera abusiva su prerrogativa a terminar unilateralmente el Acuerdo de Compra, pues no le permitió a ENECON ajustar su comportamiento a lo pactado en la cláusula 10 del mismo, sin que existiera justificación que permitiera prescindir de esa posibilidad que le asiste al deudor en tales supuestos.
- 123.** A lo anterior se suman los antecedentes que condujeron finalmente al aviso de terminación de 28 de abril de 2020, que igualmente dan cuenta de un comportamiento del que se desprende un abuso del derecho por parte de la Convocada.

²⁷ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Demanda. Anexos de la demanda. D – Pólizas de cumplimiento. (Archivo D3).

²⁸ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Respuesta Huawei al auto del 11 de julio de 2023.

124. En primer término, se observa que el Otrosí No. 1 se había firmado siete meses antes de que HUAWEI enviara la comunicación del 28 de abril de 2020, sin que se hubieran hecho los ajustes a las pólizas, y sin que HUAWEI manifestara inconformidad alguna o alegara el incumplimiento de la Cláusula 10 del Contrato. Este comportamiento pasivo de la Convocada es indicativo de que ni la confianza, ni la relación contractual, se vieron realmente afectadas por el incumplimiento que se le imputó a ENECON, lo que a su vez es demostrativo de que HUAWEI no consideraba que ese incumplimiento fuera trascendente. En ese sentido, fue sorpresiva la determinación que adoptó HUAWEI cuando el 24 de abril de 2020 a las 4:53 p.m., por intermedio de Giovanni Carlo Sirtori, empleado de HUAWEI, le envió un correo electrónico a Juan Herrera, empleado de ENECON, solicitándole que le remitiera las pólizas actualizadas a más tardar el 27 de abril de 2020 a las 12:00 p.m.²⁹ y, ante la falta de remisión de estas, procedió el 28 de abril de 2020 a terminar unilateralmente el Acuerdo de Compra cuando, se reitera, habían transcurrido aproximadamente siete (7) meses sin que se formularan requerimientos en ese sentido, pero posteriormente, en un lapso de dos (2) días, se decidiera hacer efectiva dicha prerrogativa.
125. Aunado a lo anterior, HUAWEI había intentado terminar el Acuerdo de Compra en dos oportunidades anteriores con fundamento en (i) el supuesto incumplimiento de la obligación de no competencia contenida en el Acuerdo Marco de Compra No. 1911; y, (ii) en una propuesta de terminación de mutuo acuerdo. En efecto, mediante comunicación del 3 de marzo de 2020³⁰, HUAWEI indicó que *“la intención de la presente comunicación es informarle que a partir del próximo 30 de abril de la presente anualidad HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S dará por terminado el Contrato No. FPA1911COL1904130022324490416051, que actualmente se tiene suscrito con ENECON S.A.S., esto con motivo del incumplimiento de la cláusula 12 del contrato MPA1911COL1709200029924290289356”*. No obstante, HUAWEI desistió de la terminación unilateral anunciada en la comunicación anteriormente citada, según lo confesó al contestar el hecho vigésimo cuarto de la reforma de la demanda.
126. Posteriormente, mediante correo electrónico del 8 de abril de 2020³¹, HUAWEI le envió a ENECON una minuta de terminación bilateral del Acuerdo de Compra. En el correo electrónico mencionado no se hace ninguna consideración sobre las razones por las que se estaría terminando el Acuerdo de Compra, sino que se señala lo siguiente: *“adjunto carta de terminación del contrato de Cable MS por mutuo acuerdo. Por favor revisarla y enviar el OK o sus comentarios lo antes posible”*. Esta solicitud no fue aceptada por ENECON.
127. Se observa, entonces, que en un lapso de menos de dos (2) meses HUAWEI intentó terminar el Acuerdo de Compra de tres maneras diferentes: (i) unilateralmente por un supuesto incumplimiento contractual de la cláusula de no

²⁹ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Contestación reforma a la demanda. Anexos contestación. FW. Pólizas contratos Enecon.

³⁰ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Demanda. Anexos de la demanda K. (Archivo K2).

³¹ Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Reforma de la demanda. Cuaderno L.11. Termination Contract by Mutual Agreement. Rv. Termination Contract by Mutual Agreement.

competencia del Acuerdo Marco de Compra No. 1911 —solicitud de terminación que fue desistida—; (ii) de mutuo acuerdo, como lo propuso con la minuta remitida el 8 de abril de 2020; y (iii) unilateralmente el 28 de abril de 2020 por incumplimiento de la obligación de actualización de las pólizas. Se destaca que los dos primeros intentos de terminación se dieron a pesar de que para ese momento ya existía el incumplimiento relacionado con la falta de renovación de las pólizas —causal consagrada en el numeral 4 de la cláusula 11.2—. No obstante, lo anterior, la Convocada eligió otras alternativas de terminación antes de invocar esta causal.

128. Finalmente, se pone de presente que HUAWEI, al dar respuesta al requerimiento efectuado por el Tribunal en la audiencia llevada a cabo el 11 de julio de 2023 señaló lo siguiente:

“Frente al requerimiento ‘4) Aporte copia de comunicaciones en las cuales HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S. haya efectuado la terminación de contratos con actividades similares al controvertido en el presente proceso, por no haberse cumplido con las garantías exigidas a los contratistas.’, se precisa que Huawei es un proveedor de servicios de tecnología que inició sus operaciones desde octubre del año 2016, razón por la cual, hasta la fecha, no hemos terminado en Colombia contratos a otros proveedores por razones de pólizas. Sin embargo, se resalta que sí hemos sido vehementes y reiterativos en solicitar a otros de nuestros contratistas la constitución o renovación de las correspondientes pólizas de seguro, tal como también lo hicimos en su momento con el mismo Enecon”³².

129. Lo anterior permite concluir que no es una práctica común de HUAWEI terminar los contratos que celebra con sus contratistas por controversias derivadas de la demora en la modificación de las pólizas. Por el contrario, se reafirma que lo sucedido con ENECON fue excepcional, lo que podría demostrar que HUAWEI tenía un especial interés en terminar el Contrato. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que las inconformidades con las pólizas podían ser subsanadas, como lo explicó el testigo Manuel Urbina:

*“PREGUNTADO: Y finalmente, presidente, y gracias por su venia; en su experiencia digamos, además como empresario en este tipo de negocios de telecomunicaciones, etcétera, usted nos señalaba que el tema de las pólizas de responsabilidad o pólizas por pago de prestaciones y las prestaciones laborales a los trabajadores, pues obviamente son relevantes, pero en particular quisiera preguntarle si en su concepto este tema, era un tema que hubiera podido subsanarse en el sentido de si la irregularidad que hubiera podido presentarse en las pólizas, era un tema que admitía corrección por parte del contratista o no. CONTESTÓ: Bueno, desde mi punto de vista, **todo puede tener siempre algún factor de corrección**. Lo que yo desconozco es cuál fue el criterio que tomó el departamento legal y de compras, para justamente acabar con la relación comercial por esa*

³² Expediente digital. 2022 A 0034 Enecon vs Huawei. Respuesta Huawei al auto del 11 de julio de 2023.

condición; no sé si había otros elementos adicionales, si tenían algunos temas legales fluyendo por esas consideraciones. Pero desde mi punto de vista como empresario en temas de telecomunicaciones, siempre hay espacio para corregir eventualidades que se presenten” (se destaca).

130. De lo anteriormente expuesto se concluye que HUAWEI ejerció abusivamente la facultad de terminación unilateral, toda vez que: (i) intentó terminar el Acuerdo de Compra en dos oportunidades anteriores, entre marzo y abril del 2020, alegando incumplimientos distintos al que invocó en la comunicación del 28 de abril de 2020, a pesar de que, para esa época, ya se había presentado el incumplimiento consistente en la falta de actualización de las pólizas; (ii) desconoció el derecho de ENECON a subsanar su incumplimiento, sin que existieran razones objetivas que justificaran prescindir de él; (iii) permitió que el Acuerdo de Compra se ejecutara por aproximadamente siete (7) meses sin hacer mención alguna del incumplimiento en el que fundamentó la terminación del Acuerdo de Compra; y (iv), finalmente, se trata de un incumplimiento que no ha sido invocado como causal de terminación de otros contratos semejantes celebrados por HUAWEI.

D 3.4. Conclusión

131. Con fundamento en el análisis anterior, concluye el Tribunal que la pretensión primera principal de la demanda reformada está llamada a prosperar y así lo declarará, pues se acreditó que HUAWEI ejerció de manera abusiva la facultad de terminación unilateral pactada en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra.
132. Por su parte, se declararán no probadas las excepciones de mérito denominadas “1. LA FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL ACUERDO MARCO DE COMPRA ES LEGÍTIMA”, “2. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA”, “3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA FUE CONFORME A LO PACTADO – PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS”, “4. ENECON NO PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIA CULPA – NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, “5. EL INCUMPLIMIENTO DE ENECON FUE SUSTANCIAL – ENECON ACTUÓ DE MANERA NEGLIGENTE Y CON MALA FE” y “6. CUMPLIMIENTO Y BUENA FE DE HUAWEI EN LA EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”.

E. Las pretensiones indemnizatorias

133. Como consecuencia de la prosperidad de la primera pretensión declarativa, corresponde al Tribunal resolver la denominada pretensión “primera consecencial” relacionada con la indemnización de los perjuicios que ENECON dice haber sufrido como consecuencia de la terminación del contrato objeto de este arbitraje, a lo cual se procederá en el presente capítulo.

E1. La posición de las Partes

A continuación, se hará referencia a las posiciones que las partes de este trámite arbitral esgrimieron en relación con la aspiración indemnizatoria formulada por la Convocante, las cuales soportaron en sendos dictámenes periciales que fueron objeto de la correspondiente contradicción, según ya se ha señalado.

Posición de la Convocante

134. Solicita la Convocante el pago de \$1.366.725.918,00, por concepto de “lucro cesante” como consecuencia de la terminación unilateral y abusiva del Contrato, el cual hace consistir en la utilidad dejada de percibir durante los diez meses restantes de ejecución de aquél que no pudieron desarrollarse precisamente por la decisión de HUAWEI de dar por finalizada la relación negocial.
135. La pretensión indemnizatoria está fincada, en esencia, en que entre agosto de 2019 y junio de 2020 se facturó un total de \$10.128.091.007, lo cual hace concluir que, de haberse continuado con la ejecución del contrato, era probable, factible y razonable que se hubiese facturado al menos \$9.207.355.460 adicionales, tomando como base, además, el comportamiento constante de la demanda del servicio por parte de HUAWEI. De allí que al tomar el “fee” que, de acuerdo con su posición, corresponde al porcentaje de utilidad, se calcula el lucro cesante reclamado en la indemnización.
136. En conclusión, la parte Convocante aspira a que se le indemnice el lucro cesante como rubro indemnizatorio, que corresponde a la utilidad dejada de percibir por el término restante de duración del Contrato. Para ello, como se indicó, realizó una proyección estadística de la facturación durante la ejecución del Contrato y utilizó el “fee” pactado –porcentaje administrativo que en su entendimiento corresponde a la utilidad– para de esta forma calcular la ganancia correspondiente a los diez meses en que el contrato debía seguir ejecutándose y, con esta base, establecer el valor del lucro cesante a cuya indemnización se aspira.

Posición de la Convocada

137. La Convocada en forma oportuna contestó la demanda, tanto inicial como reformada, y propuso las excepciones de “*Inexistencia de Lucro Cesante de Enecon y Limitación de Responsabilidad*”; “*Inexistencia de Intereses Moratorios*”, “*Cobro de lo No Debido a Huawei*” y “*Enriquecimiento Sin Justa Causa de Enecon*”.
138. Estos medios exceptivos se basan, en esencia, en que el lucro cesante cuya indemnización se pretende carece de certidumbre, dado que el margen de utilidad dependía ineludiblemente de la efectiva asignación de órdenes de compra que hiciera HUAWEI en el marco del Contrato, aspecto que no puede mostrarse como un hecho de ocurrencia cierta. En ese sentido, indicó que solamente en caso de requerirlo HUAWEI emitía las órdenes de compra y, por consiguiente, de no mediar ellas, no existiría un reconocimiento económico a favor de ENECON, a lo cual debe agregarse que la primera no estaba obligada a expedir un número mínimo de órdenes de compra, como tampoco uno

aproximado, de donde puede concluirse que acudir a una proyección estadística para determinar un supuesto lucro cesante es errado.

- 139.** En cuanto al “porcentaje administrativo” se afirmó que es igualmente equivocado considerar que dicho rubro equivale a la utilidad esperada por ENECON, dado que ese “fee” en realidad corresponde a la remuneración de los costos de gestión, organización y dirección que están inmersos en la prestación del servicio de mantenimiento, añadiendo que en el Contrato nunca se le garantizó a ENECON la obtención de utilidades, como tampoco exclusividad.

E2. Aspecto de decisión previa: La valoración de la prueba pericial

- 140.** Como asunto que, a juicio del Tribunal, debe abordarse previo a resolver sobre las pretensiones de carácter indemnizatorio es el relacionado con la valoración de la prueba pericial aportada por el extremo Convocante con la reforma de la demanda, dictamen que fue elaborado por la firma COLRENTA S.A.S., el cual, según lo reclamado por la Convocada, no puede ser valorado en este proceso como quiera que el perito que a nombre de dicha firma lo confeccionó, esto es, el Doctor Santiago Julián Pardo Constaín, no hace parte del Registro Abierto de Avaluadores de que trata la Ley 1673 de 2013. De acuerdo con lo señalado por la Convocada, el dictamen no puede ser apreciado en este proceso pues ello implicaría contravenir los artículos 9 y 10 de la Ley 1673 de 2013, normas que sancionan el ejercicio ilegal de la actividad de evaluador por quien no esté inscrito en el mencionado Registro Abierto de Avaluadores.
- 141.** Al respecto, trae a colación el Tribunal que de acuerdo con lo establecido en el artículo 226 del C.G.P., el dictamen pericial debe reunir como mínimo los requisitos contemplados en dicha norma, los cuales tienen como propósito evidenciar la experiencia, idoneidad, profesionalismo, conocimientos, estudios y formación del perito, así como las técnicas, análisis, evaluaciones y experimentos que fueron utilizados para la elaboración del dictamen, al igual que su independencia, objetividad e imparcialidad. Estos requisitos establecidos en la ley procesal no solamente permiten ejercer adecuadamente el derecho de contradicción por la parte contraria a la que aportó el dictamen, sino que permiten al juzgador contar con los elementos necesarios para una adecuada valoración del dictamen.
- 142.** Por su parte, el artículo 232 Ibidem dispone que “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”, norma que resalta la necesidad de evaluar el dictamen tomando en cuenta los fundamentos de la prueba, las explicaciones que brinda el perito, los razonamientos efectuados, los análisis expuestos, la claridad de sus explicaciones, su idoneidad y experiencia, todo lo cual deberá ser apreciado en conjunto con otros medios de prueba y con apoyo en las reglas y postulados de la sana crítica (art. 176 C.G.P).
- 143.** Acerca de esta temática, la jurisprudencia civil, en un asunto en el que, entre otras razones, se cuestionaba en el plano constitucional la valoración dada por

un juez de instancia a un dictamen elaborado por un experto que no se encontraba inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, señaló:

“Se observa, entonces, que a fin de que el dictamen sea dotado de credibilidad, el artículo 226 ibidem ha contemplado, en torno a la idoneidad, los requisitos consagrados en los numerales 3, 4, 5 y 7 del mencionado canon; en punto a la fundamentación los 8, 9 y 10; y respecto de la imparcialidad el 6. Por su parte, las exigencias restantes, obedecen a la identidad del perito en pro de facilitar la eventual etapa de contradicción.

“Con apoyo en lo anterior, el citado precepto más allá de disponer una mera lista de chequeo (inmanente de un sistema rígido de tarifa legal), concibió un listado metodológico que aspira a que en cada caso concreto se estudie el cumplimiento de tales presupuestos a fin de determinar el grado de fiabilidad que se debe asignar al dictamen, pues, a modo de ejemplo, puede acontecer en un proceso la existencia de dos pruebas periciales cuyas conclusiones sean diametralmente opuestas a pesar de satisfacer a cabalidad los requisitos enlistados en el código procesal, caso en el cual, la credibilidad no dependerá de la llana revisión de los requisitos, sino de la «solidez, claridad, exhaustividad, precisión[, (...)]calidad de (...) fundamentos, la idoneidad del perito (...) su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso» (art. 232 del Código General del Proceso).³³

144. Más recientemente se ha señalado:

“En ese escenario, el objetivo de la prueba técnica es llevar al juzgador información y comprensión respecto de asuntos extraños a su área del saber. Debido a su cardinal importancia, se han regulado en detalle las etapas de aducción, contradicción y valoración del dictamen pericial, así como las condiciones legales que debe cumplir para que pueda ser considerado como tal en el proceso y tenga fuerza persuasiva.

Acorde con ello, el estatuto procedimental exige que la prueba técnica cumpla con unos requisitos mínimos que la doten de objetividad y que permitan evaluar su fiabilidad y verosimilitud, como son los

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC7722-2021 del 24 de junio de 2021, rad. 11001-02-03-000-2021-01718-00, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Más recientemente, la Corte señaló sobre esta temática lo siguiente: “Los artículos 22 y 23 de la ley 1673 de 2013 no pueden interpretarse en el sentido que consagran un requisito de licitud del dictamen cuya omisión impone rechazar la prueba pericial, porque esa hermenéutica transgrede el mandato previsto en la parte final del artículo 11 del Código General del Proceso, consistente en que «El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias». En efecto, comoquiera que el juez debe apreciar la «solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia», la integración de una lista es una formalidad innecesaria que no tiene que ver con la idoneidad del perito. En todo caso, el recurrente no apuntó un solo argumento dirigido a sostener que la falta de pertenencia del perito al registro de avaluadores afectó su idoneidad o le restó credibilidad al medio de prueba”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, auto AC5348-2022 del 22 de noviembre de 2022. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

fundamentos de la experticia, la imparcialidad y la idoneidad del experto. Tales elementos deben ser acreditados a través del cumplimiento de las exigencias que, en forma detallada, consagra el artículo 226 ibídem, las cuales deben ser cabalmente verificadas por el juzgador a efectos de otorgar mérito demostrativo al dictamen. En atención a la referida disposición, la experticia debe estar acompañada de específicos documentos que respalden los fundamentos, imparcialidad e idoneidad requeridas; así mismo debe satisfacer los requisitos de claridad, precisión, exhaustividad y detalle de cara a su fuerza demostrativa, y debe plasmar en su contenido las explicaciones de los métodos utilizados y la justificación que, desde la técnica, la ciencia o el arte, sustenta las conclusiones del perito.”³⁴

- 145.** En el presente caso, con apoyo en las normas citadas, el Tribunal estima que el hecho de que el perito Pardo Constáin no se encuentre inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores no constituye obstáculo insalvable para que el dictamen pueda ser valorado, dado que, como bien se dijo, al reunir los requisitos establecidos en el artículo 226 del C.G.P. y contener los razonamientos, explicaciones, análisis y verificaciones a partir de los cuales puedan conocerse los fundamentos del dictamen, así como la idoneidad e imparcialidad del perito, cuenta el Tribunal con todos los elementos para proceder a su valoración.
- 146.** Desde luego, no se trata de desconocer las normas de la Ley 1673 de 2013 y la importancia de las previsiones allí contenidas, sino de darle aplicación a las disposiciones que regulan la prueba pericial en el estatuto procesal civil, en especial, el sistema de sana crítica que rige la valoración de la prueba. Por consiguiente, el Tribunal apreciará la prueba pericial conforme a lo expuesto.

E3. Consideraciones del Tribunal sobre las Pretensiones indemnizatorias

- 147.** Corresponde al Tribunal resolver acerca de la pretensión indemnizatoria formulada por ENECON como consecuencia de la terminación unilateral y abusiva del negocio jurídico materia de este proceso, súplica orientada a que se reconozca el lucro cesante representado en la utilidad dejada de percibir por la Convocante por los diez (10) meses que restaban de ejecución de la relación contractual, esto es, desde el 31 de mayo de 2020 y hasta el 12 de abril de 2021.
- 148.** Es conocido por todos que el daño es el elemento estructural de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, de tal manera que el éxito de toda pretensión indemnizatoria radica en la acreditación de la existencia de un daño real, cierto y efectivamente causado que haga surgir la obligación resarcitoria, así como de su cuantía.
- 149.** Así las cosas, tratándose de juicios en donde se debate una responsabilidad contractual, le corresponde al demandante acreditar (art. 167 del C.G.P.) que como consecuencia de la desatención del vínculo contractual por parte del

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC364-2023 del 9 de octubre de 2023, rad. 05001-31-03-010-2018-00315-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

demandado se generó un daño que sea indemnizable, esto es, una lesión a un interés merecedor de tutela jurídica, de carácter material o inmaterial, efectivamente producida y no simplemente conjetural, hipotética o alejada de la realidad.

150. A este respecto, ha señalado la jurisprudencia civil:

“La existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado, son los elementos que estructuran la responsabilidad contractual.

“Empero, no siempre el incumplimiento contractual conlleva el resarcimiento de perjuicios, porque como desde antaño lo ha sostenido la doctrina de la Corte, “para condenar al pago de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes”.

“Por eso, cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser “directo y cierto” y no meramente “eventual o hipotético”, esto es, que se presente como consecuencia de la “culpa” y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (...).”³⁵

151. En punto de la certeza que debe rodear el lucro cesante, ha enseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que las meras expectativas, hipótesis o elucubraciones no son materia de indemnización. Se lee al respecto:

“Ahora, los perjuicios pueden, con arreglo a ancestral bipartición, encuadrar en la tipología de daño emergente, como en la de lucro cesante, según se refieran, por vía de ejemplo, a la pérdida o deterioro sufrido por un automotor, o a lo que el perjudicado dejó de percibir por el daño de éste, concretamente, merced a la frustración real de una ganancia o provecho, de acuerdo, claro está, con las propias circunstancias de cada situación (art. 1614 C.C.). Tratándose de éste último aspecto, de particular interés en el sub lite, “...la jurisprudencia

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de marzo de 2003, rad. C-6879, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

se orienta sin duda en un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del “lucro cesante” y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido. En otras palabras, toca al demandante darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al Art. 177 del C. de P.C.” (Se subraya, sentencia del 4 de marzo de 1998, exp. 4921).

“Bajo este entendimiento, resulta claro que las meras expectativas no son indemnizables, como bien lo ha expresado reconocida doctrina, según la cual, “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha”.

“La jurisprudencia de la Corporación, de igual forma, ha sido reiterativa sobre este mismo particular. Es así, sólo por vía de ejemplo, como recientemente puntualizó “que la concreción del lucro cesante,..., queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas”, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que “Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable...” (Sentencia del 28 de junio de 2000, exp. 5348)

“Importa destacar, además, que no basta que el perjuicio sea cierto y que, como tal exista o llegue a existir, sino que es indispensable que se acredite en la esfera del proceso, pues, en caso contrario –como se acotó-, afloraría o se evidenciaría su incertidumbre, en tanto y en cuanto en ambos casos –daño eventual o hipotético y daño no acreditado o demostrado- el juez carecería de elementos fidedignos

para comprobar su certeza y proceder a su valuación. Así lo tiene sentado esta Corporación cuando precisó, entre otros fallos, que “Es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto y, en línea de principio, directo, que esté plenamente acreditado, existiendo para ello libertad de medios probatorios” (se subraya, ibídem).”³⁶

152. Establecido lo anterior, el Tribunal retoma las consideraciones generales realizadas al inicio de la parte motiva de esta providencia, para destacar la naturaleza jurídica del negocio objeto de este arbitraje, esto es, del Acuerdo No. FPA1911COL1904130022324490416051 suscrito entre las Partes el 12 de abril de 2019.
153. Al respecto debe destacarse que, como bien se acordó en la Cláusula 2.1, el objeto de dicho vínculo contractual fue el de proveer por parte de ENECON y a favor de HUAWEI “*los servicios para colaborar en el mantenimiento en las redes de telecomunicaciones (...) acorde con lo definido en el SOW*”.
154. Como complemento de lo anterior, destaca el Tribunal lo pactado en el numeral 2.4 del Contrato, en donde con claridad se lee que:

*“(...) el CONTRATISTA manifiesta entender que el objeto de este FPA está sujeto a los requerimientos del CONTRATANTE. Por ende, aún expedidas y aceptadas las PO, siempre que el CONTRATANTE así lo manifieste, las cantidades y/o servicios de las PO pueden variar y/o ser canceladas **sin que esto ocasione ningún tipo de indemnización a favor del CONTRATISTA a cargo del CONTRATANTE, siempre y cuando las modificaciones no afecten la prestación del servicio por parte del CONTRATISTA**”.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

155. Adicionalmente, en el mismo sentido, encuentra el Tribunal que en la Cláusula 3.0 del Contrato, denominada “ALCANCE DEL TRABAJO”, se pactó lo siguiente:

*“Las Partes acuerdan que la cantidad de servicios podrán incrementarse o disminuirse **sin que esto implique el pago de ningún tipo de indemnización o penalización por daños y perjuicios directos, indirectos y/o eventual lucro cesante o demás conceptos**; si la prestación del servicio se aumenta y es de igual naturaleza al servicio prestado podrá incluirse dentro del precio negociado por las partes; si el servicio no está incluido dentro del proceso de vinculación, pero el CONTRATISTA conforme su objeto social está en capacidad de prestarlo, las partes podrán negociar sus condiciones”.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2001, rad. 5502, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

- 156.** Para el Tribunal, las anteriores estipulaciones evidencian que no existía una obligación o una garantía de parte de HUAWEI de expedir órdenes de compra por una cantidad determinada, mínima o aproximada, esto es, que los servicios se prestarían de acuerdo con las necesidades de HUAWEI, de tal suerte que ellos podrían ser solicitados o no por parte de la Convocada, sin que existiera, como se dijo, la obligación de solicitar una cantidad específica de órdenes de compra. A lo anterior debe agregarse que las Partes expresamente señalaron que si la cantidad de servicios disminuía ello no generaría responsabilidad alguna en cabeza de la Convocada y, en tal virtud, ENECON renunció a reclamar indemnización alguna por concepto de lucro cesante en caso de que la aludida disminución se produjera.
- 157.** A no dudarlo, en dicha estipulación negocial encuentra el Tribunal una cláusula de exoneración expresa de responsabilidad de parte de ENECON a favor de HUAWEI en caso de que los servicios objeto del Contrato disminuyeran, exoneración que está acorde con la naturaleza del vínculo contractual, el cual, como ya se indicó, no contenía un número mínimo de servicios y, por ende, no generaba a favor del Contratista una remuneración y utilidad concreta, específica, fija y determinada, dado que ella dependía de las necesidades de HUAWEI, de la expedición de una orden de compra y de su efectiva prestación. Por ello, encuentra el Tribunal, afín con la naturaleza del Contrato, que se haya pactado esa exoneración de responsabilidad en la medida en que era perfectamente previsible para las Partes que se presentara una disminución en los servicios requeridos, de tal suerte que ello no generara derecho alguno a indemnización por lucro cesante.
- 158.** La anterior disposición contractual (Cláusula 3.0) es válida a la luz del ordenamiento jurídico colombiano y tiene pleno valor vinculante conforme a lo establecido en los artículos 16, 1602, 1604 y 1616 del Código Civil, normas que, como se sabe, consagran la obligatoriedad de los pactos negociales, resaltan la importancia de la autonomía negocial privada y de la libertad contractual dentro de los límites de la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres, otorgando a las partes el derecho a regular sus propios intereses, renunciar válidamente a sus derechos de carácter disponible, e incluso a limitar su responsabilidad o exonerarse de ella.
- 159.** Tomando en consideración la validez y eficacia de esta clase de estipulaciones en el derecho privado, no encuentra el Tribunal que esta disposición negocial deba ser desatendida en el presente proceso, esto es, la mencionada cláusula debe ser aplicada y tomada en consideración, máxime si la Parte Convocante no formuló pretensión alguna destinada a restarle valor y efecto y no halla el Tribunal en aquella la condonación de futuro (art. 1522 del Código Civil) para considerar que está afectada por ilicitud en su objeto, ni advierte la presencia de ninguna otra causal que pueda conducir a la declaración oficiosa de su nulidad absoluta. Por ello, para el Tribunal es claro que las Partes acordaron, de manera general y sin ningún tipo de excepción, que si las órdenes de servicio disminuían ello no generaría derecho alguno a indemnización, reparación o compensación económica a favor de ENECON, lo cual, se insiste, está acorde con la naturaleza del vínculo contractual, por lo que debe ser atendida.

160. De manera que el Tribunal advierte que si bien es cierto se produjo una terminación unilateral e injustificada del vínculo contractual, no hubo lugar a la generación, por tal causa, de un daño indemnizable, esto es, de un daño cierto, real y efectivamente ocasionado, puesto que, conforme a las estipulaciones negociales ya reseñadas en la parte motiva de esta providencia, no existía una cantidad determinada, mínima o aproximada de órdenes de compra que HUAWEI debiera expedir en desarrollo del Contrato, hasta el punto que si ellas llegaban a disminuir tal circunstancia no generaría responsabilidad en cabeza del Contratante y, por tal razón, el Contratista renunció a reclamar indemnización alguna por lucro cesante.
161. Refuerza la conclusión del Tribunal el hecho de que las Partes hayan acordado en la Cláusula 5.3 del Contrato que el precio determinado “se utilizará como referencia para constitución de las pólizas requeridas en este acuerdo contractual o sus modificaciones. **Este valor estará sujeto a variaciones en caso de que el volumen de los servicios solicitados aumente o disminuyan (sic) durante la ejecución del contrato**” (negrilla y subraya fuera del texto original). Esta disposición negocial, se encuentra en consonancia con las otras estipulaciones ya indicadas y denota que no existía una remuneración fija y definida a favor de ENECON, precisamente por el hecho de que la cantidad de órdenes de servicios era variable y dependía únicamente de las necesidades que tuviera HUAWEI.
162. En consecuencia, encuentra el Tribunal, en primer término, que no hay lugar a acceder a la pretensión indemnizatoria en virtud de la exoneración de responsabilidad contenida en la Cláusula 3.0 del Contrato, estipulación que, se reitera, es válida y eficaz a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, es coherente con la naturaleza jurídica del Contrato, fue aceptada por la Parte Convocante y, como ya se ha señalado, no se avizoran razones para declarar oficiosamente su invalidez conforme a lo establecido en el artículo 1742 del Código Civil.
163. Ahora bien, aun suponiendo que dicha exoneración de responsabilidad no fuese aplicable, el Tribunal estima, en segundo lugar, que el lucro cesante reclamado no cuenta con la certeza suficiente para considerarse un daño indemnizable dado que, según se indicó, no existía un número mínimo de órdenes de compra que HUAWEI estuviese obligado a expedir a favor de ENECON.
164. A este respecto, en sus alegaciones finales la Parte Convocante expresó que “el lucro cesante, por definición, involucra cierto grado de incertidumbre”, pero ello no es obstáculo para que se ordene su reparación por lo que, en su opinión, se debe “acudir a criterios de probabilidad y razonabilidad proyectados en el marco de la controversia para determinar si, en el curso normal de los acontecimientos, Enecon hubiese percibido las ganancias que invoca le fueron privadas por la terminación unilateral del Contrato”.
165. Sin embargo, considera el Tribunal que la certeza a la que alude la Convocante no está probada en el presente proceso, en primer lugar por cuanto, si bien es cierto que el Contrato se suscribió por un término de dos (2) años y que por la finalización unilateral del vínculo contractual por parte de HUAWEI, quedaron diez (10) períodos mensuales sin ejecutar, esta circunstancia no resulta

suficiente para estimar que a ENECON le asistía el derecho a recibir órdenes de servicio por el período ya indicado y, por ende, percibir remuneración o contraprestación alguna en tal virtud, dado que, como se ha indicado, no existía un número mínimo de órdenes de compra, como tampoco un precio fijo pactado en función de unos servicios que debían ser obligatoriamente prestados en una cantidad determinada. Expresado en otras palabras; no había un derecho cierto o una expectativa razonable de continuar recibiendo órdenes de compra por parte de HUAWEI, por lo que la expectativa de utilidad o ganancia que se reclama no puede considerarse como un daño de carácter cierto.

166. Sobre este punto, debe el Tribunal destacar que, a pesar de que en la Cláusula 7.1.1.5 se pactó que era obligación de HUAWEI *“Suministrar el Forecast estimado mensual al contratista al inicio del proyecto y revisarlo mensualmente durante los 5 primeros días indicando la cantidad de actividades aproximadas a realizar”*, de dicha estipulación no puede desprenderse la obligación en cabeza de HUAWEI de expedir un número mínimo de órdenes de compra, como lo ha expresado la Convocante. Obsérvese que dicha disposición contractual debe analizarse y entenderse en consonancia con las demás estipulaciones ya mencionadas, como lo ordena el artículo 1622 del Código Civil, de manera que la hermenéutica de dicha disposición apunta a que solamente cuando HUAWEI requiriera de servicios en un determinado período mensual, así debería indicarlo al principio de dicho período a ENECON, destacándose en este punto que, como bien se lee en la Cláusula, se trataba en todo caso de un pronóstico *“estimado”* y no fijo, determinado o previamente establecido.
167. Ahora bien, el hecho de que en el expediente esté probado que entre el mes de agosto de 2019 y junio de 2020 se haya producido una facturación en ejecución del Contrato por valor de DIEZ MIL MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL NOVENTA Y UN PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$10.128.091.007), no puede tomarse como base para suponer razonablemente que a partir de esa fecha y durante los diez (10) meses restantes de ejecución contractual se produciría una facturación igual o similar, esto es, que se iba a presentar la misma o parecida cantidad de órdenes de compra, dado que, se insiste, el Contrato no lo preveía y HUAWEI hubiese podido reducirlas, minimizarlas, o, incluso eliminarlas, conforme a sus necesidades.
168. Por esta razón, el Tribunal no comparte las conclusiones que sobre el particular aparecen incorporadas en el dictamen pericial elaborado por la firma COLRENTA S.A.S. y aportado por la Parte Convocante como prueba de su reclamación, puesto que el perito, a efectos de calcular el lucro cesante, adoptó, en primer lugar, el método que denominó *“proyección estadística de la facturación”*, según el cual, desde *“la perspectiva estadística y contable”*, identificó once (11) períodos de facturación durante la ejecución del Contrato, lo cual le permitió *“estimar una facturación promedio mes”* a partir de ese método considerado *“estadísticamente razonable”*.
169. En segundo lugar, acudió el perito COLRENTA S.A.S. al método que denominó *“facturación limitada a valor contractual”*, el cual tomó como base el valor total del Contrato y lo comparó con la facturación efectivamente producida durante la ejecución del Contrato, para concluir el valor restante, esto es, lo que quedó sin facturar y a partir de allí determinar el lucro cesante.

170. Como se anunció, no comparte el Tribunal la metodología utilizada por el perito. No se cuestiona la razonabilidad financiera y contable de dicha metodología, sino que ella no está acorde con la realidad del vínculo contractual materia de este proceso, esto es, parte de la base de que la facturación iba a seguir presentándose durante los diez (10) meses restantes de ejecución sin variación alguna, a pesar de que ello no estaba contractualmente acordado. Se resalta que en este punto, como bien lo indica el perito, se partió de la base de un panorama estadísticamente razonable, esto es, en el dictamen pericial se supuso que la facturación sería estable a pesar de que ello no concuerda con las estipulaciones del Contrato, en donde quedó claro que las órdenes de compra dependerían de que HUAWEI tuviese necesidades para tal efecto, de donde es fácil concluir que durante esos diez (10) meses faltantes no había obligación de seguir expidiendo órdenes de compra, por lo que los ingresos en este punto resultan ser hipotéticos.
171. Igual consideración debe realizarse en lo que toca con el método denominado de “*facturación limitada a valor contractual*”, el cual tomó como punto de partida el precio contractualmente fijado, sin parar mientes en que el precio establecido simplemente se usó como referencia para el otorgamiento de las pólizas exigidas, esto es, no se trató de la fijación de una remuneración o contraprestación por los servicios que debían obligatoriamente suministrarse por parte de ENECON, de manera que el lucro cesante calculado con esa base, igualmente, carece de la certeza necesaria para ser indemnizable.
172. Como tercer argumento para denegar el reconocimiento del lucro cesante deprecado por la convocante, el Tribunal considera que no existen elementos de convicción que permitan concluir que el “fee” del 13.5% corresponda al porcentaje de utilidad que ENECON derivaría del Contrato. En este aspecto el Tribunal, igualmente, se aparta de la conclusión expresada por el perito COLRENTA S.A.S. en punto de la determinación del porcentaje de utilidad. De la lectura del dictamen pericial se desprende que para el perito en el Contrato se pactó una utilidad del 13.5% del costo del servicio, que fue lo que las Partes denominaron como “porcentaje administrativo” (administrative fee). Al respecto, indicó el perito:

“De acuerdo con lo establecido en el Contrato, Enecon tenía derecho a facturar un porcentaje administrativo (Administrative Fee) sobre el costo de cada servicio. El numeral 17.10 del Contrato definió el porcentaje administrativo en el 13.5% del costo del servicio. Por otro lado, la cláusula 5 del Contrato hace referencia a que los precios pactados corresponden a los incluidos dentro del BoQ o lista de precios y especifica en la cláusula 5.2. que "En estos precios están incluidos todos los costos involucrados...". Adicionalmente, la cláusula 17.12 establece que la aceptación por parte del Contratante de las cantidades facturadas, seguirá "el modelo de costo de servicio final + porcentaje administrativo". De esta manera, el Porcentaje Administrativo corresponde a la utilidad que percibía Enecon derivado del Contrato”.

173. Revisado el texto del Contrato, en efecto, se advierte que en la Cláusula 17.10 las Partes acordaron que al costo del servicio se le aplicaría un porcentaje administrativo del 13.5%, sin especificar a qué corresponde dicho rubro, esto es, sin definir qué se estaba remunerando con tal porcentaje. Igual consideración aparece en la Cláusula 5.2, como se ve a continuación, en la cual solamente se menciona el “fee” o “porcentaje administrativo” sin indicar a qué corresponde tal concepto:

“Que en virtud de este Contrato, El CONTRATANTE se ha obligado a asumir todos los costos de los Servicios ejecutados por el CONTRATISTA, los cuales serán facturados mensualmente, más un fee determinado para cada uno de los Servicios, acorde con el BOQ establecido, sin perjuicio de los costos adicionales y/o variaciones del BOQ que se generen durante la ejecución del Contrato y que deberán ser asumidos por el CONTRATANTE, estando sujetos a SU aprobación previa.”

174. En consecuencia, no existe en el Contrato una clara consagración de que el 13.5% de “fee” o “porcentaje administrativo” corresponda a la utilidad pactada a favor de ENECON. Revisados los documentos que integran la relación contractual no se encuentra la expresa referencia a que el citado porcentaje equivalga a la utilidad, ganancia o rentabilidad que recibiría ENECON por la prestación de los servicios. De hecho, en la cláusula 5.0. del Contrato –ya citada– se estableció que en los precios “están incluidos todos los costos involucrados de los proyectos, incluyendo, pero no limitado a los seguros, seguridad social, y demás”. Se insiste que en la misma estipulación se indicó que “El Contratante se ha obligado a asumir todos los costos de los servicios ejecutados por el Contratista, los cuales serán facturados mensualmente, más un fee determinado para cada uno de los Servicios, acorde con el BOQ establecido”, pero sin hacer mención expresa a que dicho porcentaje sería la utilidad, luego no puede el Tribunal asumirla.

175. En el dictamen pericial elaborado por COLRENTA S.A.S. se asume que el mencionado “fee” corresponde a la utilidad pactada. Así se lee en la página 12 del dictamen:

“De acuerdo con lo establecido en el Contrato, Enecon tenía derecho a facturar un porcentaje administrativo (Administrative Fee) sobre el costo de cada servicio. El numeral 17.10 del Contrato definió el porcentaje administrativo en el 13.5% del costo del servicio. Por otro lado, la cláusula 5 del Contrato hace referencia a que los precios pactados corresponden a los incluidos dentro del BoQ o lista de precios y especifica en la cláusula 5.2. que “En estos precios están incluidos todos los costos involucrados...”. Adicionalmente, la cláusula 17.12 establece que la aceptación por parte del Contratante de las cantidades facturadas, seguirá “el modelo de costo de servicio final + porcentaje administrativo”. De esta manera, el Porcentaje Administrativo corresponde a la utilidad que percibía Enecon derivado del Contrato.”

176. Sin embargo, el perito no expuso cuáles fueron los raciocinios, análisis y explicaciones que lo llevaron a determinar que el mencionado porcentaje administrativo correspondiera a la utilidad pactada, pues, se insiste, el perito se basó en las disposiciones contractuales, pero estas no señalaron ni definieron expresamente a cuánto ascendía la utilidad y, mucho menos, que el 13.5% hubiese sido acordado o previsto como aquella. Obsérvese que el perito se limitó en el texto de su dictamen a hacer referencia a dichas estipulaciones y luego de ello concluyó que "(...) el Porcentaje Administrativo corresponde a la utilidad que percibía Enecon derivado del Contrato", sin ofrecer mayores explicaciones al respecto, por lo que el Tribunal no encuentra bases para acoger dicha conclusión.
177. A este propósito es pertinente traer a colación que en la audiencia de contradicción de que trata el artículo 228 del C.G.P. se indagó al perito COLRENTA S.A.S. acerca de los fundamentos de su conclusión sobre este particular tópico. Dijo el perito:

*“PREGUNTADO: Gracias. En esa misma página 12 de su dictamen concluye: “De esta manera, el porcentaje administrativo corresponde a la utilidad que percibía ENECON derivado del contrato”. ¿Cómo obtiene esa conclusión? CONTESTÓ: Cuando hicimos la revisión de los registros contables de ENECON, voy a introducir un principio contable que es el principio de causalidad, y es: todo ingreso debe estar correlacionado con un costo o gasto, o todo costo o gasto tener una correlación con un ingreso. **Cuando hicimos la revisión de la contabilidad de ENECON, el ingreso del 13.5% no tenía correlacionado ninguna causación de costo o gasto. Por ende, era un ingreso sin deducciones, que bajo la definición financiera es una utilidad.** Y eso concuerda con lo definido contractualmente, en donde el contrato marco establecía que ese precio unitario establecido en el Bill of quantities, contenía todos los costos involucrados para la prestación de ese servicio. Entonces esas fueron las dos aristas que revisamos del tema, **en donde contractualmente veíamos que estaba establecido y concebido como una utilidad, y en la contabilidad de ENECON, se veía también reflejado que era una utilidad sin ningún costo o gasto asociado.** PREGUNTADO: Gracias. Ahí me quiero detener un poco, y es que usted afirma que contractualmente estaba definido como utilidad. ¿De dónde obtiene esa conclusión? CONTESTÓ: Perdón lo corrijo, doctor León, **yo no he dicho que contractualmente estaba definido como una utilidad; estoy diciendo que contractualmente estaba definido que ese precio contenía todos los costos.** Yo derivó de eso que si todos los costos están involucrados acá y mi ingreso queda acá, y por ende ya todos quedaron involucrados acá, pues ya no tengo costos acá; yo con mi experiencia financiera concluyo que esto es una utilidad. PREGUNTADO: ¿Y en donde estaban los costos fijos que utilizaba ENECON para operar? CONTESTÓ: ¿Se refiere a lo que es conocido como “overhead”? PREGUNTADO: Sí. CONTESTÓ: Contador, gerente, todo eso. ENECON hacía una distribución, un prorrateo, y lo asignaba al centro de costos, y lo incluía como un costo o gasto que después lo facturaba. PREGUNTADO: ¿Que después lo*

facturaba o no facturaba? CONTESTÓ: Esta parte no fue en el alcance de la auditoría, porque no revisamos el detalle de cada uno de los costos y gastos que comprendía el precio unitario. Pero lo que entendimos a lo largo del trabajo, era que ENECON ya los había tenido en cuenta para establecer el precio unitario. PREGUNTADO: O sea, tomaron de base que el precio unitario incluía todos esos costos; ustedes no lo revisaron. CONTESTÓ: Correcto. PREGUNTADO: Gracias.” (Negritas para resaltar).

178. Como se observa, el perito asumió que el mencionado 13.5% correspondía a la utilidad sin que ello tuviese expresa consagración en el texto del Contrato, por lo que su conclusión se basó en que dicho porcentaje no estaba asociado a ningún costo o gasto, pero ello no es suficiente para darle soporte a dicha conclusión, ya que no existe ningún elemento de juicio que con claridad establezca que la utilidad pactada correspondía a dicho porcentaje.
179. En este sentido, el Tribunal encuentra razonables y ajustadas a lo pactado en el Contrato, las conclusiones incorporadas en el dictamen de contradicción elaborado por FACTA CONSULTORES, aportado por HUAWEI, según las cuales el perito COLRENTA S.A.S. debió realizar un estudio o análisis de la estructura de costos que involucra cada servicio para determinar de esta forma en cada caso concreto el porcentaje de utilidad, pero no asumir que siempre y en todos los casos dicha utilidad correspondía al 13.5%. Dijo FACTA CONSULTORES:

“El dictamen presentado se equivoca al asumir que la comisión administrativa corresponde a la utilidad en sí misma, cuando en realidad debió analizar la estructura de costos que conforma dicho porcentaje. De acuerdo a las aclaraciones brindadas por Huawei, el porcentaje de comisión administrativo corresponde al pago por concepto del uso de plataforma de operación del contratista, los gastos de gerencia del contrato y puede también en algunos casos incluir una fracción que reconoce una utilidad general.

“Así, por definición, es un precio de los servicios administrativos, que al igual que en el caso anterior, requiere de un análisis pormenorizado en el cual se identifiquen los costos y gastos, se proceda a clasificarlos, para identificar aquellos de carácter incremental o evitable, para de esa manera llegar a la utilidad intrínseca en dicho precio.

“En suma, la estimación del lucro cesante en el presente caso no consistiría en proyectar o estimar a cuánto asciende el porcentaje de administración como lo muestra el dictamen, puesto que dicho porcentaje no corresponde a la utilidad, sino que requiere analizar las fuentes de ingreso por la prestación de los servicios contratados, identificar los costos y posteriormente calcular la utilidad. En este caso, se podrían identificar al menos dos fuentes de ingresos y, por ende, de utilidades, una de ellas implícita en los precios del anexo BoQ y otra, en los servicios administrativos que involucra la gerencia y uso de la plataforma por la prestación de los servicios.”

180. Esa conclusión fue reiterada en la audiencia de contradicción, en donde FACTA CONSULTORES resaltó la necesidad de realizar un análisis pormenorizado de la estructura de costos con miras a determinar en cada caso concreto el porcentaje de utilidad, pero no asumir, en forma general, que el 13.5% siempre y en todos los casos equivalía a ese concepto. En esa audiencia se expresó sobre el particular:

*“PREGUNTADA: Perfecto. Tatiana, una vez se analiza esta contabilidad y no se encuentra ningún costo asociado en el centro de costos a ese fee administrativo, ¿sería ello una utilidad, o no? CONTESTÓ: Podría ser; del análisis de la contabilidad, podría ocurrir, en el que yo no tengo ningún costo; no es usual, pero en el que yo no tengo ningún costo administrativo, ni de gerencia total, ni calculó imprevistos, ni contabilidad refleja, de manera exacta; la única utilidad derivada del contrato era esa, podría ocurrir que fuera un valor similar. No es usual, pero podría ocurrir. PREGUNTADA: Perfecto. Tatiana, obviamente limitando mi pregunta a su entendimiento y conocimiento del contrato; si en el contrato se establece que en los precios del BOQ están incluidos todos los costos involucrados, y en el centro de costos del contrato no hay ningún costo asociado al fee, a mí me gustaría entender usted qué alcance le daría o puntualmente para usted cuál sería entonces la naturaleza de ese fee. Si, reitero, todos los costos del contrato están incluidos en los precios del BOQ, y no hay ningún costo asociado en el centro de costos al fee, ¿cuál sería entonces la naturaleza del fee? CONTESTÓ: Dependería del caso. De hecho, sería bastante extraño que no existiera ningún costo por ejemplo fijo, porque usualmente este tipo de contratos, o todos los contratos, tienen muchos costos variables, claro, en los que yo incurro solamente se ejecutó el servicio, y otros costos de los que no me puedo evadir, por su naturaleza de ser fijos, por ejemplo un arriendo o este tipo de cosas. Entonces cuando yo calculo una estimación de perjuicios a futuro, y busco calcular la utilidad, esos costos fijos los suelo mantener como daño emergente. Entonces en ese sentido me parecería muy extraño que la utilidad estimada fuera exactamente el mismo porcentaje, porque, como te digo, los costos comunes tienden a ser fijos; yo no puedo prescindir del arriendo de la oficina en la que gestiono toda la labor comercial de los contratos. En esa medida en que hay un costo fijo indirecto asociado a la prestación de los servicios, eso yo lo cargo como lucro cesante. Entonces no es usual lo que me estás diciendo de: “yo asigné todos los costos al precio y no tengo utilidad del precio; por lo tanto, todos mis costos comunes están asignados allí sin utilidad, y me queda libre todo el porcentaje de administración”. No es usual, por lo que te digo, porque existen costos fijos que implicarían un lucro cesante, y porque lo común es que el precio cargue contablemente los costos variables del proyecto. **Habría que revisar el caso para ver si uno pudiera llegar a determinar, a partir del análisis contable, que el 100% del costo del porcentaje de administración puede ser considerado utilidad; podría casualmente darse ese escenario, pero no es usual por, como te digo, la incidencia que tienen los costos comunes al***

calcular el lucro cesante, que tienden a convertirse en una adicional del lucro cesante; son en particular un daño emergente.” (Negrillas fuera del texto original)

181. Lo expresado a este propósito guarda simetría con las consideraciones que al respecto ha efectuado la jurisprudencia civil en punto de la determinación del lucro cesante y la necesidad de realizar un análisis de costos en la medida en que estos afectan los ingresos y, por ende, la determinación de la utilidad en un caso determinado. Ha señalado la Corte:

“En ese orden de ideas, las ganancias de un ejercicio están determinadas por todas las transacciones correspondientes a los ingresos generados, menos los costos y gastos causados en un período determinado. Y, justamente, en ese sentido, ese es el lucro cesante a indemnizar.

(...)

Quiérese significar, entonces, que de los ingresos brutos resultantes de la venta de bienes o servicios debe descontarse, entre otros aspectos (como el valor de las devoluciones, rebajas o descuentos concedidos), el monto de los costos y gastos operacionales de administración y ventas, sin olvidar los impuestos a que hay lugar. Por consiguiente, la utilidad de una operación económica se establece a partir de la fijación de los ingresos que reporta, a los que hay que deducir el costo de enajenación y los diversos gastos en los que incurre quien la realiza.”³⁷

182. Así las cosas, para el Tribunal no existe ningún elemento de juicio a partir del cual se pueda concluir con certeza que el 13.5% de “fee”, sobre el que se calculó el lucro cesante, corresponda a la utilidad pactada, circunstancia que incrementa la incertidumbre del perjuicio reclamado y, por ende, se constituye en razón más que suficiente para denegar las súplicas indemnizatorias.
183. Todas las anteriores consideraciones conducen al Tribunal a denegar las pretensiones indemnizatorias, puesto que (i) las partes acordaron que en caso de reducción de las órdenes de compra no habría lugar a reclamación alguna por lucro cesante, estipulación que es válida y se encuentra en consonancia con el objeto del negocio jurídico celebrado, de donde se sigue que no había un derecho o expectativa legítima a generar un mínimo o un promedio de facturación; (ii) las órdenes de compra no eran fijas ni su cantidad estaba pactada en forma precisa, por lo que no es razonable asumir estadísticamente que durante los diez meses restantes de ejecución del contrato se iban a seguir presentando en la misma proporción que venía presentándose, luego el lucro cesante reclamado no se muestra como un daño cierto o, incluso, como un detrimento “*altamente probable*”³⁸ según una sucesión normal u ordinaria de

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de noviembre de 2008, rad. 70001 3103 004 1999 00403 01, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 055 de 24 de junio de 2008, exp. 2000-01141-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

acontecimientos; y, (iii) el porcentaje de utilidad tomado para calcular el lucro cesante, correspondiente al 13.5% del “fee” administrativo no encuentra soporte contractual, esto es, en el contrato base de este litigio no se acordó que dicho porcentaje correspondiera a la utilidad, por lo que el cálculo del lucro cesante reclamado no se acompasa con lo acordado por las partes.

184. Puestas las cosas de este modo, el Tribunal declarará probadas las excepciones denominadas “7. *INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL*” y “8. *INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE DE ENECON Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD*”, medios exceptivos que agrupan las razones tendientes a restarle certeza al daño y al lucro cesante reclamado, razones que acoge el Tribunal y, por ende, denegará la indemnización reclamada. Como quiera que estas excepciones conducen a denegar la totalidad de las pretensiones indemnizatorias, no se hará pronunciamiento alguno sobre las demás excepciones formuladas en esta materia, esto es, los denominados “9. *INEXISTENCIA DE INTERESES MORATORIOS*”, “10. *COBRO DE LO NO DEBIDO A HUAWEI*” y “11. *ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE ENECON*”.

F. Conducta procesal de las partes

185. De conformidad con lo establecido en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal considera que las partes y los apoderados procuraron sustentar sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso, de lo cual no se pueden deducir comportamientos temerarios o reprochables que permitan derivar alguna consecuencia procesal distinta a la valoración del material probatorio.

G. Del juramento estimatorio

186. Si bien el Tribunal declaró probada la pretensión primera principal, no sucedió lo mismo con las pretensiones consecuenciales de condena, sobre las cuales versó el juramento estimatorio, por lo que no resulta necesario ocuparse de la objeción formulada en la respuesta a la reforma a la demanda.
187. Además de lo anterior, el Tribunal no encuentra ligereza en la estimación de la cuantía de las pretensiones de la demanda reformada y menos advierte fraude, colusión, falta de diligencia o cuidado en la actuación de la parte convocante o de su apoderado, quien, no sobra advertir, desarrolló con ética y eficiencia sus labores profesionales. Por estas sucintas razones, no procedería la imposición de la sanción consagrada en el artículo 206 del C.G.P., posición que ha sido sustentada por la Corte Constitucional en las Sentencia C-157 de 2013, y C-279 y C-332 de 2013.

H. Gastos y costas del proceso

188. Teniendo en cuenta la prosperidad parcial de la demanda, en particular, el éxito de la primera pretensión principal, de conformidad con lo dispuesto con el numeral 5 del artículo 365 C.G.P., el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas en este proceso, incluyendo las agencias en derecho. Como se sabe, dicha disposición establece que cuando las pretensiones prosperan parcialmente, como

ocurre en este asunto, el Tribunal puede imponer condena en costas o abstenerse de ello. Como quiera que la pretensión tendiente a declarar como injusta o abusiva la terminación unilateral del Contrato prosperó, no se impondrá condena en costas.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y en ejercicio de la competencia deferida por las partes, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre **ENECON S.A.S.**, como parte convocante, y **HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**, como parte convocada,

RESUELVE

PRIMERO. - Declarar que no prosperan las excepciones de mérito propuestas por **HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.** denominadas “1. LA FACULTAD UNILATERAL DE TERMINAR EL ACUERDO MARCO DE COMPRA ES LEGÍTIMA”, “2. INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO EN LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA”, “3. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL ACUERDO MARCO DE COMPRA FUE CONFORME A LO PACTADO – PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS”, “4. ENECON NO PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIA CULPA – NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS”, “5. EL INCUMPLIMIENTO DE ENECON FUE SUSTANCIAL – ENECON ACTUÓ DE MANERA NEGLIGENTE Y CON MALA FE” y “6. CUMPLIMIENTO Y BUENA FE DE HUAWEI EN LA EJECUCIÓN DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES”, conforme a las precisas consideraciones incorporadas en este Laudo.

SEGUNDO. - Declarar que **HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**, ejerció de manera abusiva la facultad de terminación unilateral pactada en la cláusula 11.2 del Acuerdo de Compra para Frame Bidding No. FPA1911COL1904130022324490416051, celebrado con **ENECON S.A.S.**, de acuerdo con las consideraciones contenidas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - Declarar que prosperan las excepciones de “7. INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL” y “8. INEXISTENCIA DE LUCRO CESANTE DE ENECON Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD”, de acuerdo con las precisas razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO. - Denegar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. - Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

SEXTO. - Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y del secretario, para lo cual el presidente del Tribunal hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

SÉPTIMO. - Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos del Proceso”.

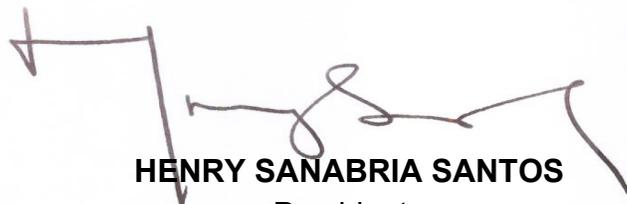
Radicado 2022 A 0034

OCTAVO. - Se ordena la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

NOVENO. - Disponer que, en firme ésta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

DÉCIMO. - Sin costas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este laudo.

Los árbitros,



HENRY SANABRIA SANTOS
Presidente

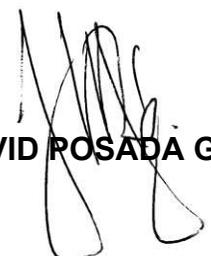


ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ



RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ

El Secretario,



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ

CONSTANCIA SECRETARIAL Y NOTA DE AUTENTICACIÓN

El Secretario deja constancia que los precedentes 75 folios, son fiel copia del laudo proferido el 29 de noviembre de 2023, en el Proceso Arbitral promovido por **ENECON S.A.S.** en contra de **HUAWEI TECHNOLOGIES MANAGED SERVICE COLOMBIA S.A.S.**, con radicado **2022 A 0034**; es copia auténtica y se destina para las partes del proceso.

Medellín, noviembre 29 de 2023.



JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario