

**TRIBUNAL ARBITRAL**

**UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S. (hoy CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S.), COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S**

*Convocante*  
*(Demandante inicial y Demandada en Reconvención)*

**CONTRA**

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

*Convocada*  
*(Demandada inicial y Demandante en Reconvención)*

**Radicación 2022 A 0016**

**LAUDO ARBITRAL**

## ÍNDICE

<b>I – PARTES, REPRESENTANTES, AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.....</b>	<b>4</b>
<b>II – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO .....</b>	<b>6</b>
<b>A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral.....</b>	<b>6</b>
<b>B. Instalación del Tribunal Arbitral .....</b>	<b>7</b>
<b>C. Admisión de la demanda, su contestación, la demanda de reconvencción y su contestación.....</b>	<b>7</b>
<b>D. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal .....</b>	<b>8</b>
<b>E. Primera Audiencia de Trámite .....</b>	<b>8</b>
<b>F. Práctica de las Pruebas .....</b>	<b>9</b>
<b>G. Alegatos Finales.....</b>	<b>12</b>
<b>H. Término de duración del Proceso .....</b>	<b>13</b>
<b>III - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA.....</b>	<b>13</b>
<b>A. La demanda arbitral inicial.....</b>	<b>13</b>
<b>B. La contestación de la demanda inicial.....</b>	<b>15</b>
<b>C. La demanda de reconvencción.....</b>	<b>15</b>
<b>D. La contestación de la demanda arbitral en reconvencción .....</b>	<b>17</b>
<b>IV – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....</b>	<b>17</b>
<b>A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES .....</b>	<b>17</b>
<b>B. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DICTÁMENES DE PARTE.....</b>	<b>23</b>
B.1. Sobre el dictamen de parte allegado por la Convocante.....	25
B.2. Sobre los dictámenes de parte allegados por la Convocada .....	27
B.2.1. Dictamen anunciado en la contestación de la demanda inicial.....	27
B.2.2. Dictamen anunciado en la demanda de reconvencción.....	34
<b>C. LAS TACHAS DE LOS TESTIGOS FORMULADAS POR LA CONVOCANTE.....</b>	<b>37</b>
<b>D. HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997 .....</b>	<b>40</b>
<b>E. LA NATURALEZA DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997 .....</b>	<b>44</b>
E.1. El establecimiento de la Alianza .....	44
E.2. Posición de las partes .....	46
E.3. Consideraciones del Tribunal sobre la naturaleza del Acuerdo No. 1 y los criterios de integración e interpretación aplicables.....	48
<b>F. LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997 FASES 1 Y 2..</b>	<b>53</b>
F.1. Posición de las partes.....	53
F.2. Consideraciones del Tribunal .....	57
F.2.1. La terminación del Acuerdo No. 1 y presupuestos para la determinación de los costos a cargo de EMCALI asociados a su liquidación .....	58
F.2.2. Retiro de los activos de EMCALI (Pretensión Primera de la Demanda) .....	62
F.2.3. Análisis de la excepción de abuso de posición dominante planteada por la Convocada y de la pretensión primera de la demanda de reconvencción .....	65
F.2.3.1. El abuso de la posición dominante invocado por EMCALI en la contestación de la demanda inicial y en la demanda de reconvencción .....	65
F.2.3.2. Posición de la parte Convocante y Demandada en Reconvencción sobre el supuesto abuso de posición dominante alegado por EMCALI .....	67
F.2.3.3. Posición de la Agente del Ministerio Público .....	68
F.2.3.3. Consideraciones del Tribunal sobre las alegaciones de abuso de posición dominante .....	68

F.2.3.4. Conclusión sobre las alegaciones de abuso de posición dominante ....	88
F.2.4. La liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 01 de 1997 (Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda).....	89
F.2.4.1. Costos por concepto del contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto .....	93
F.2.4.2. La sustitución del cable OPGW por cable de guarda convencional.....	95
F.2.4.3. Costos de: (i) desmonte de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos a bodega para disposición final, y (ii) arrendamiento de bodega estimado en un periodo de 6 meses para disposición final de activos	102
F.2.4.4. Costos de demolición de las casetas y disposición final de escombros para entrega de predios en subestaciones .....	104
F.2.4.5. Liquidación de los derechos y obligaciones de EMCALI a la terminación del Acuerdo No. 1 .....	105
F.3. Conclusión sobre las pretensiones de la demanda inicial .....	108
F.4. Conclusión sobre las pretensiones de la demanda de reconvención.....	109
G. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES .....	110
H. JURAMENTO ESTIMATORIO .....	110
I. COSTAS .....	112
J. HONORARIOS Y GASTOS PARA REEMBOLSAR Y SUS INTERESES.....	113
V – DECISIÓN .....	114
A. Sobre las pretensiones de la demanda inicial y las excepciones propuestas en su contestación.....	114
B. Sobre las pretensiones de la demanda en reconvención y las excepciones propuestas en su contestación .....	115
C. Sobre los juramentos estimatorios:.....	116
D. Sobre las costas del proceso .....	116
E. Sobre el reembolso de honorarios.....	116
F. Sobre los aspectos administrativos.....	116

## LAUDO ARBITRAL

Veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros **ANDREA ATUESTA ORTIZ (PRESIDENTE)**, **MARÍA ISABEL VANEGAS ARIAS** y **PABLO REY VALLEJO**, con la secretaría de **MATEO POSADA ARANGO**, profiere el presente Laudo Arbitral que pone fin a la actuación procesal surtida entre **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.**, **INTERNEXA S.A. E.S.P.**, **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, **COMCEL S.A.**, **CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S. (hoy CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S.)**, **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C.** y **COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S.**, como parte Convocante, y las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P.**, como parte Convocada.

El presente Laudo Arbitral se profiere en derecho y dentro del término establecido para el efecto por la Ley.

### I – PARTES, REPRESENTANTES, AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

1. Las Partes son personas jurídicas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:
  - 1.1. **Parte Convocante**, La parte Convocante (en adelante, la “Convocante”, la “Demandante”, la “Convocada en Reconvencción” o la “Demandada en Reconvencción”) está integrada por las siguientes sociedades:
    - 1.1.1. **UNE E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A** (en adelante “UNE EPM”), sociedad identificada con N.I.T. 900092385 – 9, domiciliada en Medellín y registrada bajo matrícula mercantil No. 21-365172-04 de la Cámara de Comercio de Medellín, representada legalmente por Carolina Bernal Charotti.
    - 1.1.2. **INTERNEXA S.A.** (en adelante “INTERNEXA”), sociedad identificada con N.I.T. 811.021.654-9, domiciliada en Medellín y registrada bajo matrícula mercantil No. 21-262934-4 de la Cámara de Comercio de Medellín, representada legalmente por Jaime Alberto Peláez Espinosa.
    - 1.1.3. **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** (en adelante “ETB”), sociedad identificada con N.I.T. 899.999.115-8, domiciliada en Bogotá y registrada bajo matrícula mercantil No. 839784 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por Andrea Ximena López Laverde.
    - 1.1.4. **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante “COMCEL”), sociedad identificada con N.I.T. 800.153.993 – 7, domiciliada en Bogotá y

registrada bajo matrícula mercantil No. 487585 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por Hilda María Pardo Hasche.

- 1.1.5. CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S (en adelante “CENTURYLINK”), sociedad identificada con N.I.T. 800.136.835-1, domiciliada en Bogotá y registrada bajo matrícula mercantil No. 464163 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por Luis Carlos Guerrero Pino, que en agosto de 2022 cambió su denominación o razón social de CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S. a CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S. (en adelante CIRION).
- 1.1.6. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. (en adelante “COLOMBIA TELECOMUNICACIONES”), sociedad identificada con N.I.T. 830.122.566-1, domiciliada en Bogotá y registrada bajo matrícula mercantil No. 1283300 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por Nohora Beatriz Torres Triana.
- 1.1.7. COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S., (en adelante “COLUMBUS NETWORKS”) sociedad identificada con N.I.T. 830.078.515-8, domiciliada en Bogotá y registrada bajo matrícula mercantil No. 1048546 de la Cámara de Comercio de Bogotá, representada legalmente por William Orlando Ramírez Cobo.

## 1.2. **Parte Convocada:**

- 1.2.1. EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P. (en adelante “EMCALI”), Empresa Industrial y Comercial del Estado identificada con N.I.T.: 890.399.003-4, constituida mediante Acuerdo 14 del 26 de diciembre de 1996 del Concejo Municipal de Santiago de Cali, domiciliada en Cali, y representada legalmente por Fulvio Leonardo Soto Rubiano.
2. En ejercicio del derecho de postulación procesal, actúan en representación de la Convocante y la Convocada sus correspondientes apoderados judiciales, de conformidad con los poderes especiales que constan en el expediente digital MASCinfo en los archivos 5 y 1, respectivamente. El Tribunal reconoció personería al apoderado de la Convocante mediante Auto N° 1 de 3 de octubre de 2022 y al apoderado de la Convocada mediante Auto N° 5 de 21 de noviembre de 2022. Finalmente, el 31 de enero de 2024 el apoderado de la Convocante presentó renuncia a los poderes otorgados por CIRION (antes CENTURYLINK) y ETB, renuncia que fue tramitada conforme a lo establecido en el artículo 76 del Código General del Proceso.
3. Para intervenir en el presente trámite en calidad de Ministerio Público, fue designada la abogada Olga Lucía Jaramillo Giraldo, Procuradora 31 Judicial II para Asuntos Administrativos.

4. Mediante escrito dirigido por la Convocante al Tribunal del 6 de junio de 2023 (ver archivo N° 131 del expediente digital MASCinfo), se aportó una certificación de revisoría fiscal sobre la participación accionaria de la sociedad convocante INTERNEXA. Revisada esta certificación, el Tribunal advirtió que INTERNEXA contaba con una participación del 99.49% de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P., empresa esta última que según consta en esta certificación tiene un 54.31% de capital estatal. Por lo anterior, el Tribunal concluyó que en este proceso arbitral podrían estar involucrados “*intereses litigiosos de la Nación*”, en los términos del artículo 2° del Decreto Ley 4085 de 2011. Así las cosas, aunque mediante comunicación radicada el 6 de mayo de 2022 (ver archivo N° 16 del expediente digital MASCinfo) el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia informó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante “ANDJE”) sobre la presentación de la demanda, y mediante comunicaciones del 22 de junio de 2022 (ver archivo N° 29 del expediente digital MASCinfo) y del 16 de septiembre de 2022 (ver archivo N° 42 del expediente digital MASCinfo) le informó sobre la fecha en que tuvo lugar la audiencia de instalación en los términos de los artículos 12 y 49 de la Ley 1563 de 2012, atendiendo lo previsto en inciso quinto del artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, y considerando la información que allegó la Convocante al proceso de manera sobreviniente al trámite adelantado, mediante Auto N° 29 de 14 de junio de 2023 el Tribunal ordenó remitir electrónicamente el auto admisorio de la demanda inicial y de reconvenición, en conjunto con las demandas y sus anexos, al buzón de correo electrónico de la ANDJE, advirtiendo que estas comunicaciones no generan la vinculación de la ANDJE como sujeto procesal, sin perjuicio de la facultad de intervención prevista en el artículo 610 de la Ley 1564 de 2012. En cumplimiento de esta orden, el 21 de junio de 2023 se remitió la información mencionada a la ANDJE (ver archivos N° 144 y 145 del expediente digital MASCinfo), sin que hasta la fecha se haya recibido algún pronunciamiento de esta entidad. De conformidad con el citado artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, de este laudo se remitirá copia a la ANDJE.

## II – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

### A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral

5. El 3 de abril de 2022 la Convocante presentó la demanda arbitral en contra de la Convocada.
6. Las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Acuerdo No. 1 de 1997 (en adelante el “Acuerdo No. 1” o el “Acuerdo”), cuyo objeto era: “*ejecutar un proyecto cuyo objeto es el montaje de un cable de fibra óptica soportado en las líneas de transmisión de energía eléctrica de alta tensión de propiedad de ISA y de otras empresas del Sector Eléctrico.*”
7. En la cláusula 34 del Acuerdo No. 1 consta el siguiente pacto arbitral:

*“34. Las Partes convienen en someter las diferencias que surjan en torno a la eficacia, ejecución, interpretación, modificación o terminación del presente Acuerdo, a un Tribunal de Arbitramento que estará integrado por tres (3) árbitros y que funcionará teniendo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín y fallará en derecho. A falta de acuerdo entre las Partes, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín. No obstante, si las diferencias surgidas tienen el carácter de técnicas, las Partes convienen en someterlas a un Tribunal de Arbitramento Técnico, que funcionará teniendo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros expertos en la materia, los cuales serán designados por la Cámara de Comercio de Medellín, de las listas de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de esta entidad.*

*Parágrafo: Previamente a los procesos arbitrales estipulados en este numeral, las Partes convienen en buscar la solución de cualquier controversia por medio de un amigable componedor, que será designado por las Partes y propondrá fórmulas en aras a lograr una solución al conflicto. Si transcurridos veinte (20) días calendario desde el momento en que se presentaron las fórmulas de solución, las Partes no llegan a un acuerdo, el conflicto será solucionado a través del proceso arbitral.”*

8. Las partes designaron de común acuerdo como árbitros a Andrea Atuesta Ortiz y María Isabel Vanegas Arias, quienes aceptaron oportunamente la designación y dieron cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012. Para elegir el tercer árbitro las partes pidieron al Centro un sorteo de las listas previamente conformadas entre las partes, sorteo del cual resultó elegido Daniel Peña Valenzuela, quien no aceptó su nombramiento por estar impedido para hacerlo, y, por lo tanto, quedó designado como el primer suplente, Pablo Rey Vallejo, quien oportunamente aceptó la designación y dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

## **B. Instalación del Tribunal Arbitral**

9. El Tribunal se instaló en Audiencia celebrada el 3 de octubre de 2022. En esta audiencia se designó como Secretario a Mateo Posada Arango, quien, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, tomó posteriormente posesión de su cargo ante el Tribunal. Así mismo, en esta providencia se fijó como lugar de funcionamiento el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, sin perjuicio del funcionamiento del Tribunal mediante el uso de las tecnologías de la comunicación y la información.

## **C. Admisión de la demanda, su contestación, la demanda de reconvenición y su contestación**

10. Mediante Auto N° 1 de 3 de octubre de 2022 el Tribunal admitió la demanda y corrió traslado de esta a la Convocada y el Ministerio Público.

11. El 31 de octubre de 2022 la Convocada contestó en tiempo la demanda, formuló excepciones de mérito, no objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas. También en esa oportunidad, la Convocada presentó una demanda en reconvención.
12. Mediante Auto N° 5 de 8 de noviembre de 2022 el Tribunal inadmitió la demanda en reconvención y otorgó 5 días para subsanar los defectos advertidos.
13. El 17 de noviembre de 2022 la parte Convocada subsanó la demanda en reconvención.
14. Mediante Auto N° 6 de 21 de noviembre de 2022 el Tribunal admitió la demanda en reconvención y corrió traslado de esta a la Convocante y el Ministerio Público.
15. El 21 de diciembre de 2022 la parte Convocante contestó en tiempo la demanda en reconvención, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas.
16. Mediante Auto N° 8 de 23 de diciembre de 2022 el Tribunal: (i) corrió traslado a la Convocante de las excepciones formuladas por la Convocada en la contestación a la demanda inicial, y (ii) corrió traslado a la Convocada de las excepciones y la objeción al juramento formuladas en la contestación a la demanda de reconvención.
17. El 26 de diciembre de 2022 la Convocante se pronunció sobre las excepciones de mérito formuladas, mientras que la Convocada lo hizo el 30 de diciembre de 2022, pronunciándose además sobre la objeción al juramento estimatorio.

#### **D. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios y gastos del Tribunal**

18. En audiencia celebrada el 22 de febrero de 2023, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del Tribunal (Auto N° 13).
19. La parte Convocante dentro de la oportunidad legal consignó el 50% de los honorarios y gastos que le correspondía pagar, y, posteriormente, consignó el 50% restante, dado que la parte Convocada no hizo oportunamente el pago a su cargo.
20. Mediante Auto N° 15 de 23 de marzo de 2023, el Tribunal resolvió tener por consignados oportunamente los honorarios y gastos del Tribunal por la Convocante.

#### **E. Primera Audiencia de Trámite**

21. Mediante Auto N° 17 de 23 de marzo de 2023, el Tribunal fijó fecha para la realización de la Primera Audiencia de Trámite.

22. El 8 de mayo de 2023 fue celebrada la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal, previo control de legalidad, asumió competencia para conocer y resolver en derecho: (i) las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda inicial y su contestación y (ii) las controversias de que dan cuenta la demanda de reconvención y su contestación salvo la pretensión tercera y la referencia a la pretensión tercera que se hace en la pretensión cuarta (Auto N° 23 de 8 de mayo de 2023 – Acta N° 11). Considerando la ausencia de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvención, se ajustaron los honorarios fijados en el Auto No. 13 del 22 de febrero de 2023, y se ordenó el reintegro correspondiente a la Convocante (Auto N° 23 de 8 de mayo de 2023 – Acta N° 11).
23. Frente al Auto N° 23 la parte Convocante formuló un recurso de reposición parcial, específicamente frente a la decisión del Tribunal de asumir competencia sobre la pretensión primera de la demanda de reconvención y consecuenciales. Por su parte, la Convocada interpuso recurso de reposición ante la decisión del Tribunal de declararse incompetente para conocer de la pretensión tercera y la referencia a la pretensión tercera que se hace en la pretensión cuarta. Ambos recursos versaron sobre la decisión de competencia relacionada con la demanda de reconvención. Respecto de la decisión de competencia de la demanda inicial, no se presentó recurso alguno.
24. Surtido el traslado de los recursos de reposición presentados frente al auto de competencia, mediante un segundo Auto N° 23 de 8 de mayo de 2023, proferido también en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal decidió no reponer la providencia recurrida.
25. En esta misma audiencia, el Tribunal decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las Partes (Auto N° 24 de 8 de mayo de 2023 – Acta N° 11) sin que se interpusiera algún recurso frente a esta decisión.
26. La Primera Audiencia de Trámite finalizó el 8 de mayo de 2023.

## **F. Práctica de las Pruebas**

27. Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

### **F.1. Documentales:**

28. Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna:
  - (i) Las aportadas por la Convocante junto con: a) la demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital MASCinfo en los archivos 9 a 11; y b) la contestación a la demanda de reconvención las cuales obran en el expediente digital MASCinfo en los archivos 76 y 77.

- (ii) Las aportadas por la Convocada junto con: a) la contestación a la demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 62 y 70; y b) la demanda de reconvención las cuales obran en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 62 y 71.

## **F.2. Interrogatorio y declaración de parte**

29. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 28 de mayo de 2023 (Acta N° 16) se recibieron las declaraciones e interrogatorios de parte de los representantes legales de: (i) CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S, (ii) COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C, (iii) COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S., y (iv) COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital MASCIinfo en los archivos 167 a 173 y 175, con la advertencia de que la transcripción no sustituye la grabación, que constituye el registro de la declaración practicada.

## **F.4. Informe escrito bajo juramento (artículo 195 del C.G.P.):**

30. El 9 de junio de 2023 el Gerente General de EMCALI, Fulvio Leonardo Soto Rubiano, radicó el informe escrito bajo juramento decretado, el cual se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 30 de 14 de junio de 2023. En el término del traslado, la Convocante solicitó su complementación, la cual fue decretada, y rendida el 27 de julio de 2023. Estos documentos obran en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 134, 135 y 156.
31. El 17 de julio de 2023 el Vicepresidente de Tecnología de la ETB, Efraín Martínez Monroy, radicó el informe escrito bajo juramento decretado, el cual se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 33 de 21 de julio de 2023. En el término del traslado no se hizo solicitud adicional alguna. Este documento obra en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 148 y 149.
32. El 18 de julio de 2023 la representante legal de UNE EPM, Janeth Aida Martín Herrera, radicó el informe escrito bajo juramento decretado, el cual se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 33 de 21 de julio de 2023. En el término del traslado no se hizo solicitud adicional alguna. Este documento obra en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 150 y 151.
33. El 18 de julio de 2023 el representante legal de INTERNEXA, Arbey Gómez Urbano, radicó el informe escrito bajo juramento decretado, el cual se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 33 de 21 de julio de 2023. En el término del traslado no se hizo solicitud adicional alguna. Este documento obra en el expediente digital MASCIinfo en los archivos 152 y 153.

## **F.4. Testimonios**

34. Los testimonios decretados se recibieron en las siguientes audiencias de pruebas:
- (i) El 26 de mayo de 2023 se recibió el testimonio de Carlos Alberto Grajales Rendón (Acta N° 11). La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital MASInfo en el archivo 146.
  - (ii) El 28 de mayo de 2023 se recibió el testimonio de Libardo Sánchez Agredo (Acta N° 16). La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital MASInfo en el archivo 176.
  - (iii) El 8 de agosto de 2023 se recibieron los testimonios de Eugenio Castro, Jenifer Andrea Guerrero Mosquera, Reinaldo Henao Barberi y Salvador Rodríguez (Acta N° 17). La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital MASInfo en los archivos 174, 181, 179, 180, respectivamente.
  - (iv) El 11 de agosto de 2023 se recibieron los testimonios de Walter Zambrano y Ramiro Alberto Torres Muñoz, Reinaldo Henao Barberi y Salvador Rodríguez (Acta N° 17). La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente digital MASInfo en los archivos 182 y 183, respectivamente.
35. Frente a todas las transcripciones se advirtió que ellas no sustituyen la grabación de las audiencias que constituye el registro de la declaración practicada.
36. La Convocante desistió de los testimonios de Natalia Aguirre Naranjo y Cesar Lasprilla, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal (Auto N° 35 de 28 de mayo de 2023 – Acta N° 16 y Auto N° 36 de 8 de agosto de 2023 – Acta N° 17).
37. La Convocada desistió del testimonio del representante Legal de Pirelli Cables and Systems – Colombia Office, Comercial Electromecánica Ltda., desistimiento que fue aceptado por el Tribunal (Auto N° 37 de 11 de agosto de 2023 – Acta N° 17)

#### **F.5. Dictámenes Periciales**

38. Las partes allegaron los siguientes dictámenes periciales:

##### **Dictamen allegado por la Convocante:**

39. El 26 de diciembre de 2022 la Convocante aportó el dictamen pericial rendido por Guillermo Orozco Pardo, luego de haberlo anunciado en la demanda y que se concediera un término para aportarlo mediante Auto N° 3 de 3 de octubre de 2022 (Acta N° 1). Una vez aportado se puso en conocimiento mediante Auto N° 9 de 10 de enero de 2023 (Acta N° 6) y la parte Convocada solicitó su contradicción en

audiencia. Este dictamen obra en el expediente digital MASCIInfo en los archivos 80 a 82.

40. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 30 de agosto de 2023 (Acta N° 18) se practicó la contradicción del dictamen rendido por Guillermo Orozco Pardo. La grabación y la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente digital MASCIInfo en el archivo 184, con la advertencia de que la transcripción no sustituye la grabación, que constituye el registro de la declaración practicada.

#### **Dictámenes allegados por la Convocada:**

41. El 16 de febrero de 2023 la Convocada aportó 2 dictámenes periciales rendidos por Rodolfo Ruiz Camargo, luego de haberlos anunciado en la contestación a la demanda inicial y en la demanda en reconvenición, y que se concediera un término para aportarlos mediante Auto N° 7 de 21 de noviembre de 2022 (Acta N° 4). Una vez aportados se pusieron en conocimiento mediante Auto N° 14 de 22 de febrero de 2023 (Acta N° 8) y la parte Convocante solicitó su contradicción en audiencia. Estos dictámenes obran en el expediente digital MASCIInfo en los archivos 90 a 93 y 95.
42. En audiencia de pruebas llevada a cabo el 30 de agosto de 2023 (Acta N° 18) se practicó la contradicción de los dos dictámenes periciales rendidos por Rodolfo Ruiz Camargo. La grabación y la transcripción de esta declaración se incorporó al expediente digital MASCIInfo en el archivo 185, con la advertencia de que la transcripción no sustituye la grabación, que constituye el registro de la declaración practicada.

#### **F.6. Prueba por informe**

43. El 19 de mayo de 2023 la Convocante remitió el manual de funciones que estableció el marco de los deberes del Comité Ejecutivo de la Alianza, prueba por informe decretada por solicitud de la Convocante. Este documento obra en el expediente digital MASCIInfo en los archivos 124 a 126. Esta respuesta se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 26 de 26 de mayo de 2023 (Acta N° 11).
44. El 27 de julio de 2023 LUMEN CIRYUS, hoy CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S., remitió la certificación solicitada. Este documento obra en el expediente digital MASCIInfo en el archivo 155. Esta respuesta se puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante Auto N° 34 de 28 de mayo de 2023 (Acta N° 16).

#### **G. Alegatos Finales**

45. Mediante providencia del 30 de agosto de 2023, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la

Audiencia de Alegatos de Conclusión (Auto N° 41 - Acta 18), la cual fue modificada mediante providencias de 18 de octubre y 1 de noviembre de 2023 (Autos N° 42 y 43, respectivamente).

46. El 8 de noviembre de 2023 se surtió la Audiencia de Alegatos de Conclusión, actuación ésta en la que los apoderados de las Partes y el Ministerio Público formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron la versión escrita de los mismos. En esta misma Audiencia el Tribunal fijó la fecha para la lectura de la parte resolutive del Laudo.

#### H. Término de duración del Proceso

47. El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses y su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el 8 de mayo de 2023.
48. A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, deben adicionarse los ciento doce (112) días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud de las partes, como se precisa a continuación:

AUTO	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto No. 26	Entre el 1° y el 8 de junio de 2023	6
Auto No. 35	Entre 3 y 8 de agosto de 2023	3
Auto No. 36	Entre el 12 y el 29 de agosto de 2023	11
Auto No. 41	Entre el 31 de agosto y el 17 de octubre de 2023	33
Auto No. 42	Entre el 2 de octubre y el 2 de noviembre de 2023	9
Auto No. 45	Entre el 9 de noviembre de 2023 y 24 de enero de 2024	50
	<b>TOTAL DE DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS</b>	112

49. En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende hasta el 24 de abril de 2024.
50. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

### III - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

#### A. La demanda arbitral inicial

51. La Convocante formuló las siguientes pretensiones en su demanda arbitral:

*“PRIMERO. Como consecuencia de la terminación del Acuerdo No. 1 el 27 de enero de 2020, ordenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. el retiro de sus activos asociados a la*

*operación del Acuerdo No. 1 de los espacios donde se ejecutaba el “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, ubicados en las siguientes locaciones:*

Caseta	Espacios ocupados	Ubicación <sup>43</sup>
	por EMCALI	
Caseta WBP	1 espacio No. 6 y 10% espacio No. 5.	Cra. 69 No. 25B-44 - Sótano -3 - Ed. World Business Port – WBP – Bogotá D.C.
Caseta Purnio	Espacio No. 3.	Kilómetro 8 vía Dorada-Honda o Bogotá; al llegar al río Purnio se voltea la derecha 4 Km.
Caseta San Carlos	Espacio No. 19	Municipio San Carlos, Corregimiento El Jordán vereda Juanes Carretera La Holanda – Pto. Nare.
Caseta Miraflores	1 espacio No. 16 y 10% espacio No. 12	Calle 49 No.9B-95,Via Santa Elena - Barrio Miraflores – Medellín.
Caseta La Virginia	Espacio No. 12	Entrada 6 carretera Pereira-Cerrito contiguo a vivero Pavas Parcelación Malabar Km. 7.
Caseta Yumbo	Espacio No. 12	Carretera antigua Cali-Yumbo Km 7. Yumbo - Valle 1 Km. Antes de la Glorieta Cencar.
Caseta San Bernardino	2 espacios No. 15 y No. 16	Vereda San Bernardino Via al Bosque Popayán, Cauca.
Caseta El Bote	2 espacios No. 45 y No. 47	Vía a Palermo Km 1 Neiva – Huila.
Caseta Ibagué	Espacio No. 16.	Km 2 Via a vereda Aparco Ibagué - Tolima

*SEGUNDO. Declarar que EMCALI E.I.C.E. E.S.P. se encuentra obligada al pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431).*

*TERCERO. Liquidar los derechos y obligaciones de EMCALI E.I.C.E E.S.P. en el Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” condenando a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431) por concepto de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2.*

*CUARTO. Que se ordene la actualización e indexación de las sumas de dinero contempladas en las pretensiones primera, segunda y tercera la cual debe calcularse desde el momento en el cual se hicieron exigibles, hasta su pago efectivo.*

*QUINTO. Que se condene a pagar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P las costas del proceso y agencias en derecho de conformidad con lo previsto en los artículos 361 a 366 del Código General del Proceso”.*

52. Los 62 hechos que sustentan las pretensiones y a los que se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión, se relataron pormenorizadamente en la

demanda que se encuentra en expediente digital MASInfo en el archivo 5, y fueron clasificados por la Convocante conforme a la siguiente estructura temática:

- a. Acuerdo No. 1 y reglamentación para la operación del “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza.
- b. Fases 1 y 2.
- c. Administración de recursos, suscripción del MOU y Acuerdo No. 10.
- d. Decisión de EMCALI de no participar en el Proyecto Nueva Alianza 2020-2040.
- e. Terminación e inicio de gestiones para la liquidación del Proyecto Alianza Fases 1 y 2.
- f. Informe ejecutivo de liquidación del “Proyecto Red De Fibra Óptica Alianza Fases 1 y 2”.
- g. Comunicaciones posteriores al informe de liquidación de julio de 2020.
- h. Ocupación actual de espacios donde operaba el Proyecto Alianza Fases 1 y 2.

## **B. La contestación de la demanda inicial**

53. La Convocada dio oportuna contestación a la demanda inicial, pronunciándose sobre los hechos y pretensiones, solicitando pruebas y formulando las siguientes excepciones:

1. *FALTA DE JURISDICCIÓN.*
2. *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INCONGRUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN CON EL ACUERDO 01 DE 1997.*
3. *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR DEFECTO NORMATIVO-SUSTANTIVO EN LA LIQUIDACIÓN.*
4. *OBJETO ILÍCITO.*
5. *ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.*
6. *FALTA DE COMPETENCIA.*
7. *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.*
8. *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.*
9. *EXCEPCIÓN INNOMINADA.*

## **C. La demanda de reconvencción**

54. La Convocada formuló las siguientes pretensiones en su demanda en reconvencción:

*“PRIMERO: Declarar que las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. se encuentran obligadas al pago de los costos asociados a las intervenciones con abuso de la posición dominante en el marco del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORREINTE COLOMBIANA, ( \$4.000.000.000).*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración a anterior y de las conductas constitutivas de abuso de la posición dominante ORDENAR A las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. el pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORREINTE COLOMBIANA, ( \$4.000.000.000).*

*TERCERO. Liquidar los derechos y obligaciones de las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. por concepto de arriendo y mantenimiento del uso de la infraestructura de Emcali, servicio que se presta desde el año 2021 y 2022 por una suma \$1.533.653.506. Este valor es por el contrato de arriendo de la infraestructura que la alianza utiliza por las redes aéreas y canalizadas propiedad de Emcali.*

*CUARTO. Que se ordene la actualización e indexación de las sumas de dinero contempladas en las pretensiones primera, segunda y tercera la cual debe calcularse desde el momento en el cual se hicieron exigibles, hasta su pago efectivo.*

*QUINTO. Que se condene a pagar a las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S., las costas del proceso y agencias en derecho de conformidad con lo previsto en los artículos 361 a 366 del Código General del Proceso.”*

55. El Tribunal no asumió competencia para emitir un pronunciamiento sobre la pretensión tercera y la referencia a la pretensión tercera que se hace en la pretensión cuarta (Auto N° 23 de 8 de mayo de 2023 – Acta N° 11).
56. Los 38 hechos que sustentan las pretensiones y a los que se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión se relataron pormenorizadamente en la

demanda en reconvención que se encuentra expediente digital MASCinfo en los archivos 60 y 68.

#### **D. La contestación de la demanda arbitral en reconvención**

57. La Convocante dio oportuna contestación a la demanda en reconvención, pronunciándose sobre los hechos y pretensiones, solicitando pruebas y formulando las siguientes excepciones:

1. *Imprecisión y falta de claridad de la pretensión primera y consecuenciales – Incumplimiento del numeral 4o del artículo 82 del Código General del Proceso.*
2. *Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda de reconvención y consecuenciales.*
3. *Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvención y consecuenciales.*
4. *Incongruencia e indeterminación de la pretensión segunda consecencial.*
5. *Incongruencia de los valores expresados en las pretensiones primera, segunda y tercera con los relacionados en el juramento estimatorio – Incumplimiento Núm. 7 – Art. 82 del Código General del Proceso.*
6. *La responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI, exclusivamente.*
7. *Ausencia de abuso de la posición dominante.*
8. *Falta de prueba de los valores expresados en las pretensiones – Falta de determinación de los perjuicios.*

### **IV – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES**

58. Del recuento realizado en acápites anteriores se desprende que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que, de acuerdo con la ley, pueda invalidar en todo o en parte la actuación surtida y que, por no haber sido saneado, le imponga al Tribunal el deber de darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso.

59. Adicionalmente, el Tribunal se instaló en debida forma, decretó y practicó las pruebas decretadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, y en

los términos expuestos en el acápite anterior, el Tribunal se encuentra dentro del término establecido en la ley para proferir la presente decisión.

60. Cabe agregar que, durante las etapas procesales correspondientes, el Tribunal realizó los respectivos controles de legalidad y ninguna de las partes hizo manifestación alguna al respecto.
61. En relación con los presupuestos procesales, el Tribunal advierte que estos se encuentran reunidos.
62. Como lo advirtió el Tribunal cuando determinó la admisión de la demanda inicial y la de la demanda de reconvención subsanada, tanto la demanda inicial como la demanda de reconvención fueron presentados en debida forma, con observancia de los requisitos establecidos en la ley.
63. En relación con este presupuesto procesal, la Demandada en Reconvención al formular la excepción primera denominada *“Imprecisión y falta de claridad de la pretensión primera y consecuentes – incumplimiento del numeral 4º del artículo 82 del Código General del Proceso”*, ha discutido la aptitud de la demanda de reconvención, específicamente de la pretensión primera. Argumenta la Convocante y Demandada en Reconvención que la pretensión primera de la demanda de reconvención no cumple con el requisito de ser precisa y clara, pues no especifica los costos que pretende sean reconocidos ni concreta las intervenciones de abuso de posición dominante objeto de declaratoria por el Tribunal. Al respecto, considera el Tribunal que esta excepción no está llamada a prosperar, pues como lo establece el artículo 42 del Código General del Proceso (numeral 5º), el juez debe interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. En este sentido, aunque en la pretensión primera de la demanda de reconvención no se precisan *“las intervenciones con abuso de posición dominante”*, al interpretar esta pretensión en conjunto con los hechos, observa el Tribunal que la pretensión no adolece del defecto aducido. A partir del análisis de los hechos y de la demanda de reconvención en su integridad, es claro para el Tribunal cuáles son las circunstancias y hechos que considera constitutivos del abuso de posición dominante alegadas por la Demandante en Reconvención y los reconocimientos pretendidos, lo cual será objeto de pronunciamiento más adelante en este Laudo.
64. Adicionalmente, en relación con la aptitud de la demanda, la Demandada en Reconvención planteó la excepción que denominó *“Incongruencia de los valores expresados en las pretensiones primera, segunda y tercera con los relacionados en el juramento estimatorio – Incumplimiento Núm. 7 – Art. 82 del Código General del Proceso”*. Con respecto a esta excepción observa el Tribunal que lo que aquí plantea la Demandada en Reconvención es un cuestionamiento sobre el cumplimiento del requisito previsto en el numeral séptimo del artículo 82 del Código General del Proceso, que establece que entre los requisitos que debe reunir la demanda con la que se promueva el proceso se encuentra *“el juramento estimatorio”*. Como concluyó el Tribunal al admitir la demanda de reconvención en

los términos en que fue subsanada, mediante providencia - Auto N° 6 de 21 de noviembre de 2022 - que no fue objeto de recurso alguno, la demanda de reconvencción fue presentada en debida forma, y se incluyó el juramento estimatorio, que es el requisito de forma que exige el artículo 82. En efecto se hizo la estimación de los reconocimientos pretendidos, discriminando cada uno de los conceptos en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso. En consecuencia, no encuentra el Tribunal que se haya incumplido con lo previsto en el numeral 7° del artículo 82 del Código General del Proceso, y en este sentido la excepción que se analiza no está llamada a prosperar.

65. Sobre el presupuesto procesal de capacidad para ser parte, se observa que tanto las sociedades integrantes de la parte Convocante como la parte Convocada han demostrado su existencia y representación legal.
66. En la contestación de la demanda, EMCALI planteó la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, fundamentada en que EMCALI manifestó su voluntad de no pertenecer en la Nueva Alianza. Adicionalmente formuló la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por activa”*, la cual sustentó en que las demandantes están exigiendo una liquidación judicial con base en hechos ajenos al Acuerdo 1 de 1997, esto es con base en las expectativas de la Nueva Alianza.
67. La jurisprudencia ha entendido la legitimación en la causa por activa o pasiva *“como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial”*<sup>1</sup>. Examinadas las controversias que se plantean en la demanda advierte el Tribunal que aunque es cierto que la Convocada manifestó su voluntad de no pertenecer en la Nueva Alianza, este hecho no implica que exista una falta de legitimación en la causa por activa o pasiva. Las pretensiones de la demanda, como lo determinó el Tribunal al pronunciarse sobre su propia competencia en Auto No. 23 del 9 de mayo de 2023, se circunscriben a la ejecución, terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997, del cual son parte las sociedades demandantes – considerando las cesiones efectuadas y las fusiones y escisiones de las empresas suscriptoras del Acuerdo 01- y EMCALI. Como dispuso el Tribunal en la referida providencia: *“las pretensiones de la demanda están dirigidas a que: (i) se ordene el retiro de los activos de la Convocada asociados a la operación del Acuerdo No. 1; (ii) el pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1; (iii) la liquidación de los derechos y obligaciones de la Convocada en el Acuerdo No. 1; y (iv) la consecuente actualización e indexación; asuntos estos referidos al Acuerdo No. 1 y no a la “Nueva Alianza”*. En este sentido, tanto las sociedades que integran la parte Convocante como la sociedad Convocada, como sujetos de la relación jurídico

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de agosto de 2012, Rad. No. 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP). Véase también Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de julio de 2015, Rad. No. 47001-23-31-000-2015-00032-01(ACU), en la que se dice: *“(…) La legitimación en la causa puede ser activa, cuando se refiere a la capacidad que tiene una persona para demandar; o pasiva cuando tiene que ver con la capacidad para comparecer como demandado...”*.

sustancial que se debate en este proceso en torno al Acuerdo No. 1 de 1997, tienen legitimación en la causa por activa y pasiva.

68. Como concluyó el Tribunal en la primera audiencia de trámite al pronunciarse sobre su propia competencia, providencia que en relación con la competencia asumida por el Tribunal para conocer las controversias derivadas de la demanda inicial no fue recurrida por las partes, las pretensiones de la demanda no están dirigidas a controvertir la relación jurídico sustancial surgida con ocasión de la Nueva Alianza.
69. En estos términos encuentra el Tribunal que las partes son titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en este trámite arbitral, que es la relacionada con la terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997, pueden disponer libremente de sus derechos, y han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales, quienes otorgaron poder a sus apoderados judiciales, como se relató en los antecedentes de este Laudo.
70. Finalmente, respecto del presupuesto procesal de competencia, son del caso las siguientes consideraciones.
71. En relación con la demanda inicial, la parte Convocada formuló la excepción de *“falta de jurisdicción”* y la de *“falta de competencia”*. La primera la sustentó en el hecho de que en el pacto arbitral, las partes establecieron que, previamente al proceso arbitral, *“las partes convinieron en buscar la solución de cualquier controversia por medio de un AMIGABLE COMPONEDOR”*. Respecto del segundo medio exceptivo, la Convocada manifestó que en *“la situación jurídica que se ha creado con la Nueva Alianza no existe cláusula compromisoria alguna, razón por la cual es el juez civil el que debe conocer de este asunto porque los hechos base de la demanda y la pretendida obligación de pago que se imputa a EMCALI corresponden a situaciones posteriores a la vigencia del acuerdo 01 de 1997”*.
72. Como se expuso en los antecedentes de este Laudo, en providencia del 8 de mayo de 2023 (Auto 23), en relación con las controversias planteadas en la demanda inicial, el Tribunal resolvió en el numeral primero *“DECLARAR que este Tribunal es competente para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda inicial y su contestación”*, decisión que no fue objeto de recurso alguno.
73. Tras analizar y valorar las pruebas practicadas, el Tribunal concluye que no se demostró en el curso del proceso la existencia de algún otro elemento, hecho o circunstancia que pueda llevar a una conclusión distinta a la expresada al asumir competencia para conocer las controversias derivadas de la demanda inicial. En este sentido, reitera el Tribunal lo expresado en el Auto 23:

*“10.2.2.3. (...) Sobre este particular observa el Tribunal que, aunque en el parágrafo del pacto arbitral se contempla una etapa previa en la que las partes convienen buscar una solución a las controversias por medio de un amigable componedor, esta*

*etapa no puede tenerse como obligatoria, pues el artículo 13 del CGP es claro en el sentido de establecer que:*

*“(…) Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda.*

*Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.*

*10.2.2.4. Adicionalmente advierte el Tribunal que de forma previa a la convocatoria de este trámite arbitral las partes surtieron una etapa de arreglo directo, como consta en las diferentes comunicaciones que fueron allegadas con la demanda. En este aspecto resulta diciente el Acta de Reunión – “Revisión Términos de la Liquidación del Proyecto Alianza Red de Fibra Óptica Fases 1 y 2” – del 27 de noviembre de 2020 citada en el hecho 53 de la demanda, reunión a la que asistió el Gerente General de EMCALI y el Liquidador de la Alianza Fases 1 y 2 de IC Asesorías y Proyectos, y en la que en las conclusiones de la reunión se dice: “4. Se entiende culminada la fase de negociación directa y EMCALI queda a expensas de la activación de los mecanismos jurídico – contractuales para resolver el conflicto. (Tribunal de arbitramento)”.*

*(…)*

*10.2.2.6. Sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que surtido el debate probatorio corresponda hacer en el laudo arbitral, en relación con este planteamiento, examinada de forma integral la demanda, encuentra el Tribunal que las controversias sometidas a su conocimiento se circunscriben a la ejecución, interpretación y terminación del Acuerdo No. 1 de 1997, aspectos comprendidos dentro del alcance del pacto arbitral invocado que expresamente determina que las diferencias que surjan entre las partes “en torno a la eficacia, ejecución, interpretación, modificación o terminación del presente Acuerdo” se someten al conocimiento de un Tribunal de Arbitraje. En efecto, las pretensiones de la demanda están dirigidas a que: (i) se ordene el retiro de los activos de la Convocada asociados a la operación del Acuerdo No. 1; (ii) el pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1; (iii) la liquidación de los derechos y obligaciones de la Convocada en el Acuerdo No. 1; y (iv) la consecuente actualización e indexación; asuntos estos referidos al Acuerdo No. 1 y no a la “Nueva Alianza”.*

*10.2.2.7. En este sentido, considerando que las diferencias planteadas en la demanda y su contestación se encuentran comprendidas dentro del alcance del pacto arbitral invocado, sin que pueda aducirse la convocatoria previa de un amigable componedor como requisito obligatorio en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del CGP, este Tribunal de Arbitraje es competente para el conocimiento de estas controversias.”*

74. Por las razones expuestas, la referencia que se hace en el pacto arbitral a la amigable composición no puede entenderse como un requisito de procedibilidad, y es claro para el Tribunal que las pretensiones de la demanda están circunscritas a dirimir controversias derivadas de la ejecución y terminación del Acuerdo No. 1 que contiene el pacto arbitral invocado, y no se pretende que el Tribunal se pronuncie sobre aspectos ajenos a este Contrato.
75. En cuanto a la competencia del Tribunal para resolver las controversias planteadas en la demanda de reconvencción, en la primera audiencia de trámite, el Tribunal resolvió en el numeral segundo del Auto 23 del 8 de mayo de 2023: *“DECLARAR que este Tribunal es competente para conocer y resolver en derecho, las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda de reconvencción y su contestación salvo la pretensión tercera y la referencia a la pretensión tercera que se hace en la pretensión cuarta, con las precisiones efectuadas en la parte motiva de esta providencia”*. Esta decisión fue recurrida por la parte Convocante en lo que respecta a la decisión del Tribunal de asumir competencia para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda de reconvencción, y por la parte Convocada en relación con la decisión del Tribunal de declararse no competente para conocer la pretensión tercera. En providencia del 8 de mayo de 2023, el Tribunal resolvió no reponer la providencia mediante la cual asumió la competencia. En consecuencia, en este Laudo, el Tribunal se pronunciará únicamente sobre las pretensiones de la demanda de reconvencción respecto de las que asumió competencia, a saber, las pretensiones primera, segunda, cuarta (excluyendo la referencia que en esta se hace a la pretensión tercera) y quinta, sin emitir pronunciamiento alguno respecto a la pretensión tercera ni sobre la excepción de falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvencción presentada por la Demandada en Reconvencción.
76. La Demandada en Reconvencción formuló la excepción que denominó *“Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda de reconvencción y consecuentes”*, en tanto considera que esta pretensión excede el pacto arbitral, pues en su concepto se pretende un pronunciamiento sobre un hecho posterior a la terminación del Acuerdo No. 1 de 1997 y que no guarda relación con las obligaciones derivadas del mismo. Resalta que la pretensión se refiere *“a una intervención ordenada por ISA INTERCOLOMBIA y realizada con cargo a los aportes del Proyecto Nueva Alianza 2020-2040, lo cual es ajeno al pacto arbitral que enmarca la presente controversia”*.
77. En cuanto a esta excepción, el Tribunal reafirma su competencia, reiterando lo expresado en el Auto 23 del 8 de mayo de 2023. En dicha providencia se estableció que, aunque algunos de los fundamentos fácticos de la demanda de reconvencción se refieren a hechos ocurridos después del 27 de enero de 2020, fecha de terminación del Acuerdo No. 1 de 2023, en el contexto del pacto arbitral contenido en el Acuerdo No. 1 de 1997, el Tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre los aspectos relativos a la ejecución, terminación y liquidación

del Acuerdo No. 1 de 1997. Es en este marco que se planteó la pretensión primera de la demanda de reconvencción, que a la letra dice: *“Declarar que las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. se encuentran obligadas al pago de los costos asociados a las **intervenciones con abuso de la posición dominante en el marco del Acuerdo No. 1** “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondiente al valor de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORREINTE COLOMBIANA, ( \$4.000.000.000)”* (negritas y subrayas del Tribunal). En consecuencia, el análisis que en este Laudo se hará de las pretendidas *“intervenciones con abuso de la posición dominante”*, se limitará a los hechos que estén relacionados con la ejecución, terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997, tal como se indicó en el Auto 23.

78. Así las cosas, el Tribunal concluye que se encuentran satisfechos todos los presupuestos procesales para emitir una decisión de fondo, incluidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad y competencia.
79. Por las razones expuestas, no se dará prosperidad a los medios exceptivos propuestos por la parte Convocada frente a la demanda inicial denominados: *“1. Falta de Jurisdicción”, “6. Falta de Competencia”, “7. Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva”, y “8. Falta de Legitimación en la Causa por Activa”*. Tampoco se dará prosperidad a las excepciones que formuló la Demandada en Reconvencción tituladas *“1. Imprecisión y falta de claridad de la pretensión primera y consecuenciales - Incumplimiento del numeral 4º del Código General del Proceso”, “2. Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda de reconvencción y consecuenciales” y “5. Incongruencia de los valores expresados en las pretensiones primera, segunda y tercera con los relacionados en el juramento estimatorio – Incumplimiento Núm. 7 – Art. 82 del Código General del Proceso”*. En cuanto a la excepción que la Demandada en Reconvencción denominó *“3. Falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvencción y consecuenciales”*, el Tribunal no se pronuncia considerando que en el Auto 23 declaró su falta de competencia para pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvencción.
80. En consecuencia, encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no encontrando nulidad que invalide lo actuado, el Tribunal procede a pronunciarse de fondo sobre los asuntos que se han sometido a su consideración.

## **B. CONSIDERACIONES SOBRE LOS DICTÁMENES DE PARTE**

81. Como se precisó en los Antecedentes, en el curso del trámite, la parte Convocante allegó un dictamen pericial rendido por Guillermo Orozco Pardo, y la parte Convocada allegó dos dictámenes periciales rendidos por Rodolfo Ruiz Camargo.

El primero de los dictámenes de parte allegados por la Convocada referido a la liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997 y el segundo a la cuantificación de los daños que EMCALI manifiesta se le ocasionaron por el corte de hilos de fibra óptica.

82. En relación con el dictamen pericial ha sostenido la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>:

*“En lo que puntualmente concierne al dictamen pericial, este tiene por objeto llevar al juez información cuando el campo del conocimiento del que se extraiga no sea de su dominio, puesto que con él es posible obtener un concepto fundado en el método científico, el arte o la técnica; cuyas conclusiones incidirán en la adopción de la decisión que dirima el conflicto planteado, según lo dispone el artículo 226 del Código General del Proceso.”*

83. En torno a la relevancia de ese medio persuasivo ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

*“El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza sui géneris de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (artículo 716 del C. J.)”. No obstante estar llamados los peritos -dice Dellepiane- a suplir o completar los conocimientos del juez; ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico (...).”*

*Agregó la Corte: “La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial, que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánicamente o ciegamente. El texto e interpretación del artículo 722 del Código Judicial no cohiben al Juez para analizar y apreciar los fundamentos del dictamen pericial, porque, como se ha dicho, ese texto no es ni puede ser de aplicación mecánica, sino que su alcance y eficacia desprenden no sólo del dictamen en sí mismo considerado sino de los fundamentos de éste.... El artículo 723 coloca al Juez en un plano de apreciación muy amplia, para estudiar la fuerza probatoria del dictamen pericial, de acuerdo con las reglas generales sobre valoración de pruebas. En tratándose de un dictamen, en cualesquiera de los dos casos a que se refieren las normas que acaban de citarse, el juzgador puede aceptarlo o no, dando las razones para ello, sin que pueda nunca modificarlo, porque entonces su misión sería la de perito y no la de Juez”.*<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, sentencia del 3 de marzo de 2021, STC2066-2021, Rad. No. T 0500122030002020-00402-01.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, sentencia del 18 de diciembre de 2020, SC5186, Rad. No. 2016-00204-01.

84. Respecto a la valoración del dictamen ha dicho la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>:

*“...el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).*

*Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.”*

Y agrega:

*“La doctrina ha percibido lo mismo que la Corte señala. Por ejemplo, Jordi Nieva Fenoll al respecto sostiene que: (...) el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia.*

*Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, **si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración.** Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. (...) -Resalta la Corte- (2010. La valoración de la prueba. Marcial Pons. Pag. 292)”.*

### B.1. Sobre el dictamen de parte allegado por la Convocante

85. El dictamen allegado por la parte Convocante fue rendido por el Ingeniero Guillermo Orozco Pardo, según manifiesta, *“por virtud del contrato de prestación de servicios profesionales NA-012-2021 suscrito con la Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fiduoccidente FID- 3-1-6685 Nueva Alianza y tiene por objeto emitir concepto financiero para determinar las sumas a pagar por las empresas integrantes de la Alianza Fases 1 y 2 en el marco de la liquidación del Acuerdo No 1 de 1997”.* El perito Orozco Pardo para responder las preguntas relativas al avalúo de los activos, se fundamentó en el *“Avalúo Retroactivo bajo Estándares Internacionales de Valuación (VIS) y Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) de los elementos de Propiedad Planta y Equipo que Conforman el Circuito Fibra Óptica de la Alianza”*, realizado

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, sentencia del 3 de marzo de 2021, STC2066-2021, Rad. No. 05001-22-03-000-2020-00402-01.

por el perito evaluador Jorge Enrique García, quien se encuentra inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores, avalúo que consta en el Anexo 6 del dictamen.

86. Puesto en conocimiento de la parte Convocada el dictamen presentado por la parte Convocante, la primera presentó un escrito que denominó *“EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN RESPECTO DE DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA PARTE CONVOCANTE”*, en el cual en síntesis manifestó lo siguiente:
- i. El *“avalúo en CERO PESOS (\$0), que se registra en la página 7 del dictamen pericial respecto del cable de fibra óptica se hace en un escenario de liquidación (...)”*. Anota que dicha *“aseveración del dictamen carece de validez porque el cable OPGW no ha dejado de operar (...) lo que se confirma en el dictamen con los avalúos consignados en la página 8 del dictamen por un valor de líneas de fibra óptica: COL \$ 10.348.796.550”*.
  - ii. Dice que con respecto a la vida útil del cable OPGW, en la página 7 del dictamen pericial se confiesa que la vida útil del cable de fibra óptica tiene una vida remanente de 6 años a partir de 27 de enero del 2020.
  - iii. En relación con los costos enunciados la página 14 del dictamen señala la Convocada que en el dictamen *“aparece la implicación presunta de sustituir un cable OPGW por un cable de guarda convencional”*, y menciona que *“estas son solo costos fríos que no se van a ejecutar”*, pues el cable OPGW sigue operando y haciendo las funciones de cable de guarda, y solo será sustituido después de los 6 años cuando cumpla su vida útil.
  - iv. Que los costos de la página 18 del dictamen denominado demolición de casetas, son costos hipotéticos porque las casetas, desde el mes de enero de 2020 y en la actualidad, siguen funcionando y no van a ser demolidas.
  - v. Que la liquidación desconoce el porcentaje de participación de EMCALI frente a la situación del retiro del socio VALOREM. A EMCALI se le mantiene el porcentaje de participación en 5.56, no de 5.63380 según Acuerdo 10.

Afirma que, en conclusión, el dictamen aportado por la parte Convocante hace evidente el nudo narrativo presentado en la contestación de la demanda, esto es que el grupo mayoritario, al enterarse de la decisión de EMCALI de no celebrar un nuevo contrato, la presionó abusivamente hasta exigirle el cumplimiento de una liquidación imputándole en ella a EMCALI obligaciones no contempladas en el Acuerdo 1 de 1997.

87. En ejercicio del derecho de contradicción, solicitó adicionalmente que se decretara la práctica de interrogatorio o declaración al perito Guillermo Orozco Pardo, la cual se llevó a cabo el 30 de agosto de 2023. Se garantizó así el derecho de contradicción de la Convocada, en los términos establecidos en la Ley.

88. En relación con las manifestaciones que hace la Convocada respecto del dictamen del perito Orozco, advierte el Tribunal que se trata de afirmaciones y alegaciones de parte que en gran medida coinciden con la argumentación que ha planteado en el proceso, argumentos estos que no refutan los aspectos técnicos del dictamen, ni el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley respecto de la prueba pericial, ni inciden en la validez del dictamen. Examinado el dictamen del perito Orozco Pardo, advierte el Tribunal que el perito cuenta con la idoneidad requerida considerando la materia de la pericia, y en lo referido al avalúo de los activos se fundamentó en el avalúo efectuado por el perito evaluador Jorge Enrique García, quien se encuentra inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores. Adicionalmente, los fundamentos del dictamen son precisos y claros.
89. Concluye entonces el Tribunal, que el dictamen del perito Orozco Pardo, cumple con los requisitos legales para ser considerado como prueba para la decisión que se adoptará en este Laudo, el cual en todo caso será valorado en conjunto con las demás pruebas recaudadas, considerando el contexto de las preguntas que le fueron formuladas al perito, y teniendo en cuenta que, como lo ha establecido la doctrina “[...] *la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro de un debate judicial, pero que no tienen carácter imperativo para la decisión a tomar, pues del análisis y crítica de la respectiva experticia sacará el juez sus conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez.*”<sup>5</sup>
90. Por último, se pone de presente que en cuanto a las valoraciones que en este dictamen se hacen, incluido el avalúo que en este se incluye del perito evaluador Jorge Enrique García Gómez, la Convocada no allegó un dictamen técnico de contradicción.

## **B.2. Sobre los dictámenes de parte allegados por la Convocada**

### ***B.2.1. Dictamen anunciado en la contestación de la demanda inicial***

91. La Convocada allegó el dictamen pericial suscrito por el perito RODOLFO RUIZ CAMARGO, “*Perito Financiero y Perito Avaluador en Bienes e Inmuebles con énfasis en Liquidación de Perjuicios Materiales y Frutos Civiles*”, el cual, según se señala en el dictamen versa “**sobre los aspectos jurídicos y financieros** *expuestos en la contestación de la demanda, para el cual fui contratado bajo la modalidad de prestación de servicios por parte de las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.*” (resalta el Tribunal), y que tiene por objeto,

---

<sup>5</sup> López Blanco Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo III, Dupré Editores Ltda., 2008, Nota de pie de página No. 21. Páginas 273 a 275.

“conforme a lo previsto en los artículos 226 y 227 del Código General del Proceso, establecer:

i) **El alcance de las prestaciones contempladas en el acuerdo 01 de 1997** y la relación directa y congruencia de estas prestaciones con el informe de liquidación final, base de la demanda.

ii) Los elementos facticos provenientes del nuevo escenario de costos y porcentajes igualitarios de participación planteados por la Nueva Alianza, que se evidencian en el informe final de liquidación.

iii) Las normas de la NIIF (Normas Internacionales de información Financiera) que debían aplicarse en el Proceso de liquidación de la Alianza Red de Fibra óptica.

iv) La **evaluación financiera, jurídica y técnica** de las tasas de depreciación fiscal anual, y los años de vida útil de la fibra óptica fijados en el informe final de liquidación.

v) La **evaluación financiera, jurídica y técnica** de la asignación valor de cero (0) a la fibra óptica, a partir de la fórmula de depreciación en del cálculo de los activos, en la liquidación definitiva presentada por IC ASESORIAS Y PROYECTOS.

vi) La **evaluación financiera, jurídica** del apartamiento en el informe final presentada por IC ASESORIAS Y PROYECTOS, respecto de las Normas Internacionales de información Financiera, NIIF, que establecen que la vida útil de la fibra óptica es de 40 años y una tasa de depreciación del 2,50% anual.

vii) La evaluación de las **razones jurídicas, técnicas y financieras** por las cuales IC ASESORIAS Y PROYECTOS, realizó el proceso de liquidación con fundamento en un cable cuyo desmonte y sustitución no estaba contemplado en el acuerdo 01 de 1997.

viii) La evaluación de las **razones jurídicas, técnicas y financieras** por las que IC ASESORIAS Y PROYECTOS concluye en el informe final de que los activos ya se depreciaron completamente con un valor de cero (0), y

ix) La evaluación de las **razones jurídicas, técnicas y financieras** por las que IC ASESORIAS Y PROYECTOS concluye en el informe final que la fibra óptica no tiene la posibilidad de realizar su valor comercial al final de la vida útil.” (resalta el Tribunal)

92. El perito relaciona las fuentes de información que ha considerado para la rendición de su dictamen y concluye que:

i. “En el acuerdo 01 de 1997 no se observan las prestaciones sobre sustitución del cable OPGW que se enuncian en el informe final de liquidación. Tampoco

*se observan estas prestaciones en el acuerdo 10 de 22 de marzo de 2017, el cual, por el contrario, se consagra prorrogar la vigencia del acuerdo 01 de 1997 y ratificar que el cable OPGW tiene una vida útil de 22 años”.*

- ii. *Tras señalar que en la en la página 11 del Informe de liquidación se evidencia una sustitución de la participación diferencial -que pasa a ser de 11.11111%- que estaba consagrada en el acuerdo 01 de 1997 por una participación igualitaria, que no estaba contemplada en el Acuerdo 01 de 1997, concluye que “el acuerdo 01 de 1997 no contemplo porcentajes igualitarios de participación y que estos porcentajes iguales de participación corresponden a un escenario futuro, exploratorio, denominado en el Informe de liquidación “Nueva Alianza”.*
- iii. *Se apoya en las políticas contables de ISA, y cita el “informe electromecánico (página 72) que presentó ISA sobre el estado actual de la fibra”, en el que se dice: “En consecuencia y considerando los niveles de afectación de los diferentes componentes del sistema de cable OPGW, en especial de aquellos elementos que por su condición se convierten en generadores de fallas irreversibles, la vida útil remanente en este enlace se estima entre los 4 y 6 años.”, y concluye que “Como se observa, en este momento la fibra óptica se está utilizando, significando materialmente que en este momento es un activo que está generando beneficios económicos al grupo de la Nueva Alianza”. Agrega que, con fundamento en la vida útil del cable OPGW que “estos activos por su condición deben tener un valor de salvamento, como lo aplican las Normas Internacionales, pero en el informe final de liquidación no está registrado”.*
- iv. *Señala que “Como se mencionó en el punto 3, la evaluación no es correcta, ya que la vida útil de la fibra óptica estimada es de mínimo 25 años y adicionalmente este tiene una vida útil remanente de 4 a 6 años, según el informe electromecánico (se refiere al Análisis Electromecánico ISA)”.*
- v. *No considera acertado el valor asignado a la fibra óptica en el informe de liquidación y expresa que “según las Normas Internacionales, todos los activos deben tener un valor de salvamento o valor residual, el cual inexorablemente es un valor que se debe aplicar cuando el activo está totalmente en desuso. Para nuestro caso, esta consignado que el cable de fibra óptica posee una vida útil adicional de 4 a 6 años. Vale aclarar que, esa fibra óptica debería tener contablemente un valor estimado de salvamento que oscila aproximadamente al 5% del valor razonable del activo”.*
- vi. *En respuesta a la pregunta 6, se reafirma en que “la fibra óptica aún se está utilizando, significando materialmente que en este momento es un activo que le está generando beneficios económicos al grupo de la Nueva Alianza”.*

- vii. No responde esta pregunta y dice que *“El alcance de este punto está contenido en el ítem No. 1”*.
- viii. Dice el perito que *“la página 40 del Informe Ejecutivo de Liquidación del Proyecto de Red de Fibra óptica Alianza Fases 1 y 2, se enuncia los costos sobre el desmonte, embalaje, traslado y disposición final de los activos. Esto va en contravía de las practicas comerciales de las empresas, dado que las empresas lo que hacen es potencializar sus activos fijos para alargar la vida útil de estos. En efecto, esos activos no tienen una vida útil de CERO debido a que todas estas construcciones tienen una vida útil de 70 – 100 años dependiente del sistema constructivo. Por consiguiente, respecto a estos activos las reglas de la experiencia enseñan que cuando en las edificaciones aparezcan elementos dañados, estos se vayan sustituyendo y conlleva a que su vida útil aumente, por ende estos activos se van a seguir utilizando para el funcionamiento de la Nueva Alianza”*.
- ix. Afirma que *“En general, los bienes y activos pierden su valor comercial al finalizar su vida útil, razón por la cual es la finalización de la vida útil el límite del valor comercial de un bien. En el caso concreto, el final de la vida útil del cable de fibra óptica no se ha agotado según el informe electromecánico aportado y el propio informe final de liquidación”*.
93. En conclusión, para el perito, el cable OPGW tiene una vida útil que puede ser de seis años adicionales, éste tiene un valor remanente que estima en 5% de su valor razonable, y respecto a los demás activos, no hay lugar a su traslado y disposición pues siguen siendo utilizados al igual que el cable OPGW para beneficio de la Nueva Alianza.
94. En relación con este dictamen la parte Convocante manifestó en sus alegatos de conclusión lo siguiente:

*“(…) el objeto de este dictamen pericial se encaminó a cuestionar el contenido del informe final de liquidación generado por IC Asesorías y Proyectos S.A.S. como propuesta para liquidar de común acuerdo, en el 2020, el proyecto Alianza Fases 1 y 2; mas no se dirigió a atacar ni a contradecir el dictamen pericial de la demanda principal.*

*Partiendo de dicha premisa, ahora se sustentarán y evidenciarán las razones por las que ésta prueba pericial debe ser desestimada, al contener errores de fundamentación que invalidan sus conclusiones a la luz de las reglas de apreciación de esta prueba contenidas en el artículo 232 del Código General del Proceso y bajo los requisitos fijados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para la valoración de dictámenes periciales.*

*En primer lugar, el perito comete un error sustancial al no consignar ni explicar la metodología utilizada para arribar a sus conclusiones, lo cual impide verificar la idoneidad técnica de los análisis y conclusiones financieras contenidas en el*

*dictamen. Esto constituye una violación directa a los numerales 8 y 9 del artículo 226 del Código General del Proceso.*

*(...)*

*En segundo lugar, el perito no verificó el contenido de los documentos que utilizó como soporte para sus análisis y conclusiones. Ello se refleja al observar el numeral 3° del dictamen, donde el perito extrae el dato de vida útil del cable OPGW de los estados financieros de ISANTERCOLOMBIA y, con base a ello, infiere y asume el dato de la vida útil del cable OPGW para el proyecto Alianza Fases I y II.*

*Sin embargo, el perito no verificó ni se percató que esos datos en los estados financieros de ISA INTERCOLOMBIA correspondieran efectivamente al cable OPGW del proyecto Alianza Fases I y II.*

*(...)*

*En tercer lugar, el perito Rodolfo Ruiz establece en la respuesta a la pregunta No.5 de su dictamen, que el cable de fibra óptica tiene un valor estimado de salvamento que oscila en aproximadamente el 5%.*

*(...)*

*En cuarto lugar, sobre la misma cuestión, el perito tampoco consignó en el dictamen **i)** la forma ni el método por el cual llegó a la conclusión del valor final de salvamento del cable OPGW, ni **ii)** los soportes documentales que le permitieron llegar a tal inferencia.*

*(...)*

*En quinto lugar, el perito conceptúa sobre la vida útil del cable OPGW sin contar con la ficha técnica del fabricante del cable, a pesar de que tiene claro –porque así lo admite en audiencia– que en lo que respecta a la vida útil del cable, las NIIF remiten directamente a las disposiciones del fabricante sobre el bien.”*

95. En su cuestionamiento al peritaje concluye el apoderado de las Convocantes que los errores en la fundamentación y en la construcción de las premisas así como de las conclusiones del dictamen pericial aportado por EMCALI, dan pie para que el Tribunal se aparte de él. Apoya su apreciación en sentencias de la Corte Suprema de Justicia como las SC 3689-2021 del 25 de agosto de 2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo; y SC 364-2023 del 9 de octubre de 2023, Rad. 05001-31-03-010-2018-00315-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta, entre otras, y cita la sentencia de la Corte Suprema en la que se dice que “[...] el juez no puede aceptar sin más las conclusiones del experto por el simple hecho de versar su investigación sobre un campo de conocimiento que no domina. Estando, como está, investido de la facultad de emitir la sentencia que pone fin al conflicto, tiene la correlativa obligación de controlar la prueba mediante el riguroso análisis de su verosimilitud y fundamentación, de la razonabilidad y adecuación de los métodos utilizados y de la ponderación racional de las conclusiones plasmadas en la experticia”.

96. Por último señala la Convocante que *“en el caso concreto, dado que el dictamen pericial adolece de errores de fundamentación y sus conclusiones no son claras, ni lógicas, ni firmes, este medio de prueba no tiene la vocación de brindarle al Tribunal convencimiento ni convicción acerca de la veracidad de su contenido ni de sus cifras, por lo que, al no alcanzar a probar los asuntos por los cuales fue aportado dicho medio de prueba, éste deberá ser desestimado”*.
97. En relación con los cuestionamientos que sobre este dictamen hace la Convocante, el Tribunal considera lo siguiente:
98. De acuerdo con el artículo 226 del Código General del Proceso, *“... Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. (...)”*.
99. Conforme al artículo 232 del Código General del Proceso, *“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”*.
100. En primer lugar advierte el Tribunal que el perito señala que el alcance de la pericia se refiere a **“aspectos jurídicos y financieros expuestos en la contestación de la demanda”**, y más adelante cuando se describe el objeto del dictamen menciona aspectos de naturaleza jurídica, como es el caso, entre otros de determinar **“El alcance de las prestaciones contempladas en el acuerdo 01 de 1997”**. Es claro para el Tribunal que el dictamen pericial, como lo establece el artículo 226 del Código General del Proceso, es una prueba de naturaleza técnica, la cual *“es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*, y esta norma expresamente determina que *“No serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho”*. En estos términos no resultan admisibles las conclusiones del perito sobre aspectos jurídicos, que no solo son ajenos a su experticia, sino que la norma procesal determina que no puede ser el objeto del dictamen pericial.
101. Adicionalmente, en relación con los aspectos puramente financieros que se tratan en este dictamen, encuentra el Tribunal que en la declaración del perito se hizo evidente que no adoptó una metodología definida para dar respuesta a los interrogantes que le fueron sometidos a su experticia, así como la falta de rigor en la verificación de las fuentes que enunció en su dictamen. Se limitó a una apreciación simple sobre documentos que fueron puestos en su conocimiento, la que no respaldó en análisis técnico o financiero alguno.
102. En efecto, en la declaración que rindió el Perito Ruiz Camargo a petición de la Convocante, no fue posible obtener claridad acerca de la razón para la fijación del

valor de salvamento en 5% del “valor razonable del activo”. Señaló el perito en su declaración:

**Dr. Guillermo Cáez:** *Y en lo que tiene que ver con ese valor estimado de salvamento que usted establece, que aproxima... aproximadamente es el 5%, ¿usted puede indicarnos en dónde se encuentra desarrollada esta explicación y el soporte en su dictamen?*

**Perito Rodolfo Ruiz:** *No, no, no, eso no está en el soporte ni en el dictamen; no está soportado es o del 5% - (...) (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, como política, le repito, es como política contable que establecen las empresas.”*

103. Al ser interrogado en relación con la metodología que aplicó a su dictamen, expuso: *“No, pues la metodología, pues básicamente pues fue leer el informe y, con base en ese informe, pues se hicieron las respuestas de las preguntas. Eso no está descrito dentro del dictamen, no”.*
104. En relación con la verificación de documentos soporte de sus afirmaciones señaló: *“No, no, eso no se logró verificar; se tomó fue un concepto general de lo que es la fibra óptica”.*
105. Sobre el valor de salvamento del cable OPGW, el perito admitió que *“los cálculos los hizo con base a su experiencia en la medida que cada empresa tiene autonomía en el establecimiento de políticas contables para asignar el valor de salvamento a sus bienes”.* Dijo que *“normalmente las empresas establecen una política contable donde le dan al valor de salvamento el 5”.*
106. De la declaración del perito Rodolfo Ruiz Camargo, a la cual corresponden las respuestas citadas, puede advertir el Tribunal la poca claridad y precisión de las mismas, la existencia de contradicciones en sus propias afirmaciones, a lo que se agrega el insuficiente rigor metodológico para la elaboración del dictamen, y la falta de solidez en sus fundamentos.
107. En estos términos observa el Tribunal que el dictamen no solo pretendió abarcar aspectos jurídicos, lo cual, la norma procesal determina expresamente que no es admisible, sino que además en los aspectos técnicos y financieros no se explican *“los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas”,* ni *“los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”.* Adicionalmente, en su declaración el perito tampoco expuso de forma clara los fundamentos técnicos y soportes de sus conclusiones.
108. No se observa así el rigor técnico que se exige en un proceso de análisis y fundamentación que estuvieron ausentes en el dictamen.
109. Es por esta razón que, al no cumplir las condiciones que el Código General del Proceso determina para que el dictamen sea considerado, y ante la falta de solidez

técnica en el soporte de sus conclusiones, a este dictamen no se le otorgará fuerza demostrativa en este proceso.

### **B.2.2. Dictamen anunciado en la demanda de reconversión**

110. La Convocada allegó adicionalmente el dictamen anunciado en la demanda de reconversión rendido por el perito Rodolfo Ruiz Camargo, el cual tenía por objeto la “*CUANTIFICACIÓN DEL TOTAL DE DAÑOS OCASIONADOS A EMCALI POR EL CORTE DE LOS HILOS DE FIBRA ÓPTICA (40GB)*”. Según se señala en el dictamen en esta experticia se cuantifica:

- El lucro cesante originado por pérdidas de clientes.
- El lucro cesante originado por pérdidas de ingresos por prestación de servicio RUAV.
- El lucro cesante originado por incumplimiento en los pagos por contrato de mantenimiento.
- El lucro cesante originado por incumplimiento en los pagos por contrato de uso de Infraestructura (UDI).
- El lucro cesante originado por pérdidas por transporte CALIBOGOTA (NAP Colombia).
- El lucro cesante originado por pérdidas por transporte Internacional.
- El lucro cesante originado por pérdidas de 40GB.

111. El perito parte del siguiente supuesto: El corte de los hilos de fibra óptica de EMCALI ocurridos el 20 de marzo de 2020 y 21 de octubre de 2020, ocasionó que EMCALI tomara acciones para poder seguir prestando el servicio de Internet, lo que le causó un lucro cesante que le generó unas pérdidas económicas.

112. El perito puso de presente: (i) el método o procedimiento que siguió para actualizar una suma de dinero pasada; (ii) el método o procedimiento seguido para cuantificar el rendimiento legal del daño emergente actualizado; y (iii) la cuantificación de los daños asociada a la pérdida de clientes por EMCALI, lo que a su parecer ha generado unos ingresos frustrados por este concepto de \$2.831.668.879 para EMCALI, que actualizados ascienden a un total de \$3.241.672.881, y una rentabilidad legal o efectiva de la pérdida de clientes que corresponde a un valor de \$235.727.610. El valor total del lucro cesante cuantificado por el perito al mes de enero de 2023 por cuestión de pérdida de clientes es igual a \$3.477.400.492.

113. Adicionalmente el perito calcula la pérdida de ingresos por prestación del servicio de internet a la RUAV, en la suma de \$2.012.021.692, entre otros conceptos.

114. En relación con este dictamen, el apoderado de la Convocante en sus alegatos de conclusión expresó lo siguiente:

*“El dictamen aportado por EMCALI para probar los perjuicios que pretende reclamar por conducto de su demanda de reconvencción no cumple con los requisitos de exhaustividad e idoneidad al haberse demostrado que cuenta con errores en su fundamentación constitutivos de **error grave**, lo cual podrá constatar el Tribunal al momento de examinarle bajo las reglas de la sana crítica, debiendo prescindir de aquél.*

*En primer lugar, quedó probado que el perito Rodolfo Ruíz **no es idóneo** para rendir un dictamen que, además de requerir para su confección conocimientos financieros, también requería conocimientos técnicos básicos en telecomunicaciones con los cuales no contaba, con ocasión de las categorías sobre las cuales recae su análisis”.*

115. La Convocante apoya su afirmación en las respuestas que dio el perito Rodolfo Ruiz Camargo a las preguntas que le fueron formuladas en relación con “*la cuantificación del lucro cesante por 20 gigabyte que, según su información, dejaron de ser comercializados, en teoría, por los cortes de hilo de marzo y octubre de 2020*”, frente a las cuales respondió que “*no soy ingeniero, entonces, esa información me la suministró fue EMCALI con unas tablas de Excel que ellos me mandaron y me dijeron que eso era*”.

116. Agrega la Convocante que “*el perito de EMCALI ni siquiera tiene claridad sobre la materia en la cual está dictaminando, ni realizó el mínimo esfuerzo por informarse sobre los aspectos técnicos generales en materia de telecomunicaciones que se relacionarían con su peritaje*”.

117. La señora Agente del Ministerio Público en su concepto final señaló lo siguiente en relación con este dictamen:

*“Como acaba de indicarse no se probó el “abuso” de posición dominante, como tampoco se prueba un daño consistente perdidas de clientes, - pérdidas de ingresos por prestación servicio RUAV, por perdidas por transporte CALIBOGOTA(NAP Colombia), - por perdidas por transporte Internacional.- por perdidas de 40GB. , como lo alega EMCALI; pues si bien buscó su acreditación a través de un dictamen pericial, el que bástenos indicar que no merece valoración alguna.*

*En efecto, o acogiendo el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Que nos precisa que la credibilidad de un dictamen pericial 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, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232 del Código General del Proceso). **Es posible afirmar que el perito RODOLFO RUIZ no es fiable, no es idóneo ni su dictamen convincente pues no arroja conceptos claros y menos con sustento probatorio, como el mismo lo precisó.***

*Como quedó ampliamente evidenciado en la audiencia en que el perito hacia su sustentación. su experticia partió del análisis documental, fue una información que me suministraron porque..., que me suministró EMCALI, como tal, de por qué existía ese daño, como tal y, adicionalmente, pues, ellos me pasaron unas facturas, unos contratos, que con base en eso fue que se hizo el análisis de todo este dictamen*

*La liquidación de perjuicios se hizo a partir del 21 de octubre, porque fue donde fue la pérdida total; esa decisión se tomó con las personas de EMCALI, como tal, porque eso, según lo que manifestaron, en muchas reuniones que se hizo con las personas de EMCALI,*

*La pregunta específica del apoderado convocante (demanda Principal) es, ¿cuál es el soporte, en los anexos de su dictamen, de esas afirmaciones que usted relaciona en este momento?, ¿me puede indicar el anexo? , ‘anexo 1, 2, 3, 4, 5’? CONTESTO no se enviaron con el dictamen*

*Adicionalmente reconoce el perito que los soportes que él considera en graficas que contiene el dictamen, son soportes, que le fueron entregadas por La unidad de Gestión de Plataformas y Contenidos, Subgerencia Operativas de la Unidad Estratégica de Negocios de Telecomunicaciones de EMCALI, no las contrasto porque “yo no tengo la autoridad académica, moral, para poder hacer un análisis de que, si eso es cierto o no, yo no soy ingeniero; yo solamente, como me dijo..., se supone cuando fue el contrato, fue básicamente lo que se habló con ellos, era que yo hiciera una liquidación de perjuicios, desde el punto de vista financiero.*

*Sin contrastar si efectivamente existía el daño, derivado de lo que EMCALI enunció, mal podría analizar indemnización de perjuicios derivados de algo de lo que no se tiene certeza de su existencia.” (resalta el Tribunal)*

118. El Tribunal encuentra que le asiste razón tanto a la parte Convocante como al Ministerio Público, en los cuestionamientos que se presentan frente a este dictamen. Ello se confirma con la declaración del perito, en la cual el perito fue vago e impreciso en sus respuestas, reconoció que tenía escaso o ningún conocimiento sobre materias respecto de las cuales dictaminó, no acreditó que hubiera hecho verificación de la información contenida en los documentos que le suministró EMCALI y que utilizó como fuentes para sus conclusiones, ni tampoco que hubiese realizado un análisis técnico propio.

119. Son dicientes al respecto las respuestas que se transcriben a continuación:

**“Preguntado:** *¿Usted contrastó esa información?*

**Perito Rodolfo Ruíz:** *No, no, doctor, porque vuelvo y le repito, yo no tengo la autoridad académica, moral, para poder hacer un análisis de que, si eso es cierto o no, yo no soy ingeniero; yo solamente, como me dijo..., se supone cuando fue el contrato, fue básicamente lo que se habló con ellos, era que yo hiciera una liquidación de perjuicios, desde el punto de vista financiero.*

**Dr. Guillermo Cáez:** *Simplemente, para no insistir más ahí, ¿eso quiere decir que la información suministrada por EMCALI, usted no hizo ningún contraste de la misma? [...] Contraste o comparación o -verificación, análisis...*

**Perito Rodolfo Ruíz:** *No, ¿con qué lo haría?, o sea, yo me haría la pregunta, ¿con qué lo haría?, pues, si yo fuera ingeniero, pues, eléctrico o de sistema, pues ‘¡ah!, venga yo miro a ver el contraste’. Adicionalmente, es importante anotar que esto fue en el año 2020, es algo que sucedió en ese año, entonces, ¿cómo puedo yo como..., cómo puedo yo hacer ese contraste?, a no ser que haya un ingeniero que me diga cómo se hace, pero... Y vuelvo y le repito, yo no soy ingeniero eléctrico para poder determinar ese contraste”.*

120. Concluye entonces el Tribunal que la falta de formación y conocimiento del perito en la materia de los fundamentos de su dictamen, la poca o nula fundamentación del dictamen, y el hecho de que la mayoría de las operaciones incluidas en el dictamen respondan a información elaborada por la parte Convocada, que no fue objeto de verificación ni análisis por parte del perito, hacen que el mismo no pueda otorgársele fuerza demostrativa en este proceso.

### C. LAS TACHAS DE LOS TESTIGOS FORMULADAS POR LA CONVOCANTE

121. La Convocante expresa en el aparte final de su alegato que en las audiencias en las que se recibieron las declaraciones de los testigos Jennifer Andrea Guerrero, Eugenio Castro, Salvador Rodríguez, y Ramiro Alberto Torres, formuló tacha de estos testimonios por las razones que expone así:

- I. *“Durante la intervención del representante legal de Claro, Dr. Juan Pablo Vinueza, en audiencia de 28 de julio de 2023, la testigo de EMCALI, Jennifer Andrea Guerrero, quien se encontraba citada para la audiencia del 9 de agosto de 2023 estuvo presente durante 13 minutos con 19 segundos, en contravía de lo dispuesto en el artículo 220 del Código General del Proceso.*
- II. *Durante la intervención del Ing. Libardo Sánchez, en audiencia de 28 de julio de 2023, la testigo de EMCALI, Jennifer Andrea Guerrero, quien se encontraba citada para la audiencia del 9 de agosto de 2023 estuvo presente durante la tercera parte de la intervención, en contravía de lo dispuesto en el artículo 220 del Código General del Proceso.*
- III. *Al finalizar la declaración de la Dra. Jennifer Andrea Guerrero, en audiencia del 9 de agosto de 2023, se formuló tacha sobre la testigo, en virtud del artículo 211 del Código General del Proceso, por cuanto (i) estuvo presente en declaraciones anteriores, (ii) ha recibido pruebas procesales, (iii) tuvo acceso al dictamen pericial de las convocantes y (iv) tiene relación laboral con EMCALI, lo cual afecta su imparcialidad y credibilidad.*
- IV. *Al finalizar la declaración del Sr. Eugenio Castro, en audiencia del 8 de agosto de 2023, se formuló tacha sobre el testigo, con ocasión de su relación laboral con EMCALI.*

- V. *Al finalizar la declaración del Sr. Salvador Rodríguez, en audiencia del 8 de agosto de 2023, se formuló tacha sobre el testigo, con ocasión de su relación laboral con EMCALI.*
- VI. *Al finalizar la declaración del Sr. Ramiro Alberto Torres, en audiencia del 8 de agosto de 2023, se formuló tacha sobre el testigo, con ocasión de su relación laboral con EMCALI”.*
122. De acuerdo con el Código General del Proceso, en su artículo 211<sup>6</sup> *“imparcialidad del testigo”, se puede tachar un testimonio basado en las circunstancias de “parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.*
123. Como premisa del análisis se pone de presente que la jurisprudencia colombiana ha reconocido que *“la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria”*<sup>7</sup>.
124. En relación con la tacha de los testimonios, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 23 de noviembre de 2016, precisó lo siguiente:
- “(…) la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas, sino que deja tal valoración “al concepto del juez”; criterio que -como se explicó líneas arriba- debe estar soportado en la coherencia de la declaración y en su correspondencia con el contexto de significado”*<sup>8</sup>.
125. Y en sentencia del 21 de agosto de 2018 estableció la Corte Suprema de Justicia lo siguiente<sup>9</sup>:
- “Y bien se sabe, “(…) la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis*

---

<sup>6</sup> CGP - Artículo 211. *“Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.*

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 17 de enero de 2012, Rad. No. 11001-03-15-000-2011-00615-00(PI).

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia SC 18595-2016, 23 de noviembre de 2016, Rad. No. 73001-31-10-002-2009-00427-01.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia SC3452-2018, 21 de agosto de 2018, radicación 54001-31-10-004-2014-00246-01.

*crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”<sup>10</sup>.*

*El testimonio, como los demás medios probatorios, conllevan riesgos y peligros en la comprobación de los hechos y en la búsqueda de la verdad, porque ésta puede ser sustituida o alterada. En todo caso, el juez debe hacer uso de la sana crítica, con el rigor del caso; sin embargo, hoy, a pesar de los avances de las ciencias humanas no se puede prescindir del testimonio. Tratándose de los motivos de sospecha, el sentenciador tiene la potestad de apreciarlos, de modo que cualquier amistad íntima o enemistad, parentesco, dependencia, sentimientos o interés, no pueden obstaculizar su práctica, simplemente el juzgador analizara estos aspectos al momento de fallar, por cuanto no es un simple operario obsecuente y mudo de los hechos. Asume, analiza, sintetiza, reprocha y valora la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica.”*

126. En estos términos procede el Tribunal a analizar las tachas de sospecha formuladas por la Convocante.
127. En el curso de la etapa probatoria se recibieron, entre muchos otros, los testimonios de las personas a las que se ha referido el señor apoderado de las Convocantes. La advertencia a la que ahora se refiere fue hecha en las respectivas audiencias.
128. Para el Tribunal no se precisan mayores reflexiones para determinar que el mero hecho de la vinculación laboral no es suficiente para que los testimonios de los señores Eugenio Castro, Ramiro Alberto Torres, y Salvador Rodríguez sean desestimados o pueda entenderse que su credibilidad está comprometida. Como precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia anteriormente citada, *“la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas”*. Por el contrario, bien puede decirse que su relación directa con los hechos que se discuten en este proceso, le permite al Tribunal obtener una apreciación directa de los mismos. Por lo anterior, no encuentra el Tribunal que el cuestionamiento que hizo la Convocante sobre la relación que estos testigos tienen con una de las partes, de lugar a que deba desconocerse su credibilidad. En todo caso, estas declaraciones, al igual que los demás testimonios, los analizará el Tribunal en conjunto con los demás medios probatorios, teniendo en cuenta su coherencia y el contexto en el que se percibieron los hechos objeto de la declaración.
129. Respecto al testimonio de Jennifer Andrea Guerrero, al analizar esta declaración en conjunto con las demás pruebas, además de su coherencia y el contexto de la participación que según su dicho ha tenido en el análisis de documentos para su empleador, como es el caso del informe de liquidación, no encuentra el Tribunal que la circunstancia de haber estado presente en declaraciones anteriores, haber recibido pruebas procesales, haber tenido acceso al dictamen pericial de las

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia 180,19 de septiembre de 2001, expediente 6624, reiterada en fallos 140 de 12 de diciembre de 2007, expediente 00310, y de 16 de abril de 2009, expediente 00361, entre otros.

Convocantes o la relación laboral con EMCALI haya afectado la credibilidad de la declarante. Se trata de una testigo que considerando su cargo en EMCALI conocía los hechos y alegaciones de las partes por su participación previa en el análisis de los documentos relacionados con la liquidación de la Alianza, tanto es así que reconoce que tuvo a su cargo la revisión del informe de liquidación elaborado por IC Asesorías que le fue presentado a EMCALI en julio de 2020. Por lo demás, su testimonio se enfocó principalmente en aspectos de apreciación profesional por su formación y oficio respecto a la forma de valoración de los activos.

130. Al analizar el dicho de la testigo, su coherencia, y el contexto de la declaración no encuentra el Tribunal que existan elementos para desconocer su credibilidad, sin perjuicio de que, en todo caso, la valoración de este testimonio se haga en conjunto con las demás pruebas recaudadas considerando la participación que tuvo la testigo en el análisis de documentos de interés para este proceso.
131. Por último, reitera el Tribunal que la simple vinculación laboral de los declarantes con la Convocada, sin más fundamentos para atacar la imparcialidad de los testigos, no resulta suficiente para concluir que se ha afectado su credibilidad. Ello por cuanto el apoderado de la demandante se limitó a formular la tacha contra los testigos, pero no aportó ninguna prueba que acreditara los motivos de la sospecha y su relación con las demás pruebas recaudadas. En consecuencia, se reitera que no encuentra el Tribunal que existan elementos que den lugar a que corresponda desconocer la credibilidad de estos testigos o la eficacia probatoria de estas pruebas, las cuales, en todo caso, se analizarán en conjunto con las demás pruebas recaudadas.

#### **D. HECHOS PROBADOS EN RELACIÓN CON LA EJECUCIÓN Y TERMINACIÓN DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997**

132. Para el análisis de las pretensiones y excepciones que mutuamente se han formulado las partes, el Tribunal encuentra que en el proceso se probaron los siguientes hechos:
133. El 14 de mayo de 1997 se suscribió el Acuerdo No. 1 denominado “*Proyecto Red de Fibra Óptica*”, cuyo objeto consistió en la realización de una Alianza (en adelante la “Alianza”) para el montaje de un cable de fibra óptica de 48 fibras utilizando la infraestructura de ISA INTERCOLOMBIA (en adelante “ISA”) y otras empresas del sector eléctrico (numeral 1º del Acuerdo No. 01).
134. De conformidad con lo establecido en el numeral cuarto del Acuerdo No. 1 de 1997, ISA INTERCOLOMBIA aportó el derecho a usar su red de transmisión de energía eléctrica por el término de 20 años (hecho 3 de la demanda aceptado en la contestación).

135. En la línea de transmisión de ISA que sería utilizada en el Proyecto, se encontraba instalado un cable de guarda (hecho 4 de la demanda Inicial aceptado en la contestación), el cual fue reemplazado por un cable OPGW de 48 fibras<sup>11</sup>.
136. La ejecución del Proyecto objeto del Acuerdo No. 1 de 1997 fue concebida en dos fases (hecho 6 de la demanda aceptado en este aspecto en la contestación).
137. EMCALI, como parte del Grupo 1, tenía una participación del 5.56% en el Acuerdo No. 1 de 1997<sup>12</sup>.
138. Se acordó la finalización de los derechos de uso para la Fase 1 el 31 de octubre de 2018 y para la Fase 2 el 27 de enero de 2020 (hecho 7 de la demanda aceptado en este aspecto en la contestación).
139. El 11 de noviembre de 2004, el comité ejecutivo de la Alianza aprobó la reglamentación del Acuerdo No. 1 para la operación de la red, definiendo el régimen de los bienes comunes y propios (hecho 8 de la demanda aceptado en este aspecto en la contestación). En este se acordó que cada parte sería dueña de sus fibras ópticas y sería comunera en los bienes afectados al uso común<sup>13</sup>.
140. Se determinó que la administración de la Alianza estaría a cargo del Comité Ejecutivo (órgano de dirección de la Alianza), Comité Técnico Administrativo (órgano de apoyo técnico y administrativo del Comité Ejecutivo) y el Administrador de la Red, persona jurídica designada por el Comité Ejecutivo<sup>14</sup>.
141. El 3 de julio de 1997, las empresas que conformaban la Alianza en esa fecha suscribieron con el Consorcio Fiducolombia – Fidubogotá (Fiduciaria), un Contrato de Fiducia Mercantil de Inversión, Administración y Pagos para la creación del Patrimonio Autónomo RFO31240 al cual se transfirieron los recursos destinados a la ejecución del proyecto (hecho 11 de la demanda aceptado en la contestación).
142. Con los recursos del Patrimonio Autónomo se ejecutaron las Fases 1 y 2 del Proyecto y se realizó la operación de la red de fibra óptica, hasta el 30 de junio del 2012, fecha en la cual se suscribió el Acta de Terminación y Liquidación del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable constitutivo del PA RFO31240 (hecho 12 de la demanda aceptado en la contestación).

---

<sup>11</sup> Véase prueba aportada con la Demanda “002. Informe final interventoria Alianza Fase 1 - Vida útil del cable de FO”, Carpeta “8. Otros”, en el que se dice: “A continuación se muestran algunas características adicionales de las líneas en las cuales se cambió el cable de guarda existente por uno del tipo OPGW de 48 fibras ópticas”.

<sup>12</sup> Véase numeral 2 de las Consideraciones del Acuerdo 10.

<sup>13</sup> Numeral 5.1. de la Reglamentación del Acuerdo 1 para la Operación de la Red. Pruebas aportadas con la demanda inicial, Carpeta “1. Acuerdos y modificaciones”, “002. Reglamentación del Acuerdo 1”.

<sup>14</sup> Capítulo 2 de la Reglamentación del Acuerdo 1 para la Operación de la Red. Pruebas aportadas con la demanda inicial, Carpeta “1. Acuerdos y modificaciones”, “002. Reglamentación del Acuerdo 1”.

143. El 28 de octubre del año 2011, se celebró un contrato de fiducia mercantil por medio del cual se dio origen al patrimonio autónomo FIDUBOGOTÁ 3-1-23583 (hecho 13 de la demanda aceptado en la contestación).
144. El 17 de noviembre de 2015, las empresas miembros de la Alianza, a excepción de Valorem, suscribieron un Memorando de Entendimiento (en adelante “MOU”) (hecho 14 de la demanda aceptado en la contestación). El objeto de este MOU consistió en (Cláusula Primera del MOU):

*“En virtud del presente Memorando LAS PARTES expresan su intención de fijar y seguir un procedimiento para:*

*1. Revisar las condiciones financieras y comerciales que regirán la igualación de las vigencias de las Fases 1 y 2 de manera que la fecha de vencimiento de ambas sea la que se tiene establecida para la Fase 2.*

*2. Explorar la posibilidad de continuar conformando la Alianza, luego de finalizado el Acuerdo que se encuentra vigente, mediante la cual se desarrolló el Proyecto de Red de Fibra Óptica objeto del Acuerdo No. 1 suscrito el 14 de mayo de 1997 cuyo objeto básico fue la construcción, operación y mantenimiento de un cable de cuarenta y ocho (48) fibras ópticas instalado en la infraestructura del sector eléctrico colombiano (Red de Fibra óptica).*

*Mediante el presente Memorando de Entendimiento, LAS PARTES iniciarán las gestiones tendientes a ampliar los derechos de uso de infraestructura vinculados a la Fase 1 del Acuerdo de tal manera que su vigencia se iguale con la vigencia de la Fase 2, así como para establecer las condiciones técnicas, financieras y jurídicas que regirán el futuro contrato de Alianza que LAS PARTES pretenden suscribir una vez finalice el plazo de ejecución del Acuerdo No. 1, si éste resulta ser su interés, el cual y para efectos del presente Memorando se denominará "LA PRÓRROGA DEL PROYECTO".*

145. El Patrimonio Autónomo FIDUBOGOTÁ 2-1-23583, estuvo a cargo de la operación hasta el 18 de enero de 2017 (hecho 15 de la demanda aceptado en la contestación).
146. El 28 de septiembre de 2016 se celebró con Fiduciaria de Occidente S.A. un contrato de fiducia mercantil, mediante el cual se constituyó el fideicomiso Fiduoccidente FID 3-1-5300 la Alianza Fases 1 y 2 administrado por Fiduciaria de Occidente S.A., con el objeto de administrar y canalizar los recursos de O&M del proyecto (hecho 16 de la demanda aceptado en la contestación).
147. El 22 de marzo de 2017, se suscribió por parte de los vinculados al MOU, el Acuerdo No. 10 para materializar la extensión de la Fase 1 hasta la culminación de la Fase 2, es decir hasta el 27 de enero de 2020 (hecho 18 de la demanda aceptado en la contestación).

148. Como consecuencia de la no participación de VALOREM en la prórroga de la vigencia de la Fase 1 para su igualación con la Fase 2, el porcentaje de participación para la asunción de costos de O&M en la prórroga de la Fase 1, entre el 1 de noviembre de 2018 y el 27 de enero de 2020, se redistribuyó así<sup>15</sup>:

UNE EPM TELCO	22,53521%
EMCALI	5,63380%
COLUMBUS NETWORKS	4,22535%
ETB	12,67606%
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES	4,22535%
LEVEL 3 COLOMBIA S.A	12,67606%
TELMEX	4,22535%
COMCEL	4,22535%
INTERNEXA	29,57747%
TOTAL	100,00000%

149. En reunión del Comité Ejecutivo de la Alianza Fases 1 y 2 y Comité Directivo Nueva red Años 2020 – 2040 del 24 de mayo de 2017 se determinó que la participación de los integrantes de la Nueva Alianza sería igualitaria (ver Acta 140) <sup>16</sup>. En esta reunión EMCALI manifestó su posición de que se mantuviese la participación proporcional y señaló que *“la decisión de participar o no en la nueva Alianza en las condiciones evaluadas y presentadas en la presente reunión, deben ser llevadas a decisión del nuevo Gerente General de EMCALI”*.
150. EMCALI remitió las comunicaciones No. 10003440072018 del 28 de mayo de 2018 y No. 100889632018 del 7 de diciembre de 2018<sup>17</sup>. En la segunda de estas comunicaciones se dijo:

Posteriormente en nuestra comunicación No. 10003440072018 del 28 de mayo de 2018, EMCALI informo a la Presidencia del Comité Ejecutivo de la Alianza, que EMCALI se abstiene de participar en el proyecto de la nueva Alianza 2020 – 2040, esbozando las razones por las cuales debió tomar dicha decisión. En razón a esto, EMCALI no suscribió carta de intención, de acuerdo como se establece en la cláusula segunda de “PROCEDIMIENTO” del Memorando de Entendimiento y sus otrosés.

<sup>15</sup> Numeral 4 del Acuerdo No. 10.

<sup>16</sup> 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial. 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI. 019. Acta 140 de Comité Ejecutivo Alianza Fases 1 y 2 - 24.05.17.

<sup>17</sup> 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial. 3. Comunicaciones de EMCALI a Alianza. 002. Comunicado EMCALI 1000889632018 - 07-12-2018.

En virtud de lo anterior, EMCALI no participara en los costos de operación ni inversiones que corresponda al desarrollo de la nueva red de la Alianza para la vigencia 2020 - 2040. De igual forma se deben efectuar los ajustes correspondientes en las Fiducias constituidas para esta nueva red de la nueva Alianza, en lo correspondiente a la participación de EMCALI en los costos.

151. En sesión del Comité Ejecutivo de la Alianza del 15 de agosto de 2019, EMCALI ratificó su posición de no participar en el proyecto de la Nueva Alianza 2020 – 2040 (en adelante la “Nueva Alianza”) (hecho 25 de la demanda aceptado en la contestación).
152. El 27 de enero de 2020 terminó el Acuerdo No. 1 de 1997, hecho que es aceptado por las dos partes.
153. La Fiduciaria de Occidente S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Fiduoccidente FID 3-1-5300 la Alianza 1 y 2 suscribió con IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P. un contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto Alianza Fases 1 y 2 (hecho 28 de la demanda aceptado en la contestación).
154. La Nueva Alianza continuó utilizando el cable OPGW que había sido instalado en virtud del Acuerdo No. 1 de 1997 (hecho 6 de la demanda de reconvención aceptado en la contestación a la misma).
155. El 28 de julio de 2020, IC ASESORÍAS Y PROYECTOS S.A.S. E.S.P. emitió un Informe Ejecutivo de Liquidación del Proyecto (hecho 38 de la demanda aceptado en la contestación), el cual no fue aceptado por EMCALI, como lo manifestó el Gerente General de esta sociedad en la reunión del 23 de noviembre de 2020<sup>18</sup>.

## **E. LA NATURALEZA DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997**

### **E.1. El establecimiento de la Alianza**

156. Entre las empresas que integran la parte Convocante, algunas por comparecencia inicial, otras por incorporación posterior, y EMCALI, empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, se celebró el 14 de mayo de 1997 un contrato, denominado el “Acuerdo No. 1 de 1997” con el objeto de ejecutar conjuntamente un proyecto de red de fibra óptica, (en adelante “el Proyecto”), para el montaje de un cable de fibra óptica soportado en las líneas de transmisión de energía eléctrica de alta tensión de propiedad de ISA y de otras empresas del sector eléctrico.

---

<sup>18</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 016. Acta de reunión EMCALI - 27.11.2020.

157. Mediante el mencionado Acuerdo las partes conformaron una Alianza, integrada inicialmente por cinco grupos, ampliada luego a seis<sup>19</sup>, y posteriormente a siete, para incorporar en el nuevo grupo a Orbitel (operador de LD) y Cocelco (operador de TMC)<sup>20</sup>. El 12 de diciembre de 2000 se incorporó AT&T por creación del Grupo 8<sup>21</sup>. Cada grupo estaba integrado por una o más empresas, entre las que estuvo EMCALI, y cada una de ellas sería propietaria directa de fibras ópticas del cable. En el tiempo de vigencia del Acuerdo hubo recomposición de los grupos, con ocasión de distintas operaciones jurídicas (cesiones y transformaciones empresariales) celebradas por los integrantes, hasta llegar a la actual composición, tal como se detalla en la demanda.
158. Como se acreditó, ISA le aportó a la Alianza el derecho a usar su red de transmisión de energía eléctrica de alta tensión por el término de 20 años para cada una de las fases del Proyecto.
159. En las estipulaciones del Acuerdo se fijaron las condiciones de participación y de manera especial lo relacionado con las inversiones, lo que se acordó hacer de manera proporcional a la participación porcentual de cada uno; el valor correspondiente a ISA sería descontado de las sumas a pagar a ésta por concepto de los derechos de uso de su infraestructura (numerales 12 y siguientes del Acuerdo).
160. Se convino la libre utilización y explotación de las fibras de propiedad de cada Parte, la facultad de prestar servicios de telecomunicaciones sujeto a las autorizaciones legales, así como la posibilidad de asociarse con otras empresas para explotar comercialmente las fibras propias, cederlas, enajenarlas o arrendarlas total o parcialmente.
161. Fue expreso el Acuerdo en hacer responsable a cada Parte de la instalación de los equipos necesarios para conformar y operar su red en las fibras de su propiedad y de asumir los costos correspondientes.
162. En cuanto a los costos generales de operación y mantenimiento, al igual que los que se ocasionen por las modificaciones, reparaciones o renovación de la red de fibra óptica se acordó que fueran asumidos por la Alianza, repartiendo los costos entre sus integrantes a prorrata de su participación en ella.
163. Para la administración de la Alianza las partes acordaron crear el Comité Ejecutivo, encargado de gestionar los recursos financieros y de tomar las decisiones requeridas para la correcta ejecución del proyecto en sus Fases 1 y 2. Cada una de las fases incluía el desarrollo de las actividades de diseño, adquisición, instalación y prueba del cable de fibra óptica, además de su posterior operación y

---

<sup>19</sup> Modificación N° 1 del 11 de junio de 1999, mediante al cual se creó el Grupo 6 (IMPSAT) y se fijaron los porcentajes de participación.

<sup>20</sup> Modificación N° 2 al Acuerdo No. 1 de 1997 del 15 de mayo de 2000.

<sup>21</sup> Modificación N° 3 al Acuerdo No. 1 de 1997.

- mantenimiento durante 20 años. Las decisiones en el Comité se tomaban con el voto favorable de la mayoría absoluta, según la proporción de la participación de cada parte.
164. El Comité Ejecutivo quedó facultado para expedirse su propio reglamento, bajo los lineamientos establecidos en el Acuerdo. El 11 de noviembre de 2004, el Comité aprobó la Reglamentación del Acuerdo No. 1 para la operación de la red, definiendo el régimen de los bienes comunes.
165. El contrato contenido en el Acuerdo No. 1 de 1997 incluyó las estipulaciones generales que las partes convinieron con el fin de dar paso al desarrollo del Proyecto.
166. Los miembros de la Alianza, con excepción de VALOREM S.A, suscribieron un Memorando de Entendimiento “MOU” el 17 de noviembre de 2015, el que tuvo por objeto: (i) la igualación de la vigencia de las Fases 1 y 2, de tal manera que las dos fases culminaran en la fecha prevista para la terminación de la Fase 2; y (ii) explorar la posibilidad de continuar conformando la Alianza, luego de que finalizara el Acuerdo 1 de 1997. Más tarde fue EMCALI la que comunicó que se abstendría de participar en la que posteriormente se denominó “Nueva Alianza 2020-2040”<sup>22</sup>, decisión que fue ratificada por EMCALI en reunión el Comité Ejecutivo del 15 de agosto de 2019.
167. El 22 de marzo de 2017, los integrantes de la Alianza a excepción de Valorem, suscribieron el Acuerdo 10, por medio del cual se igualaron las Fases 1 y 2 del Proyecto hasta el 27 de enero de 2020, y se acordó el porcentaje de participación para la distribución de los costos derivados de la prórroga de la Fase 1.

## E.2. Posición de las partes

168. En relación con la naturaleza del Acuerdo y las reglas para su interpretación, en los Alegatos de Conclusión manifestó la parte Convocante lo siguiente:

*“El Acuerdo No. 1 de 1997 es un contrato atípico de colaboración empresarial en el cual sus integrantes unieron esfuerzos para ejecutar el Proyecto Alianza Fases I y II, consistente en el montaje de un cable de fibra óptica de 48 fibras soportado en las líneas de transmisión de energía eléctrica de alta tensión propiedad de ISA INTERCOLOMBIA y de otras empresas del sector eléctrico colombiano. Este Acuerdo fue el primero de su naturaleza, por lo que para la época no existía regulación detallada.*

*De manera concreta, en el Acuerdo No. 01 de 1997 se pactaron prestaciones que tienen fuente en diversas figuras contractuales, dentro de las cuales se identifican dos grupos de obligaciones:*

---

<sup>22</sup> Comunicaciones No. 1000340072018 del 28 de mayo de 2018 y No. 1000889632018 del 07 de diciembre de 2018.

- (I) *Las relativas a la ejecución conjunta del Proyecto, concretamente, la construcción, diseño, adquisición, instalación, prueba, operación y mantenimiento del cable de fibra óptica en cada una de sus fases, y*
- (II) *Las referentes a la compartición de infraestructura eléctrica con ISA INTERCOLOMBIA, por el término de 20 años.*

(...)

*No obstante, las partes no realizaron ninguna manifestación expresa en el Acuerdo No. 01 de 1997 frente al devenir de los bienes sujetos a estas obligaciones al momento de su extinción por el vencimiento del plazo acordado para el desarrollo del Proyecto Alianza Fases I y II y, dado que las normas generales del derecho indican que la terminación del plazo es una causal de extinción de las obligaciones que hace insubsistente los derechos surgidos con ocasión del contrato, esta omisión se considera como un vacío convencional, el cual hace necesaria la aplicación de las reglas de interpretación e integración de los contratos para definir el régimen jurídico aplicable a este grupo de obligaciones en el marco del Acuerdo.*

*Al respecto, la jurisprudencia ha establecido los siguientes pasos de interpretación e integración de los contratos atípicos:*

*“los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines”*

(...)

*La aplicación de estas reglas en el caso particular, dan lugar a las siguientes consideraciones:*

- (I) *Acuerdo entre las partes: Las partes no definieron las condiciones de restitución de la infraestructura de ISA INTERCOLOMBIA a la terminación del Acuerdo;*
- (II) *Práctica social habitual: La práctica social habitual coincide con la de contratos atípicos que contienen el mismo tipo de obligaciones, como lo es el Acuerdo de Compartición No. 400-CIE1190-2021 de “Uso de la Infraestructura de Telecomunicaciones” 13 suscrito entre EMCALI y Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fiduoccidente FID 3-1-6685 Nueva Alianza14, donde se dispone la obligación de restitución (...)*
- (III) *Normas generales del derecho: Las normas generales del derecho indican que la terminación del plazo es una causal de extinción de obligaciones que hace insubsistente los derechos surgidos con ocasión del contrato –entre ellos el uso de la infraestructura de ISA INTERCOLOMBIA–, razón por la*

*cual la restitución deviene en una consecuencia natural del vencimiento del plazo de ejecución del Acuerdo. No obstante, las condiciones en que debe darse la restitución no están definidas en estas normas generales, de manera tal que, es necesario acudir a las normas del contrato típico afín.*

(IV) *Normas de contratos típicos afines: En la fase de calificación<sup>16</sup>, se advierte que el segundo grupo de obligaciones del Acuerdo No. 01 de 1997 contiene prestaciones que se adecuan a los elementos esenciales del Contrato de Arrendamiento regulado en el Código Civil (...)*”

169. La Convocada, por su parte, no se refirió de forma expresa a la naturaleza del Acuerdo No. 1, ni a los criterios aplicables para su interpretación. Solamente puso de presente en sus alegatos de conclusión que en los términos del artículo 1602 del Código Civil, *“las partes involucradas en un contrato están obligadas a cumplir con los términos y condiciones acordados, y estas disposiciones prevalecen sobre otras normas en la medida en que sean válidas y no contravengan la ley.”* Y agregó que *“el artículo 822 del Código de Comercio de Colombia establece que “las partes podrán pactar las condiciones y estipulaciones que estimen convenientes, siempre que no contraríen las leyes ni las buenas costumbres”. Para concluir que “Bajo la autonomía de la voluntad las partes pactaron las condiciones y estipulaciones específicas, entre las que de ninguna manera se encontró la de sustituir el cable OPGW por la sencilla razón que, se reitera, este cable cumplía las mismas funciones del cable de guarda que tenía instalado en 1997 INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA ISA.”*

### **E.3. Consideraciones del Tribunal sobre la naturaleza del Acuerdo No. 1 y los criterios de integración e interpretación aplicables**

170. En relación con el contrato de colaboración empresarial, la doctrina ha establecido lo siguiente:

*“Es decir que, aunque se reconozca como contratos de colaboración aquellos que crean una nueva persona jurídica para la obtención de un fin común, también se identifican como especies de estos contratos, aquellos que permiten la cooperación entre empresas independientes, conservando su “identidad y autonomía en lo que hace al resto de sus operaciones, por lo que nos encontramos ante una forma de integración o agrupación entre empresas independientes”<sup>23</sup>.*

*En resumen, podemos entender los contratos de colaboración empresarial en sentido amplio, como aquellos contratos que tienen por objeto posibilitar la cooperación entre empresarios para la consecución de un fin común, permitiendo la explotación conjunta de una actividad o negocio”<sup>24</sup>.*

---

<sup>23</sup> CABANELLAS, GUILLERMO y KELLY, Julio Alberto. Contratos de colaboración empresarial. Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L., 1987, p. 6. Citado por OVIEDO ALBÁN, Jorge y otros. Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo. Bogotá: universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Dike. 2010. P. 267.

<sup>24</sup> Jiménez Mahecha, Luisa Fernanda, *“La Responsabilidad Contractual en los Contratos de Colaboración Empresarial”*, Grupo Editorial Ibáñez, Pág. 31.

171. De la estructura y estipulaciones contenidas en el Acuerdo No. 1 de 1997, “La Alianza”, se puede afirmar que la forma adoptada para desarrollar el fin que las partes se propusieron con su celebración fue la de un contrato de colaboración empresarial, para el desarrollo de una actividad conjunta, esto es el Proyecto de fibra óptica objeto de este acuerdo. Aunque algunos contratos de colaboración empresarial, como pueden ser el contrato de comisión y el contrato de sociedad, entre otros, tienen una regulación propia en nuestro ordenamiento, el contrato de colaboración que celebraron las partes y que dio lugar a la Alianza Fases 1 y 2, no corresponde a un contrato tipificado en la legislación colombiana. Se trata entonces de un contrato atípico, en el que de conformidad con los actos necesarios para su ejecución, son varias las figuras que concurren, algunas tipificadas como es el caso de los contratos financieros que suscribió para la creación de Patrimonios Autónomos, contratos de compraventa, prestación de servicios etc., y otras prestaciones que no fueron enmarcadas en figura contractual típica alguna.
172. Las partes del contrato, como es común en los contratos de colaboración, se dispusieron a unir esfuerzos y recursos, para esta iniciativa o proyecto puntual, en el que acordaron montar, utilizar, operar y mantener un cable de fibra óptica utilizando la infraestructura de ISA y otras empresas del sector eléctrico. En este caso, las partes conformaron una Alianza estratégica para la participación en un negocio complementario a sus actividades comunes, para conseguir, entre otras, ventajas operacionales, sin comprometer su independencia competitiva en el campo del negocio propio.
173. La Corte Constitucional en sentencia C-172 de 2009 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), al analizar la figura contractual de los consorcios y uniones temporales, las cuales también constituyen formas de asociación de colaboración empresarial, precisó lo siguiente sobre los contratos atípicos de asociación:

*“La doctrina ha sostenido que dichas figuras son manifestación del principio de autonomía de la voluntad. La Constitución Política avala este tipo de negocios mediante la expresa consagración en el artículo 38 del derecho de asociación al indicar que el Estado garantiza “el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” y el artículo 4º del Código de Comercio le da especial relevancia al acuerdo de voluntades.*

*“Desde una óptica económica, la contratación atípica se fundamenta precisamente en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y muy especialmente el derecho mercantil que surge en esas prácticas y costumbres que van estableciendo los hombres según sus diferentes necesidades.*

*“Por ello, el postulado de la autonomía privada, como la expresión moderna de la libertad contractual, tiene un especial reconocimiento en el artículo 4º del Código de Comercio Colombiano, según el cual, los convenios entre particulares, tienen plena validez y sólo están sometidos a las normas de carácter imperativo”. (Arrubla Paucar,*

*Jaime Alberto. Contratos Comerciales II. Biblioteca Jurídica Dike. 2ª ed. 1992. Pág. 25)*”.

174. En estos términos, aunque estas figuras jurídicas carecen de una regulación particular en nuestro ordenamiento jurídico, son estructuras jurídicamente aceptadas a las que ordinariamente pueden acudir los individuos para la ejecución de sus fines empresariales y que al ser atípicas, los particulares tienen amplio margen de libertad para regularlas.
175. Al tratarse de un contrato atípico de colaboración empresarial, en todo caso es necesario examinar que se cumplan los requisitos de capacidad para obligarse, ausencia de vicios del consentimiento, objeto y causa lícitos.
176. No hay duda de que en el Acuerdo 1 de 1997 confluyen estos elementos. En efecto, se trata de un contrato celebrado por personas capaces, sin que se haya acreditado o aducido la existencia de vicio alguno en el consentimiento ni causa ilícita, y cuyo objeto es igualmente lícito. En estos términos, el contrato fue válidamente celebrado y por lo tanto estuvo llamado a producir los efectos jurídicos derivados de su celebración, como en efecto sucedió.
177. Ahora bien, en cuanto a la interpretación e integración de los contratos atípicos, como es el caso del Acuerdo No. 1 de 1997, en sentencia del 22 de octubre de 2001 dispuso la Corte Suprema de Justicia:

*“Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: [por] un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios ético- jurídicos rectores del ordenamiento; y, [por] otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.*

*En relación con este último aspecto, es decir, **la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de autointegración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.***

*Refiriéndose al punto, precisó esta Corporación que:*

*“(…) Al lado de los contratos usuales o comunes previstos por el ordenamiento jurídico positivo y sujetos a normas generales y particulares a cada uno de ellos, la doctrina y la jurisprudencia, han visto fluir los que desde la época del derecho romano, se llaman innominados, no porque no tengan denominación en la ley, sino*

en cuanto carecen de una disciplina legislativa especial. De aquí también el nombre de atípicos, en cuanto se separan de los contratos nominados, que, como se sabe, están tutelados por esa disciplina legislativa especial. Esto no significa, que la ley no reconozca la validez y eficacia de los primeros, sino que ellos deben estar dirigidos a realizar intereses merecedores de esas tutelas según el ordenamiento jurídico general”. Y así como existen reglas particulares para los contratos nominados singulares, deben buscarse las mismas reglas para los innominados de la misma especie, esto es, para cada uno de ellos (G. J. LXXXIV: 317).

Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales.

**Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse analógicamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la absorción según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la combinación, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular –nominado– y las normas mediante las cuales este está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, “estableciéndose una especie de ‘alfabeto contractual’, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una ‘dosificación’ de normas –o de grupos de normas–, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca” (G. J. LXXXIV: 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte “(..) todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si estas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris (ibídem).**

Finalmente, respecto del último grupo, francamente inusual, deben atenderse, como ya se dijera, las estipulaciones convenidas por las partes, que no contraríen normas de orden público; si persistiese el vacío, se reglará conforme a la normativa general de los contratos y la tipicidad social. A la analogía solamente podrá acudir en la medida que denote un rasgo significativo común a algún contrato típico.

Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados,

*en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines.*<sup>25</sup>

178. Y en sentencia del 9 de junio de 2021 estableció igualmente la Corte Suprema de Justicia:

*“3. – Los contratos atípicos o innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y la libertad contractual de las partes, por fuera de los modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil.*

***Precisamente ante la falta de regulación legal, cuando se presenten controversias entre las partes, la interpretación de los contratos de esta naturaleza puede generar perplejidades que deben ser resueltas por vía jurisdiccional. Al respecto, por la preponderancia de la autonomía negocial, es evidente que la primera fuente de interpretación se halla en las estipulaciones convencionales, no obstante, si estas lucen contradictorias o ambiguas, es preciso acudir a fuentes supletorias, que pueden buscarse en el régimen general de las obligaciones, o en el modelo contractual típico que más se asemeje al ajustado por los contendientes.***

*Sobre esta temática, Luis Diez Picazo<sup>26</sup>, sostiene que,*

*La doctrina, para resolver la cuestión de la disciplina normativa de los contratos atípicos, ha formulado dos tesis o puntos de vista distintos, a los que se ha llamado respectivamente “teoría de la absorción” y “Teoría de la combinación”. De acuerdo con la teoría de la absorción debe buscarse, dentro de la totalidad de los contratos atípicos, un elemento preponderante que se corresponda con el elemento preponderante de algún contrato típico y aplicar al conjunto la disciplina normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento preponderante. (...)*

*Para superar los obstáculos a los que conduce la teoría de la absorción, se ha formulado la llamada “teoría de la combinación”. De acuerdo con esta segunda teoría, cuando en los contratos atípicos coexisten prestaciones y elementos correspondientes a deferentes contratos típicos, la disciplina normativa aplicable a aquellos deberá reconstruirse combinando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos. De la teoría de la combinación se ha dicho que respeta en mayor grado la verdadera posición del problema, ya que trata de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada uno de los elementos del contrato, procurando la creación de un todo organizado.”<sup>27</sup> (resalta el Tribunal)*

---

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. No. 5817, 22 de octubre de 2001.

<sup>26</sup> Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol 1, Introducción Teoría del Contrato. 5º ed. Civitas, Madrid, 1996. Pág. 391.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, Sentencia SC2218-2021, 9 de junio de 2021.

179. Conforme lo ha precisado la jurisprudencia, para la integración e interpretación del Acuerdo No. 1 de 1997, al tratarse de un contrato atípico que, como se analizará más adelante, en su contenido convencional las partes incluyeron diferentes prestaciones y elementos de otros contratos típicos, se acudirá en primer lugar a lo que los partícipes establecieron (las estipulaciones convencionales), y de forma supletiva o ante la existencia de vacíos contractuales, a las normas generales de las obligaciones y los contratos, así como a la aplicación analógica con lo regulado en la legislación civil y comercial para las figuras afines.
180. Analizado el contenido obligacional del Acuerdo 1 y su clausulado, tiene en cuenta también el Tribunal, que la intención de las partes no fue constituir una alianza permanente, con lo cual, una vez cumplido su cometido, se produce su terminación y posterior disolución y/o liquidación.

## F. LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL ACUERDO NO. 1 DE 1997 FASES 1 Y 2

### F.1. Posición de las partes

181. La Convocante formuló en la demanda las siguientes pretensiones relacionadas con la terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997, en sus Fases 1 y 2:

*“PRIMERO. Como consecuencia de la terminación del Acuerdo No. 1 el 27 de enero de 2020, ordenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. el retiro de sus activos asociados a la operación del Acuerdo No. 1 de los espacios donde se ejecutaba el “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, ubicados en las siguientes locaciones:*

Caseta	Espacios ocupados	Ubicación <sup>43</sup>
	por EMCALI	
Caseta WBP	1 espacio No. 6 y 10% espacio No. 5.	Cra. 69 No. 25B-44 - Sótano -3 - Ed. World Business Port – WBP – Bogotá D.C.
Caseta Purnio	Espacio No. 3.	Kilómetro 8 vía Dorada-Honda o Bogotá; al llegar al río Purnio se voltea la derecha 4 Km.
Caseta San Carlos	Espacio No. 19	Municipio San Carlos, Corregimiento El Jordán vereda Juanes Carretera La Holanda – Pto. Nare.
Caseta Miraflores	1 espacio No. 16 y 10% espacio No. 12	Calle 49 No.9B-95,Via Santa Elena - Barrio Miraflores – Medellín.
Caseta La Virginia	Espacio No. 12	Entrada 6 carretera Pereira-Cerrito contiguo a vivero Pavas Parcelación Malabar Km. 7.
Caseta Yumbo	Espacio No. 12	Carretera antigua Cali-Yumbo Km 7. Yumbo - Valle 1 Km. Antes de la Glorieta Cencar.
Caseta San Bernardino	2 espacios No. 15 y No. 16	Vereda San Bernardino Vía al Bosque Popayán, Cauca.
Caseta El Bote	2 espacios No. 45 y No. 47	Vía a Palermo Km 1 Neiva – Huila.
Caseta Ibagué	Espacio No. 16.	Km 2 Vía a vereda Aparco Ibagué - Tolima

*SEGUNDO. Declarar que EMCALI E.I.C.E. E.S.P. se encuentra obligada al pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431).*

*TERCERO. Liquidar los derechos y obligaciones de EMCALI E.I.C.E E.S.P. en el Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” condenando a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431) por concepto de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2.”*

182. Frente a las anteriores pretensiones, la Convocada formuló las siguientes excepciones de mérito:

*“2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INCONGRUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN CON EL ACUERDO 01 DE 1997”.*

Al plantear esta excepción alega la Convocada que la liquidación que presenta la Convocante corresponde *“a un balance de cuentas de un contrato futuro, una nueva alianza, balance que además no tiene respaldo técnico probatorio”*. Agrega que el artículo 23 del Acuerdo 01 de 1997 estableció *“que los costos generales de operación y mantenimiento, así como los costos que se ocasionen por reparaciones modificaciones y renovaciones de la Red de fibra óptica serían asumidos por la alianza, repartiendo los costos entre sus integrantes a prorrata de su participación en ella”*, y precisa que *“(…) no hubo lugar a renovación, desmonte o sustitución de la fibra óptica, razón por la cual no hay lugar a que terminada la vigencia del acuerdo, el 27 de enero de 2020, pretenda la parte demandante exigir obligaciones respecto de situaciones fácticas que no ocurrieron bajo la vigencia del acuerdo 01 de 1997, condiciones fácticas que sólo se han planteado para la vigencia de una futura nueva alianza, y en todo caso inherentes a las necesidades de la nueva alianza, no a las prestaciones del acuerdo 01 de 1997”*.

Adicionalmente alega que EMCALI fue presionada para renovar el contrato inicial valiéndose de la liquidación, y señala que de *“una lectura literal del Acuerdo 01 de 1997 no se desprende que se haya pactado la reposición o remoción del cable de guarda al momento de finalizar la vigencia del acuerdo”*. Manifiesta que aunque el cable estaba proyectado con una vida útil de 20 años, *“en la práctica se siguió utilizando después de la expiración del plazo por parte del grupo mayoritario, razón por la cual no había lugar a estimar en la liquidación del Acuerdo 01 de 1997 valor económico a desmonte y sustitución alguna del cable”*.

*“3. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR DEFECTO NORMATIVO – SUSTANTIVO EN LA LIQUIDACIÓN”.*

En esta excepción la Convocada se refiere a la definición de la vida útil según las Normas internacionales de Información Financiera (NIIF), al Anexo No. 2 al Informe Ejecutivo – Liquidación *“Proyecto Red de Fibra Óptica Alianza Fases 1 y 2”*, en el que se establece una vida útil de componente de fibra óptica de mínimo 25 años, y a la prueba que en su concepto demuestra que la Alianza siguió cobrando a EMCALI a partir del 27 de enero de 2020 por el mantenimiento de los activos que EMCALI no retiró. Concluye que *“no se llevó a cabo la reestructuración que planteaban en la continuación de la Alianza 2020-2040 donde se pretendía demoler las casetas, sustituir el cable OPGW por un cable de guarda convencional, desmontar los nodos y transportar todos los elementos para disposición final”*.

#### *“4. OBJETO ILÍCITO”*.

Sobre este aspecto señala la Convocada que se presentó una presión a EMCALI a ceder bienes públicos a título gratuito por parte de los miembros de la Alianza. Hace referencia a la comunicación ICAP-FO-42-20 del 30 de enero de 2020.

#### *“5. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE”*.

Al fundamentar esta excepción alega la Convocada que los miembros de la Nueva Alianza tenían una posición dominante respecto de sus intereses de renovar el Acuerdo 1 de 1997. Manifiesta la Convocada que EMCALI fue objeto de presiones y coacciones en los siguientes aspectos:

- Al llevar a cabo actuaciones *“tendiente a obligar a en Cali a integrarse como miembro de la Nueva Alianza incluso con medidas como las de la suspensión del uso de segmentos del anillo”*.
- *“[E]jercer una presión indebida, un constreñimiento para que EMCALI E.I.C.E E.S.P. integrara la Nueva Alianza, con abuso de su posición dominante mayoritaria y validos del instrumento de la liquidación, con la finalidad que el coaccionado renovara el acuerdo 01 de 1997, bajo nuevas reglas”*.
- *“Conocido por los miembros de la Nueva Alianza la posición de EMCALI de no integrarse a esta nueva figura avino la presión para que EMCALI cediera a título gratuito los hilos de su propiedad”*.

183. Sobre las excepciones propuestas en la contestación de la demanda inicial denominadas *“falta de jurisdicción”*, *“falta de competencia”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“falta de legitimación en la causa por activa”*, se pronunció el Tribunal al estudiar los presupuestos procesales, encontrando que éstas no están probadas.

184. Adicionalmente la parte Convocada presentó demanda de reconvencción en la que incluyó las siguientes pretensiones en relación con la liquidación del Acuerdo 1 de 1997:

*“PRIMERO: Declarar que las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. se encuentran obligadas al pago de los costos asociados a las intervenciones con abuso de la posición dominante en el marco del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORREINTE COLOMBIANA, (\$4.000.000.000).*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración a anterior y de las conductas constitutivas de abuso de la posición dominante ORDENAR A las empresas UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. el pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORREINTE COLOMBIANA, ( \$4.000.000.000).”*

185. En relación con estas pretensiones, la Demandada en Reconvención formuló las siguientes excepciones:

*“4. Incongruencia e indeterminación de la pretensión segunda consecucional”.*

Señala la Demandada en Reconvención que no se explica el contenido de la liquidación que se solicita, ni la razón de la cuantía, ni es posible determinar su alcance.

*“6. La responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI, exclusivamente”.*

Manifiesta la Demandada en Reconvención que *“[e]l Acuerdo No. 01 de 1997 no constituye una relación contractual de acceso y/o interconexión ni de prestación de servicios entre quienes lo integran, sino que corresponde a un acuerdo de colaboración empresarial en el que cada compañía es responsable de sus servicios frente al usuario final”.* Agrega que *“la operación y mantenimiento de las fibras y bienes propiedad de EMCALI está a su cargo desde el 28 de enero de 2020, fecha de finalización del Acuerdo No. 01 de 1997, por lo cual cualquier afectación es consecuencia natural de los eventos propios de operación y mantenimiento incluyendo las afectaciones a las que se ve expuesta la Red por hechos externos y fuera del control de las partes y más aún si estas no cumplen con sus obligaciones financieras (...).”*

*“7. Ausencia de abuso de la posición dominante”.*

En esta excepción además de reiterar la alegación de falta de competencia del Tribunal, la Demandada en Reconvención señala que no se explica en qué consiste el supuesto abuso de posición dominante, ni cumple la Demandante en Reconvención con la carga de acreditar el abuso del derecho que quiere soportar. Agrega que en cuanto al alegado *“cese unilateral en el anillo el empate de los hilos de propiedad de EMCALI”*, este no existe *“por cuanto es responsabilidad de cada operador el garantizar la prestación del servicio y a la luz del Acuerdo no existe una prestación correlativa de servicios entre los operadores”*. Concluye que *“la convocante en reconvención incumple la carga argumentativa de explicar por qué las conductas o circunstancias referidas en los hechos constituyen un abuso de la posición dominante en la relación negocial, pues en ningún apartado de su demanda, despliega ejercicio argumentativo o probatorio alguno para demostrar que convocadas incurrieron en alguno de los supuestos reconocidos por la Jurisprudencia para que sea declarado a su favor la ocurrencia de un abuso del derecho en la relación negocial que nos compete”*.

*“8. Falta de prueba de los valores expresados en las pretensiones – Falta de determinación de los perjuicios.”*

Afirma la Demandada en Reconvención que deben declararse fracasadas las pretensiones indemnizatorias y de condena de EMCALI, *“por falta de prueba de la existencia y cuantificación de los perjuicios reclamados, siendo este uno de los requisitos que debe ser demostrado para la prosperidad de cualquier pretensión indemnizatoria”*.

186. La Demandada en Reconvención también formuló las excepciones denominadas *“1. Imprecisión y falta de claridad de la pretensión primera y consecuenciales – Incumplimiento del numeral 4º del artículo 82 del Código General del Proceso”*, *“2. Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda de reconvención y consecuenciales”*, *“5. Incongruencia de los valores expresados en las pretensiones primera, segunda, y tercera con los reclamados en el juramento estimatorio - Incumplimiento del numeral 7º - Art. 82 del Código General del Proceso”*, las cuales fueron analizadas en aparte anterior de este Laudo.
187. La controversia planteada por las partes, tanto en la demanda como en la reconvención y sus respectivas contestaciones, se centra en la determinación de los costos asociados a la liquidación de la participación de EMCALI con ocasión de la terminación del Acuerdo No. 1. Además, se discute si en la terminación y liquidación de este Acuerdo ocurrieron intervenciones con abuso de posición dominante por parte de las Convocantes hacia EMCALI, situación que es planteada por EMCALI, como excepción de mérito en la contestación a la demanda inicial y como parte del *petitum* de la reconvención.

## **F.2. Consideraciones del Tribunal**

### **F.2.1. La terminación del Acuerdo No. 1 y presupuestos para la determinación de los costos a cargo de EMCALI asociados a su liquidación**

188. Se probó en este proceso que:

- El Acuerdo No. 1 de 1997, en sus Fases 1 y 2, terminó el 27 de enero de 2020, por vencimiento del plazo de duración del Contrato, hecho que es aceptado por las dos partes.
- EMCALI manifestó su voluntad de no participar en la Nueva Alianza (hecho 21 de la demanda de reconvenición aceptado por la Demandada en Reconvenición).
- A partir del 27 de enero de 2020 la Nueva Alianza, en la cual no participó la Convocada, continuó con la operación de un nuevo proyecto de fibra óptica para lo cual siguió utilizando el cable OPGW que se había instalado en desarrollo del Proyecto objeto del Acuerdo No. 1. La continuidad en la utilización del cable OPGW por parte de la Nueva Alianza, fue aceptada por la Convocante al contestar el hecho 6 de la demanda de reconvenición. En efecto en este hecho la Demandante en Reconvenición manifestó “(...) *la vida útil de estas fibras resultó superior a los 20 años estimados al punto que en día siguen siendo objeto de uso por el grupo mayoritario*”, y la Demandada en Reconvenición contestó que era cierto con la aclaración “*que la vida útil remanente del cable OPGW se estima entre los 4 y 6 años, según los resultados del Análisis Electromecánico del Cable de Fibra Óptica del tipo OPGW presentado por ISA INTERCOLOMBIA a IC ASESORÍAS Y PROYECTOS S.A.S., el 21 de marzo de 2021*”.

189. Teniendo en cuenta los anteriores hechos, y las pretensiones y excepciones que mutuamente se han formulado las partes, procede entonces el Tribunal a determinar si EMCALI debe o no asumir los costos que las sociedades Convocantes reclaman le corresponden a la primera con ocasión de la liquidación de su participación en el Acuerdo No. 1.

190. Para el efecto tiene en cuenta el Tribunal que, como lo ha establecido el Consejo de Estado, “*liquidar un contrato es ajustar, saldar, pagar o determinar el valor de las acreencias y de las deudas correspondientes al mismo, así como ponerle fin a los derechos y obligaciones que derivan de la fuente contractual. (...) La liquidación (...) es un ajuste o rendición final de cuentas que se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes o saldos a favor o en contra de cada uno o se declaren a paz y salvo, según el caso, para extinguir el negocio jurídico celebrado (...) La liquidación es una actuación que procede con posterioridad a la terminación normal o anormal del contrato estatal, por causas contractuales o legales o por causas atribuibles a ambos contratantes o a uno de ellos. Entre los modos o causas normales de terminación de los contratos, pueden incluirse: (i) el cumplimiento del*

*objeto; (ii) el vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato, y (iii) el acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes*<sup>28</sup>.

191. Revisado el Acuerdo No. 1 de 1997, observa el Tribunal que en este las partes no incluyeron un acuerdo específico sobre su liquidación o las obligaciones que tendrían las partes al momento de su terminación. En efecto, no se evidencia disposición contractual alguna en la que las partes hubiesen efectuado alguna previsión en torno a la terminación y liquidación del Acuerdo No. 1, situación que aceptan las dos partes.

192. En este sentido, y como ya se expuso, tratándose de un contrato atípico, en el que las partes no acordaron una regulación expresa en relación con su terminación y liquidación, para efectos de determinar si a EMCALI le corresponde asumir algún costo asociado a la liquidación del Acuerdo 1, el Tribunal tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 871 del Código de Comercio, que en relación con el principio de la buena fe determina *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*, las normas generales del derecho de las obligaciones, y, adicionalmente, de ser el caso, aplicará, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, las reglas del Contrato típico que más se le parezca considerando las diferentes prestaciones acordadas por las partes en el Acuerdo No. 1<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, sentencia del 28 de junio de 2016, Rad. No. 11001-03-06-000-2015-00067-00(2253), Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

<sup>29</sup> Al respecto la Corte Suprema de Justicia estableció: *“Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales.*

*Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse analógicamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la absorción según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la combinación, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular –nominado– y las normas mediante las cuales éste está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, “estableciéndose una especie de ‘alfabeto contractual’, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una ‘dosificación’ de normas –o de grupos de normas–, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca’ (G.J. LXXXIV, pág. 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte ‘... todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris’ (ibidem)”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de octubre 2001, Rad. 5817).*

*“(…) empero si pactaron situaciones nuevas, el manejo hermenéutico de acuerdo con nuestros códigos será aplicar los marcos jurídicos previstos para los contratos típicos que más se le parezcan (analogía) o los relativos a los principios generales de las obligaciones y/o los contratos y en últimas siguiendo los principios generales del derecho, respetando siempre, igualmente, los referentes jurídicos de orden general de los contratos”. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de mayo de 2014, Rad. 2007 00299 01).*

193. En los términos del numeral primero del Acuerdo No. 1, el objeto del mismo consistía en ejecutar *“conjuntamente un proyecto de Red de Fibra Óptica (en adelante denominado el “Proyecto”)”* para *“el montaje de un cable de fibra óptica (...) utilizando la infraestructura de propiedad de ISA y de otras empresas del Sector Eléctrico”*. Como ya se analizó en esta providencia, se trata de un contrato de colaboración para el montaje, utilización y mantenimiento de un cable de fibra óptica OPGW que se instalaría utilizando la infraestructura de ISA y de otras empresas del sector eléctrico, infraestructura en la que se encontraba instalado un cable de guarda de ISA. Como se señala en el numeral 4 del Acuerdo 1, para la ejecución del Proyecto, ISA aportó *“el derecho a usar su red de transmisión de energía eléctrica de alta tensión (...) por el término de veinte (20) años de operación para cada una de las fases de ejecución”*, a cambio de una contraprestación fijada en los numerales 13 y siguientes del Acuerdo No. 1. Adicionalmente, como se determina en los numerales 5, 20 y 30.2 del Acuerdo 1, reformado este último en la Modificación No. 3 al Acuerdo 1, cada parte es propietaria de un número determinado fibras ópticas del cable de 48 fibras, y es responsable de instalar los equipos necesarios para conformar y operar su red en las fibras de su propiedad.
194. Atendiendo la naturaleza y objeto del Acuerdo No. 1 observa el Tribunal que se trata de un contrato atípico de colaboración empresarial en el que coexistente diferentes prestaciones y elementos, como es, el uso de una infraestructura a cambio de una contraprestación, la compartición de la infraestructura, el uso de bienes comunes y propios, la asociación para compartir unos costos y gastos de operación, entre otros. En cuanto a la utilización de la infraestructura de ISA y las obligaciones que surgen a la terminación del Acuerdo en relación con esta infraestructura, teniendo en cuenta que en el Contrato no se incluyó regulación alguna en torno a los derechos y obligaciones de las partes a su terminación, en virtud del principio de la buena fe contractual consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio y lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la integración de los contratos atípicos, se entenderá que el Contrato objeto de este proceso no sólo obliga a lo pactado expresamente, sino a todo aquello que corresponda a su naturaleza. En este sentido, se considerará la naturaleza de las diferentes prestaciones que en este Acuerdo pactaron las partes, y, como lo ha determinado la jurisprudencia, de no existir una regulación expresa en el Contrato, mediante un proceso de integración se acudirá a las normas del contrato típico que más se le asimila.
195. Como se ha analizado previamente, en la Alianza Fases 1 y 2, las partes acordaron utilizar la infraestructura de ISA en la que se encontraba instalado un cable de guarda convencional, para el montaje de una red de fibra óptica, a cambio de una contraprestación a favor de ISA. Se trata entonces de un acuerdo de colaboración empresarial - lo cual será tenido en cuenta al determinar los derechos y obligaciones de las partes al momento de su terminación -, en el que las prestaciones relacionadas con el uso de la infraestructura de ISA presentan elementos propios del contrato de arrendamiento.

196. En este contexto, dado que las condiciones de restitución de la infraestructura entregada por ISA para su uso no están explícitamente reguladas en el Acuerdo ni en las normas generales del derecho de las obligaciones, corresponde aplicar las normas del contrato típico que más se asimila, el cual, dada la naturaleza de estas prestaciones, es el de arrendamiento. En efecto, teniendo en cuenta que el Acuerdo No. 1 otorgó a la Alianza el derecho de uso de la infraestructura de ISA a cambio de una contraprestación, y la definición que del contrato de arrendamiento trae el artículo 1973 del Código Civil<sup>30</sup>, resulta claro que este marco obligacional se ajusta a la figura del arrendamiento regulada en la Ley.
197. Se destaca además que, aunque la Convocada ha manifestado que en el Acuerdo No. 1 no se pactó que, a su terminación, habría lugar a la reposición del cable de guarda que se encontraba instalado para la protección de la línea de alta tensión<sup>31</sup>, esta parte no ha planteado argumentación alguna sobre si la situación contractual objeto de controversia guarda mayor similitud con otro tipo de contrato diferente al de arrendamiento.
198. Observa adicionalmente el Tribunal que tanto las sociedades Convocantes como la Convocada tienen entre su actividad empresarial la prestación de servicios de telecomunicaciones, y para desarrollarla es usual que establezcan relaciones con los propietarios de la infraestructura para su compartición, en los que se fijan condiciones de uso y restitución, entre las que normalmente se acuerda el pago de un canon por el uso y la restitución de la infraestructura en las condiciones en que se entregó, como se evidencia en el Acuerdo de Compartición No. 400-CIE-1190-2021, suscrito entre EMCALI y Fiduciaria de Occidente como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de la Nueva Alianza, para el uso remunerado de infraestructura de telecomunicaciones<sup>32</sup>. En este sentido, la aplicación de las normas del arrendamiento para la situación que en este proceso se discute en torno a la entrega de la infraestructura de ISA a la terminación de la Alianza, resulta igualmente acorde con la práctica contractual plasmada en acuerdos posteriores.
199. Así las cosas, el Tribunal además de considerar la naturaleza del Acuerdo No. 1 y el principio de la buena fe contractual, acudirá a las normas del contrato de

---

<sup>30</sup> El artículo 1973 del Código Civil dispone que *“el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”*. Señala el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía que *“El contrato de arrendamiento es aquel por el cual una persona confiere a otra el goce de una cosa a cambio de un precio”* (Contratos Notas de Clase, Legis, 2021, pág. 549), lo cual encuentra el Tribunal que coincide con las prestaciones que en marco del Acuerdo No. 1 acordaron las partes en torno al uso de la infraestructura de ISA a cambio de una contraprestación.

<sup>31</sup> Véase hechos 9 y 11 de la Demanda de Reconvención.

<sup>32</sup> En este acuerdo se convino que es obligación de la Nueva Alianza *“25. Conservar en buen estado la infraestructura de EMCALI mientras esté haciendo uso de ella y restituirla en las mismas condiciones, una vez terminado dicho uso, salvo el deterioro natural de la misma”*. Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 3. Dictamen pericial aportado por la Convocante, Anexo 16

arrendamiento para el análisis que a continuación se hace de las pretensiones y excepciones que mutuamente se formularon las partes en este proceso.

### **F.2.2. Retiro de los activos de EMCALI (Pretensión Primera de la Demanda)**

200. En la pretensión primera de la demanda la Convocante solicita que con ocasión de la terminación del Acuerdo 1, se ordene a EMCALI “el retiro de sus activos asociados a la operación Acuerdo No. 01 de los espacios donde se ejecutada el “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, ubicados en las siguientes locaciones:

<b>Caseta</b>	<b>Espacios ocupados por EMCALI</b>	<b>Ubicación<sup>43</sup></b>
Caseta WBP	1 espacio No. 6 y 10% espacio No. 5.	Cra. 69 No. 25B-44 - Sótano -3 - Ed. World Business Port – WBP – Bogotá D.C.
Caseta Purnio	Espacio No. 3.	Kilómetro 8 vía Dorada-Honda o Bogotá; al llegar al rio Purnio se voltea la derecha 4 Km.
Caseta San Carlos	Espacio No. 19	Municipio San Carlos, Corregimiento El Jordán vereda Juanes Carretera La Holanda – Pto. Nare.
Caseta Miraflores	1 espacio No. 16 y 10% espacio No. 12	Calle 49 No.9B-95, Via Santa Elena - Barrio Miraflores – Medellín.
Caseta La Virginia	Espacio No. 12	Entrada 6 carretera Pereira-Cerrito contiguo a vivero Pavas Parcelación Malabar Km. 7.
Caseta Yumbo	Espacio No. 12	Carretera antigua Cali-Yumbo Km 7. Yumbo - Valle 1 Km. Antes de la Glorieta Cencar.
Caseta San Bernardino	2 espacios No. 15 y No. 16	Vereda San Bernardino Via al Bosque Popayán, Cauca.
Caseta El Bote	2 espacios No. 45 y No. 47	Vía a Palermo Km 1 Neiva – Huila.
Caseta Ibagué	Espacio No. 16.	Km 2 Via a vereda Aparco Ibagué - Tolima

201. En su alegato de conclusión, en relación con esta pretensión, la Convocante precisó que la Convocada ya retiró parte de los activos, quedando pendientes solamente los de “La Virginia” y “Yumbo”<sup>33</sup>. Considerando la anterior manifestación de la Convocante, se analizará esta pretensión circunscrita exclusivamente a las Casetas de La Virginia y Yumbo.

202. En relación con esta pretensión, en su alegato de conclusión la Convocada manifestó:

<sup>33</sup> “A octubre de 2023, el área de ingeniería del Proyecto Nueva Alianza –actual operador de la infraestructura–, reporta que EMCALI continúa ocupando espacios en las casetas “La Virginia” y “Yumbo”. Por tal razón, y con el fin de guardar coherencia con el devenir de los acontecimientos ocurridos con posterioridad a la radicación de la demanda, en lealtad procesal, ratificamos la solicitud de orden de retiro contenida en la pretensión No. 1 de la demanda inicial en lo que respecta a estos dos espacios, exclusivamente.”

*“Los testimonios pudieron demostrar que el manejo y control con cronogramas de las casetas de mantenimiento se realizó siempre por el grupo técnico adscrito al grupo mayoritario, y que lentamente este grupo mayoritario vino autorizando, desde el mes de agosto del año 2020, el retiro de los activos de EMCALI instalados en las casetas de mantenimiento así lo demuestran el informe entregado por el gerente de EMCALI el día 23 de julio de 2023:*

*27. Informe actividades DWDM realizadas para el retiro de los equipos DWDM de propiedad de EMCALI ubicados en las casetas de la Alianza en diferentes subestaciones del país.*

*Por tanto, la pretensión siguiente no podrá concederse:*

*“PRIMERO. Como consecuencia de la terminación del Acuerdo No. 1 el 27 de enero de 2020, ordenar a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. el retiro de sus activos asociados a la operación del Acuerdo No. 1 de los espacios donde se ejecutaba el “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2, ubicados en las siguientes locaciones:...”*

203. La Señora Agente del Ministerio Público sobre esta pretensión señaló lo siguiente:

*“Por otro lado, como quedó evidenciado por la narrativa del Perito Guillermo Orozco, los bienes que no son comunes sino exclusivos de EMCALI, como casetas y los posibles de trasladar, no se han levantado por su dueño EMCALI, LA PRETENSION PRIMERA (demanda principal), esto es, ...el retiro de sus activos asociados a la operación, de los espacios donde ejecutaba el proyecto, ubicados en las diferentes locaciones, casetas que allí se precisa su ubicación, se torna procedente máxime que se advirtió que no pagaba los gastos de mantenimiento (pese a observarse que la Fiduciaria ha aplicado el sistema de pago por compensación, pero esto fue en el año 2022).”*

204. Al respecto, encuentra el Tribunal que al haber terminado el Acuerdo No. 1 el 27 de enero de 2020 por el cumplimiento del plazo fijado en el mismo, y al haber manifestado EMCALI su voluntad de no continuar en el proyecto de la Nueva Alianza, surge necesariamente la obligación para EMCALI de retirar aquellos bienes de su propiedad que no hacen parte de los activos comunes. Según lo establecido en el numeral 20.1 del Acuerdo 1 de 1997, cada parte era *“responsable de instalar los equipos necesarios para conformar y operar su red en las fibras de su propiedad”*. En este sentido, tratándose de un contrato de colaboración, en el que para EMCALI finalizó la Alianza que tenía con las sociedades Convocantes en enero de 2020, en virtud del principio de la buena fe contractual que rige este acuerdo, EMCALI debe retirar los equipos de su propiedad que no hacen parte de los activos comunes que fueron instalados en desarrollo del Proyecto.

205. Además, el Tribunal observa que EMCALI, a través de su conducta, ha reconocido la existencia de esta obligación. En efecto, como lo señaló la Convocante en su alegato de conclusión y el representante legal de EMCALI en la complementación al informe presentado en este proceso, la Convocada ya retiró la mayoría de los equipos.

206. En la complementación del informe rendido por el representante legal de EMCALI, en relación con el retiro de los equipos señaló:

11. El 23 de agosto de 2022, bajo las autorizaciones de retiro pedidas al GRUPO TÉCNICO DE LA ALIANZA, y sujetos al cronograma que elaboraba este GRUPO TÉCNICO, y a la disponibilidad de la Nueva Alianza, se iniciaron los retiros de los equipos inactivos así:

ITEM	SUBESTACIÓN	EQUIPOS		FECHA DE RETIRO
		OSN8800	OSN 6800	
1	WBP	1	2	23/08/2022
2	IBAGUE		1	25/08/2022
3	MIRAFLORES	1	2	23/01/2023
4	YUMBO		1	26/01/2023
5	EL BOTE	1	2	06/02/2023
6	LA VIRGINIA		1	21/02/2023
7	SAN CARLOS		1	22/03/2023
8	SAN BERNARDINO	1	2	31/05/2023
9	PURNIO		1	

207. Advierte entonces el Tribunal que mientras la Convocante afirma que los equipos de las casetas de Yumbo y La Virginia no han sido retirados, el representante legal de la Convocada señala como fecha de retiro de los equipos OSN6800 para estas subestaciones el 26 de enero de 2023 y el 21 de febrero de 2023, respectivamente. En relación con el retiro de los equipos, el señor Libardo Sánchez Agredo, dijo en su testimonio:

*“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perfecto. Una precisión para..., antes que ya, creo que estamos pasando a otro tema. Usted nos mencionó en su declaración que fueron ya a retirar esos equipos; quisiera saber, ¿esos equipos ya fueron retirados todos los equipos o todavía hay equipos de EMCALI? EL DECLARANTE: Pues, yo estuve hasta hace un año y todavía creo que estaban en procesos de retiro, todavía, creo que están en proceso..., no sé si, la verdad no sé si ya los terminaron de retirar, esta parte hay que hacérsela ya a la gente que está activo en el proceso, pero hasta este año 2023 sé que el interventor, porque me pidió algunas referencias de algo..., yo ya no estando en la empresa, que ellos todavía estaban retirando equipos.”* (resalta el Tribunal)

208. En este sentido, del material probatorio allegado al proceso no es claro para el Tribunal si en efecto fueron retirados todos los equipos de las casetas de Yumbo y La Virginia o si quedan allí algunos equipos propiedad de EMCALI que no hacen parte de los activos comunes. En consecuencia, teniendo en cuenta que a EMCALI le corresponde retirar los activos de su propiedad asociados a la operación del Acuerdo No. 1 que terminó en enero de 2020, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión primera de la demanda en el sentido de ordenar a la parte Convocada

que proceda a retirar los activos de su propiedad asociados a la operación del Acuerdo No. 1 ubicados en las casetas de Yumbo y La Virginia, que a la fecha de este Laudo Arbitral se encuentren aun en estas casetas.

### ***F.2.3. Análisis de la excepción de abuso de posición dominante planteada por la Convocada y de la pretensión primera de la demanda de reconvencción***

209. De forma previa a pronunciarse sobre las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial, encuentra el Tribunal que corresponde analizar las alegaciones que ha planteado EMCALI tanto en la demanda de reconvencción, como en la contestación de la demanda inicial, relativas a la existencia de una conducta que en concepto de EMCALI debe calificarse como de abuso de posición dominante por parte de las Convocantes, y cuyos costos asociados a las denominadas “*intervenciones con abuso de posición dominante en el marco del Acuerdo No. 1*”, EMCALI solicita se reconozcan en la liquidación de este Acuerdo.

#### **F.2.3.1. El abuso de la posición dominante invocado por EMCALI en la contestación de la demanda inicial y en la demanda de reconvencción**

210. Manifestó la entidad Convocada y Demandante en Reconvencción que a lo largo del proceso quedaron en evidencia múltiples circunstancias configurativas de condiciones abusivas ejercidas por parte del grupo mayoritario de miembros que integraron la Alianza.<sup>34</sup> Según su decir, dichas actuaciones tuvieron lugar antes, durante y después de la terminación del acuerdo contractual objeto de este litigio. Así, presuntamente, aquellos que optaron por continuar en la Nueva Alianza conformaron a partir de 2019 un grupo que identificó como “*mayoritario y dominante*” con respecto a EMCALI, la entidad Convocada.

---

<sup>34</sup> El Convocado fundamenta sus alegaciones en las disposiciones de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, y refiere, en sus alegatos de conclusión, a los siguientes artículos:

*ARTÍCULO 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones: (...) 11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.*

*ARTÍCULO 30. Principios de interpretación. Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.*

*ARTÍCULO 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.*

*Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes: (...) 34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.*

*ARTÍCULO 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas: (...) 133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.*

211. En primera medida, esgrime EMCALI que en el 2019 el grupo conformado por UNE E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. CENTURLINK COLOMBIA S.A.S., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C, COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S. planteó para el escenario de la Nueva Alianza, que tendría lugar entre los años 2020 y 2040, el cambio del cable OPGW y que los costos de dicha sustitución debían ser asumidos en partes iguales entre los miembros que concurrieran a ella y no de manera proporcional a su participación inicial. Por su parte, señala la Convocada, EMCALI se opuso reiterativamente a los términos de la Nueva Alianza que fueran señalados anteriormente.
212. Manifiesta igualmente la Convocada y Demandante en Reconvención, en sus alegaciones, que en el mes de mayo de 2020 se produjo un primer corte o interrupción de los hilos de EMCALI y que dentro de los dos meses siguientes a este hecho denunciado se produjeron *“amenazas y advertencias intimidatorias”*, derivadas de su decisión de no continuar dentro del proyecto, lo que en su decir constituyó un abuso de posición dominante.
213. Alega la Convocada que la interrupción de los empalmes de fibra óptica se dio en el marco de la pandemia, en la que se expedieron decretos de emergencia como el 464 de 2020, en los que se establecía que los servicios de telecomunicaciones, incluyendo Internet, eran esenciales, y los operadores estaban obligados a mantener los servicios de Internet de forma ininterrumpida. Agrega que estos cortes se hicieron *“con abierta violación de las normas del servicio público enunciadas”*.
214. Argumenta también la Convocada en sus alegatos de conclusión, que la designación por parte de la directiva del grupo mayoritario al gerente general para realizar las labores de liquidación del contrato a través de IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P., bajo su propia dirección resultó en un informe final *“sesgado”* y *“sospechoso”* que desconoció, entre otros, el principio empresa en marcha, lo que al final derivó en una asignación de valor cero a los hilos y activos de EMCALI. En este sentido, afirma que para realizar la mencionada liquidación se tomaron en cuenta *“escenarios futuros”* (los que corresponderían a la Nueva Alianza) lo que resultaba incompatible con los términos del Acuerdo 1 de 1997.
215. Plantea adicionalmente en la demanda de reconvención (hecho 19) que los miembros de la Alianza presionaron a EMCALI, *“en el marco del abuso de la posición dominante y bajo el instrumento de una pretendida liquidación del contrato”*, a ceder bienes públicos, lo que añade, constituye *“un objeto de naturaleza ilícita, consistente en efectuar una cesión a título gratuito de bienes de naturaleza pública”*. Cita para el efecto la comunicación ICAP-FO-42-20 del 30 de enero de 2020.
216. Considera entonces la Convocada que las circunstancias descritas anteriormente, sumadas a lo que denominó el *“corte definitivo”* de los hilos de EMCALI en octubre

de 2020, se enmarcaron dentro de lo estipulado, entre otros, en el artículo 133 de la Ley 142 de 1992.

**F.2.3.2. Posición de la parte Convocante y Demandada en Reconvención sobre el supuesto abuso de posición dominante alegado por EMCALI**

217. Sostiene la Convocante que en la actualidad, los proveedores de servicios de telecomunicaciones están sujetos a una estricta regulación que establece los principios de acceso, interconexión y competencia justa, con el objetivo de proteger los derechos de los usuarios finales. Por lo tanto, no es aceptable que un operador continúe utilizando de manera irregular una infraestructura que ha sido mejorada y mantenida con recursos de terceros, basándose en una idea falsa de derechos derivados de una relación contractual que ya no existe.
218. Frente a las intervenciones a la infraestructura alegadas por EMCALI sostiene la parte Convocante que el anuncio de desconexión que se efectuaría el 20 de marzo de 2020 nunca tuvo lugar ni existen pruebas que lo acrediten. Así mismo, que la intervención del 12 de mayo de 2020 tuvo como origen una orden del propietario de la infraestructura -ISA INTERCOLOMBIA-, y no fue una decisión de los demandados en reconvención.
219. Así mismo, que EMCALI no desplegó ningún tipo de acción tendiente a lograr la reconexión de sus enlaces pues no movilizó cuadrillas propias, ni concurrió al pago de los costos de mantenimiento que le correspondían. Insiste, igualmente, en que a la fecha de dicha intervención no existía ningún título legal ni contractual que permitiera a EMCALI utilizar la infraestructura donde se encontraban los enlaces de su propiedad.
220. Alega la Demandada en Reconvención que la intervención del 21 de octubre de 2020 no fue relacionada en los hechos de la demanda, por lo que toda prueba que tenga por objeto este hecho resulta impertinente y debe rechazarse por parte del Tribunal según lo señalado en el artículo 161 del Código General del Proceso.
221. En relación con la pandemia del Covid-19, plantea la Demandada en Reconvención que las afectaciones que haya podido tener EMCALI no son imputables a las sociedades Convocantes que integraron la Nueva Alianza, pues estas son atribuibles exclusivamente a la falta de previsión y negligencia de EMCALI, y entre las excepciones planteó que la responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es exclusiva de EMCALI.
222. Al contestar el hecho 19 de la demanda de reconvención señaló que la comunicación ICAP-FO-42-20 del 30 de enero de 2020, era una propuesta que podía ser aceptada o no por EMCALI, por lo que *“no puede ser considerada como un abuso de posición dominante”*, la cual, además se presentó a las empresas que decidieron no hacer parte de la Nueva Alianza, no solo a EMCALI, y dicha posición fue rectificada en comunicación ICAP-NA-07-20 del 20 de marzo de 2020.

223. Por todo lo anterior, concluye que EMCALI incumplió su carga de acreditar el abuso del derecho que pretende demostrar.

### **F.2.3.3. Posición de la Agente del Ministerio Público**

224. Frente a la demanda de reconvención, entiende la Agente del Ministerio Público que deben proceder las excepciones o medios de defensa que plantean las empresas demandadas, como que *la responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI exclusivamente*.

225. Adicionalmente, considera que *no se pudieron probar los valores expresados*, e incluso que se evidenció en este trámite total ausencia de acreditación del daño alegado. En ese contexto las pretensiones de la demanda de reconvención se quedan sin prueba que sustente lo afirmado.

### **F.2.3.3. Consideraciones del Tribunal sobre las alegaciones de abuso de posición dominante**

226. Corresponde en esta instancia al Tribunal de Arbitraje evaluar la ocurrencia o no de una presunta conducta de abuso de posición dominante por parte de las sociedades Demandadas en Reconvención UNE E.P.M. TELECOMUNICACIONES S.A., INTERNEXA S.A., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A. CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S. , COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C , COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S en el contexto planteado en la excepción propuesta por la parte Convocada así como en la pretensión primera de la demanda de reconvención.

227. Para tales efectos, resulta necesario abordar esta problemática sobre la base del análisis de las aparentes conductas desplegadas por la parte Convocante y Demandada en Reconvención, que según la Convocada, en sus alegatos de conclusión, se manifestaron en los siguientes escenarios:

1. *“El cambio de las reglas de juego, en perjuicio de EMCALI, explicitada en el año 2019.*
2. *El primer corte o interrupción de hilos de EMCALI, producido en el mes de mayo de 2020, exhibido como primer latigazo intimidador, por la “osadía” de EMCALI de no aceptar las nuevas reglas del grupo mayoritario dominante para el nuevo escenario.*
3. *Las amenazas y advertencias intimidatorias entre los meses de mayo y julio de 2020, algunas textualizadas en sendos documentos.*
4. *La autorización de la directiva del grupo mayoritario dominante al gerente general para que realizara a través de IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P., y bajo su*

*misma dirección, el informe de liquidación en el que el grupo mayoritario dominante mostraba interés.*

5. *La elaboración del informe de liquidación con prestaciones no pactadas, desconociendo el principio empresa en marcha, por asignar valor de cero (0) pesos a los hilos o activos de EMCALI y el principio devengo, al tener como base de la liquidación no escenarios causados, propios de la terminación de un contrato, sino escenarios futuros, los de la Nueva Alianza, no pactados en el acuerdo 01 de 1997.*
  6. *La utilización del informe de liquidación para producir nuevas intimidaciones en contra de EMCALI.*
  7. *El corte definitivo de hilos que algunos declarantes de la parte convocante, como fue el caso del documento aportado por Tigo, reconocen como una reprimenda definitiva a EMCALI. Un escenario de Bullying Empresarial en pleno siglo XXI.”*
228. Procederá entonces este Tribunal a evaluar las conductas anteriormente señaladas sobre la base de las pruebas obrantes en el proceso, entendiendo que las mismas confluyen en tres grandes grupos de ideas, a saber **i) las decisiones tomadas por los miembros de la parte Convocada en Reconvención para determinar las condiciones del negocio constitutivo de la Nueva Alianza; ii) los “cortes” o “interrupciones” de los hilos que incidieron en la utilización de la infraestructura existente por parte de EMCALI; iii) la puesta en marcha del proceso liquidatorio del Acuerdo 01 de 1997, incluyendo la realización del correspondiente informe final de liquidación.**
229. Previo análisis de las circunstancias aludidas resulta conducente precisar que el concepto de abuso de posición dominante en el derecho colombiano se manifiesta en dos escenarios completamente diferentes, a saber:
230. En primer lugar, el abuso de posición dominante en el mercado, que se refiere a una situación en la cual una empresa o grupo de empresas tiene una posición de poder significativa en el mercado que le permite actuar de manera independiente y tomar decisiones que afectan la competencia y el comportamiento de otros actores del mercado. Esta forma de abuso se determina a través del análisis de distintos factores, como la participación de mercado de la empresa, la existencia de barreras de entrada para otros competidores, la capacidad de la empresa para fijar precios de manera unilateral, el acceso a recursos clave o tecnologías exclusivas, entre otros. En resumen, esta modalidad de posición dominante en Colombia se refiere a la capacidad de una empresa o grupo de empresas de ejercer un control significativo sobre el mercado, lo cual implica responsabilidades y obligaciones para evitar prácticas anticompetitivas y preservar un entorno de competencia justo y equitativo.<sup>35</sup> Así, el abuso de la posición dominante puede darse cuando quien

---

<sup>35</sup> Es importante destacar que la posición dominante de mercado por sí misma no es ilegal, pero su abuso para restringir la competencia y perjudicar a otros actores del mercado puede ser considerado una práctica anticompetitiva. Así, el abuso de posición dominante se refiere a una práctica anticompetitiva en la cual una empresa o grupo de empresas utiliza su posición dominante en el mercado para restringir la competencia y ejercer un poder desmedido

ostenta una posición de dominio en un mercado incurre en conductas que son calificadas como abusivas<sup>36</sup>, aspecto este que no será objeto de análisis en esta providencia, pues cualquier conducta en este sentido escapa al alcance del pacto arbitral invocado, el cual restringe la competencia del Tribunal a la ejecución, terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997.

231. En segundo lugar, el abuso de la posición dominante también puede ocurrir en el marco de las relaciones contractuales, cuando una parte que ostenta una posición fuerte o de dominio en la relación contractual, incurre en una conducta abusiva en perjuicio de la parte débil. Sobre esta distinción entre el abuso de la posición dominante en el mercado y en la contratación, en el Laudo Arbitral del Tribunal de Arbitraje que dirimió las diferencias entre Punto Celular Ltda. y Comunicación Celular S.A. – COMCEL S.A (Laudo del 23 de febrero de 2007), se expresó:

*“En efecto, es necesario distinguir entre posición dominante **en el mercado**, de posición dominante **en la contratación**. Se trata de dos conceptos que, si bien podrían coincidir en un caso concreto, son diferentes.*

*La primera consiste, según el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, en la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. “[L]a posición dominante en el mercado se distingue esencialmente por la capacidad que tiene una empresa o persona, para determinar en forma directa o indirecta el precio, calidad, cantidades y demás condiciones dentro de un mercado’ (1) (Miranda Londoño, Alfonso. Abuso de Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado”, publicado en la Revista del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia – CEDEC-, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 18997, pág. 52).*

*“Por su parte la posición dominante en una relación contractual se refiere a la posibilidad que tiene una persona, por razones de superioridad originadas en causas de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio*

sobre sus competidores, clientes o proveedores. Algunos ejemplos de abuso de posición dominante pueden incluir prácticas como fijación de precios predatorios (vender por debajo del costo para eliminar a competidores), negativa injustificada de venta o suministro de bienes o servicios, imposición de condiciones contractuales abusivas, discriminación de precios sin justificación objetiva, entre otros.

<sup>36</sup> En el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, “por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, se dice: “ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. 4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado. 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción. 6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

*concreto y específico, independientemente de si quien detenta tal superioridad negocial posee o no posición dominante frente al mercado general”.*

232. Con el propósito de ahondar sobre la distinción entre la posición dominante en el mercado y la que puede tenerse en la celebración y ejecución de actos contractuales, el Tribunal citó al expositor Ernesto Rengifo, en los siguientes términos:

*“Se ha señalado que el abuso de posición dominante tiene una naturaleza bifronte en la medida en que se puede expresar en relaciones jurídicas provenientes o derivadas de un negocio jurídico o se puede expresar en el mercado. En líneas generales, se puede decir que el abuso de posición dominante contractual se presenta por lo regular entre no competidores, en tanto que el de mercado tiene o puede tener incidencia entre competidores (...). Así mismo, el primero puede ser calificado y censurado por cualquier juez permanente o transitorio, tratándose de árbitros; en cambio respecto del abuso de posición dominante en el mercado hay si se quiere un control no difuso sino especializado en la medida en que sólo puede ser declarado por entes u órganos especializados del sector público o por los jueces mediante el ejercicio de una acción especial de estirpe constitucional” (3) (Rengifo García, Ernesto. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, Págs. 353 y 354).”*

233. Advierte entonces el Tribunal que la determinación sobre la existencia o no de una conducta abusiva en las relaciones contractuales corresponde definirla a la luz de las obligaciones y disposiciones contractuales, en conjunto con el principio de la buena fe contractual que rige las relaciones entre comerciantes que prestan servicios públicos y no en el ámbito de una relación entre empresas prestadoras de servicios públicos y el usuario final (artículo 1603 del Código Civil y artículo 871 del Código de Comercio).
234. EMCALI como fundamento de sus alegaciones en torno al abuso de posición dominante aduce una posible vulneración de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, normativa que según lo establece en su artículo primero aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural. En este sentido, aunque la Ley 142 de 1994 solo resulta aplicable a los servicios públicos domiciliarios, condición que no ostenta el servicio de internet, los principios inmersos en esta normativa en cuanto a la continuidad en la prestación del servicio y la prohibición de prácticas abusivas, se encuentran igualmente desarrollados en la Ley 1341 de 2009 que regula de forma particular el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y la Ley 2108 de 2021 que determinó que el acceso a internet es un servicio público de carácter esencial. Por tal razón, para el análisis que se pasa a realizar se tendrá en cuenta que la normativa aplicable en todo caso proscribía las prácticas abusivas en las relaciones entre los operadores que concurren en este mercado.

235. Así las cosas, en este contexto procederá el Tribunal a analizar si en efecto, en la ejecución, terminación y liquidación del Acuerdo No. 1 de 1997, se presentaron conductas que puedan ser calificadas como “abusivas” por parte del denominado por la Convocada “grupo mayoritario”, y, de ser estas “abusivas”, si se han ocasionado unos perjuicios a la Convocada y Demandante en Reconvencción que deban ser indemnizados, considerando la actividad económica que desarrollan las partes que integraron la Alianza.
236. Resta agregar que la diversidad de conductas alegadas como constitutivas de un “abuso de posición dominante” ocurrieron “antes, durante y con posterioridad a la terminación del acuerdo contractual” No. 1 de 1997, como lo manifestó la parte Convocada y Demandante en Reconvencción en sus alegatos de conclusión. No obstante, también es claro que las mismas deberán ser analizadas por el Tribunal en el contexto del Acuerdo objeto del presente litigio dada la competencia que otorga la cláusula compromisoria en él contenida; es decir, se determinará si las mismas, independiente del contexto en el que se produjeron, tuvieron la aptitud para constituirse en actos abusivos del grupo mayoritario respecto de EMCALI en el marco negocial referido.

**i) Las decisiones tomadas por los miembros de la parte Convocada en Reconvencción para determinar las condiciones del negocio constitutivo de la Nueva Alianza**

237. Como se ha señalado en la presente providencia, resultó probado que el 14 de mayo de 1997 se suscribió el Acuerdo No. 1 denominado “Proyecto Red de Fibra Óptica”, cuyo objeto consistió en la realización de una Alianza para el montaje de un cable de fibra óptica de 48 fibras utilizando la infraestructura de ISA INTERCOLOMBIA y otras empresas del sector eléctrico. De conformidad con lo establecido en el numeral cuarto del Acuerdo 1 de 1997 ISA INTERCOLOMBIA aportó el derecho a usar su red de transmisión de energía eléctrica por el término de 20 años.
238. La ejecución del Proyecto objeto del Acuerdo No. 1 de 1997 fue concebida en dos fases por lo que se acordó la finalización de los derechos de uso para la Fase 1 el 31 de octubre de 2018 y para la Fase 2 el 27 de enero de 2020. No obstante, las empresas miembros de la Alianza, a excepción de Valorem, suscribieron un Memorando de Entendimiento mediante el cual acordaron revisar las condiciones financieras y comerciales que regirían la igualación de las vigencias de las Fases 1 y 2 de manera que la fecha de vencimiento de ambas fuera la que se tenía establecida para la Fase 2.
239. Así, el 22 de marzo de 2017, se suscribió por parte de los vinculados al MOU, el Acuerdo No. 10 para materializar la extensión de la Fase 1 hasta la culminación de la Fase 2, es decir hasta el 27 de enero de 2020. Como consecuencia de la no participación de VALOREM en la prórroga de la vigencia de la Fase 1 para su igualación con la Fase 2, el porcentaje de participación para la asunción de costos

de O&M en la prórroga de la Fase 1, entre el 1 de noviembre de 2018 y el 27 de enero de 2020, correspondió al 5.63380% para EMCALI.

240. En desarrollo del mencionado MOU, en el que las empresas también acordaron explorar la posibilidad de continuar conformando la Alianza luego de finalizado el Acuerdo 01 del 14 de mayo de 1997, el Comité Ejecutivo de la Alianza Fases 1 y 2 y Comité Directivo Nueva red Años 2020 – 2040 determinó, en reunión que se llevó a cabo el 24 de mayo de 2017, que la participación de los integrantes en la Nueva Alianza sería igualitaria. En esta reunión EMCALI manifestó su intención de que se mantuviese la participación proporcional y señaló que *“la decisión de participar o no en la nueva Alianza en las condiciones evaluadas y presentadas en la presente reunión, deben ser llevadas a decisión del nuevo Gerente General de EMCALI”*<sup>37</sup>.
241. En comunicación de 13 de abril de 2018, dirigida por el señor Iader Maldonado Robles, Presidente del Comité Ejecutivo Red Alianza, al señor Gustavo Adolfo Jaramillo Velásquez, Representante Legal de EMCALI, se expresó:

*“Una vez presentados los resultados de los análisis realizados respecto a las diferentes opciones y consideraciones evaluadas por los grupos de trabajo conformados por todas las empresas, se definieron los siguientes aspectos:*

*1- Duración de la Nueva Alianza: Los nuevos acuerdos tendrán una duración inicial de veinte (20) años, es decir desde enero del año 2020 hasta enero del año 2040.*

*2- Alcance: Una vez sean establecidos los acuerdos para compartición de la infraestructura eléctrica y de telecomunicaciones utilizada actualmente por la red de fibra óptica de La Alianza, las empresas que conformen la Nueva Alianza adelantarán un proyecto para la instalación de un nuevo cable OPGW, de acuerdo con los estudios técnicos que serán efectuados para determinar las prioridades y el cronograma del proyecto constructivo.*

*3- Tipo de cable: El nuevo cable a utilizar para la red de fibra óptica de la Nueva Alianza será tipo OPGW de por lo menos 48 hilos (24 pares).*

*4- Distribución de la participación de las empresas la Nueva Alianza: Los rubros correspondientes a las inversiones, costos y gastos que se requieran para la construcción y operación conjunta de la red de fibra óptica de la Nueva Alianza se repartirá por partes iguales entre las empresas participantes, con excepción del costo de energía el cual continuará siendo asumido por cada empresa de acuerdo con el consumo de la empresa correspondiente.*

---

<sup>37</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI, 019. Acta 140 de Comité Ejecutivo Alianza Fases 1 y 2 - 24.05.17.

*Por otra parte, con respecto a los hilos del cable OPGW y los recursos y equipos de uso común, estos también serán redistribuidos para su uso por partes iguales entre las empresas participantes de la Nueva Alianza<sup>38</sup>. (Subraya fuera del texto)*

242. En este orden de ideas, sostiene EMCALI en este trámite arbitral que dicha decisión, entre otras conductas, configuró una actuación constitutiva de un abuso de posición dominante por parte de las empresas convocadas en reconvención, lo que se pasará a revisar a continuación.
243. Según consta en prueba testimonial rendida por el Ingeniero Reinaldo Henao Barberi, Subgerente de Operaciones de la Gerencia de Tecnologías de la Información de EMCALI, quien, refiriéndose a los términos en que fue tomada la referida decisión, señaló al ser interrogado por la agente del Ministerio Público:

**“EL MINISTERIO PÚBLICO:** ... Ingeniero, usted nos narró que frente a la decisión de continuar la Nueva Alianza bajo un esquema financiero de participación igualitaria o de participación en proporción a los números de hilos, ¿la decisión se tomó con base en qué?, ¿cómo llegaron al acuerdo?

**(...) EL DECLARANTE:** Ah, en el marco de las reuniones de La Alianza pues se mira en los diferentes escenarios en términos de las diferentes opciones, ¿no es cierto?, porque también había una parte en que cuántos hilos necesitaba, y las empresas manifestaron; y en proporción a eso, pues también hay unos costos, porque había un presupuesto, un presupuesto de cuánto podría costar. Entonces, obviamente, pues una decisión entre..., de acuerdo a la infraestructura e igualitaria, pues, era una distinción que iba a impactar el tema de los costos, que finalmente es el que lleva EMCALI en un análisis ya de su parte, de su alta gerencia, a la Gerencia General, y la situación de EMCALI pues a decir ‘no, no, no se puede continuar’ y que lo manifiesta a través de una comunicación. ¿Eso cómo..., cómo fue?, eso fue, se pone en consideración y se..., hubo una votación de las diferentes empresas, fue una votación.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** Por votación de las diferentes empresas.

**EL DECLARANTE:** Sí.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** ¿En esa votación la mayoría votaron por participación igualitaria?

**EL DECLARANTE:** Sí.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** Bueno. ‘La mayoría’, ¿podríamos decir un 90% de los miembros?

**EL DECLARANTE:** Sí, todos, menos EMCALI.

---

<sup>38</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI, 001. Comunicado ICAP-NR-05-18 - Invitación a EMCALI a participar en la NA - 13.04.2018.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** O sea, una votación... Ok. ¿Entonces, si era una posición mayoritaria, por qué habla EMCALI de posición dominante?, ¿era la que dominó en ese problema, pero sin matices de imposición?, porque por votación ustedes tenían la opción de seleccionar uno u otro.

**EL DECLARANTE:** Claro, claro, sí, y EMCALI seleccionó la de por...

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** ¿Por no participar?

**EL DECLARANTE:** En la votación la de en proporción, ¿no es cierto?, y al final EMCALI dice, pues, en esas condiciones no puede ir EMCALI.

**EL MINISTERIO PÚBLICO:** Bueno. En ese momento, ¿ustedes en perspectiva temían que eso les fuera a representar pérdidas, si no seguían con la Nueva Alianza?

**EL DECLARANTE:** Pues, son escenarios financieros en el sentido de que... cómo podríamos nosotros suplir esa..., esa comisión, ¿no es cierto?, frente también a unas inversiones que había que hacer y la explotación que pudiera hacer de una infraestructura que iba más allá de lo que iba a necesitar EMCALI, o sea, si tú necesitas dos hilos, pues, tener más hilos pues no..., no tenía sentido; y pagar por ellos pues tampoco, ¿sí?, esa era la..., esa era... Entonces, te enfrentas a un tema de una inversión sobre una infraestructura igualitaria pues que realmente no vas a requerir para proveer los servicios.”

244. En el mismo sentido, en comunicaciones remitidas por el Representante Legal de EMCALI al Presidente del Comité Ejecutivo Red Alianza, fechadas de 28 de mayo de 2018<sup>39</sup> y 18 de noviembre de 2019<sup>40</sup>, se manifestó que:

*“(...) ante el monto de las inversiones a realizar y frente a la condición actual de la empresa, no es posible para EMCALI comprometer las inversiones demandadas para el proyecto”.*

245. Para este Tribunal resulta claro que la decisión consignada en la reunión que se llevó a cabo el 24 de mayo de 2017, relativa a que la participación de los integrantes en la Nueva Alianza sería igualitaria, correspondió a una decisión libre de quienes tenían la intención de participar en este nuevo acuerdo y cuyo propósito era sentar las bases del mismo, dada la inminente terminación del Acuerdo No. 1 de 1997.
246. En efecto, las condiciones de la Nueva Alianza 2020 – 2040, como negocio jurídico independiente, debían ser el resultado de un acuerdo mutuo entre los concurrentes al mencionado negocio. La decisión de participar en una Nueva Alianza y establecer sus términos, era una determinación autónoma e independiente de cada una de las sociedades que tenían la intención de hacer parte de este nuevo proyecto, que no estaba supeditada a un simple juego de mayorías decisorias como podría ocurrir

---

<sup>39</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 3. Comunicaciones de EMCALI a Alianza.

<sup>40</sup> Expediente Digital: 2. Pruebas aportadas por la Convocada, 1. Pruebas aportadas con la contestación a la demanda inicial, página 27 del PDF.

en un negocio jurídico plurilateral en curso, ya que el establecimiento de dicha Alianza debía necesariamente involucrar la realización de nuevas inversiones y la asimilación de nuevos riesgos que cada uno de los participantes debía valorar para determinar la conveniencia o no de concurrir a su formación.

247. Es claro que las condiciones de mercado en que se ejecutó el Acuerdo No. 1 de 1997 habían cambiado con el pasar del tiempo y que las empresas vinculadas al mismo estaban completamente legitimadas para considerar nuevas estrategias y planes de inversión que derivaran en unas condiciones favorables para sus intereses en el establecimiento de un nuevo acuerdo. No resulta lógico ni ajustado a derecho que por la voluntad de uno de los miembros de una alianza cuyos términos habían vencido, las demás tuviesen que plegarse a unas condiciones contrarias a sus intereses empresariales concurriendo a la formación de un nuevo negocio cuyos términos no les resultaran favorables.
248. Así, el consentimiento mutuo para el escenario de la Nueva Alianza resultaba esencial para garantizar la conveniencia en las nuevas relaciones contractuales para todos los suscribientes, por lo que si una de las partes no estaba de acuerdo con los términos acordados por los demás miembros, tenía la alternativa de retirarse y evaluar otras alternativas que se ajustaran más a sus necesidades.
249. Si bien la coyuntura de la pandemia que ocurrió con posterioridad a la toma de esta decisión empresarial, aunado a las desconexiones del servicio que ocurrieron y que serán analizadas más adelante, afirma EMCALI derivaron en grandes dificultades para que pudiese cumplir con sus obligaciones contractuales frente a sus usuarios, este Tribunal no considera probado que la decisión de las sociedades que integran la parte Convocante de suscribir una nueva Alianza con una participación diferente a la que se había fijado para la Alianza Fases 1 y 2, haya sido producto de estrategias encaminadas a producir un daño en el patrimonio o en la reputación de EMCALI, ni de conductas que puedan ser calificadas como contrarias a la buena fe contractual ni abusivas. Por el contrario, la decisión de conformar una Nueva Alianza y el establecimiento de nuevas condiciones fue el resultado de una estrategia empresarial legítima para determinar las formas de un nuevo negocio en el que sus miembros deberían asumir derechos y obligaciones en los términos más convenientes para sus intereses, fruto de una negociación entre los interesados que finalmente concluyó con las condiciones contractuales que fueron acordadas por quienes libremente manifestaron su voluntad de continuar en el Proyecto. Ahora bien, es de precisar que este hecho se consolidó con mucha anticipación a la fecha de terminación del Acuerdo 01 en enero de 2020 y a la declaratoria oficial de pandemia en marzo del mismo año, por lo que las dificultades alegadas por EMCALI en la prestación del servicio a sus usuarios no pueden ser imputadas a los miembros de la Alianza.
250. En similares términos, concluyó la agente del Ministerio Público en su informe final sobre este punto, así:

*“De este acontecer, probado en el proceso, observa esta agencia del Ministerio Publico que fue bajo una dinámica muy democrática –votación- que se fijó la forma de determinar el porcentaje en la participación en los costos de mantenimiento y operación que entraría a regir a quienes suscribieran la NUEVA ALIANZA 2020-2040 del Proyecto de Red de Fibra Óptica, a partir de enero 27 de 2020; y si bien la forma o porcentaje de participación resultó ser una forma distinta a la que regía en la Alianza Fase 1 y Fase 2 pasando de proporcional a igualitaria, ello no tiene ningún viso de “abuso” o “posición dominante, bajo el entendido que Posición mayoritaria fruto de una votación que culminó con 5 a 3, a favor de la Opción Participación igualitaria, no lleva implícito ni coacción, ni atentado a la libre formación del consentimiento. Máxime que ninguna de estas circunstancias las probo EMCALI”.*

251. Visto lo anterior, no encuentra el Tribunal que en la ejecución del Acuerdo No. 1 o en la fase de su terminación y liquidación, la conducta que la Convocada cuestiona como abusiva, tenga esa connotación. Es de reiterar que el Acuerdo No. 1 terminó por vencimiento del término acordado, cuestión que es aceptada por las dos partes, por lo que habiendo finalizado la Alianza Fases 1 y 2, los porcentajes de participación que para esta Alianza habían acordado las partes no resultaban exigibles para otros acuerdos que pudieran realizar quienes participaron en la Alianza. Adicionalmente tanto en su ejecución como en su terminación no se observa que las sociedades que, en su momento acordaron integrar una Nueva Alianza bajo una participación igualitaria, hayan aplicado, interpretado o pretendido modificar las disposiciones contractuales del Acuerdo No. 1 en desmedro de EMCALI, o incurrido en conductas contrarias a la buena fe contractual, ni en conducta abusiva alguna.

**ii) Los “cortes” o “interrupciones” de los hilos que incidieron en la utilización de la infraestructura existente por parte de EMCALI**

252. Sostiene EMCALI que por cuenta de su decisión de no participar en el proyecto denominado Nueva Alianza y debido a la expresión de sus inconformidades a los términos de la liquidación del Acuerdo 1 de 1997, fue sometida a una serie de cortes e interrupciones del servicio que resultan en una manifestación de abuso de posición dominante por parte de las Convocadas en Reconvención, máxime cuando dichos cortes se dieron durante la pandemia del Covid -19.

253. En tal sentido, en el testimonio del ingeniero Eugenio Castro Medina, Profesional Operativo 1 de la Unidad de Prospectiva y Desarrollo del Negocio de la Gerencia de las TIC de EMCALI, se consignó la siguiente afirmación:

***“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE:** Perfecto. No sé... ¿Del tema de La Alianza participó usted en algún otro tema?, ¿le consta alguna otra..., algún otro asunto en relación con La Alianza, que le pueda comentar al Tribunal?*

***EL DECLARANTE:** Sí, sí, sufrimos la presión, de parte de La Alianza, de desconexión, presión de que debíamos firmar la liquidación, ¿sí?, es tan así que estamos en pandemia, estamos en pandemia y el 12 de mayo nos desconectan de un lado (...)*

**PREGUNTADO:** “Bien. ¿Nos puede describir, a modo general, cuáles fueron las situaciones de presión, en concreto, que usted recuerde que padeció EMCALI en esos meses de marzo a mayo de 2020, que finalizaron en la desconexión de sus hilos?”

**CONTESTÓ:** “Sí, el 11 de mayo, un día antes de esa ventana de mantenimiento, nos dicen ‘va a haber una ventana de mantenimiento, va a haber cambio de caja de empalme, sus hilos no van a quedar empalmados’, así, a mansalva, y el 12... hacen efectivo eso y quedamos sin servicio por el lado izquierdo del anillo, llamémoslo así, ¿sí?, entonces, todo el tráfico en pandemia queda pendiente solamente del lado derecho, ¿sí?, en plena pandemia, lo repito, todo mundo confinado en la casa con necesidades de internet dependemos de un hilo, como se dice popularmente; y después empieza la presión porque ya viene la liquidación, entonces ellos nos presionan para que firmemos..., para que firmemos..., aceptemos la liquidación y que paguemos los costos de operación y mantenimiento del 27 de enero del 2020 en adelante.” (resalta el Tribunal)

254. No obstante, en el curso de la misma declaración, el ingeniero Castro Medina manifiesta que fue informado que el corte que se identifica en el apartado anterior se produjo por cuenta de un requerimiento de ISA INTERCOLOMBIA y que no fue una decisión unilateral de los miembros de la Alianza.

**“EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, REY:** Muy bien, me hago una primera pregunta, ¿desde el punto de vista técnico, ese entre comillas, “corte del lado izquierdo” al que usted hace referencia, implicaba, en su entendimiento, para La Alianza, digamos, algún beneficio para ellos?, ¿se ahorran algo...?, es decir, ¿o lo estaban haciendo por una circunstancia de qué naturaleza?, según su criterio, su entender.

**EL DECLARANTE:** Bueno, EMCALI tenía su tráfico por los hilos 13 y 14, ¿sí?, de 48 hilos que tiene ese cable, hilos 13 y 14; ISA informa que va a hacer una..., un movimiento, algún trabajo en una torre, ¿sí?, y, según el comunicado que envía..., que envía La Alianza, dicen que ‘dado que va a haber ese trabajo, eso implica..., eso implica hacer un trabajo de cambio de una caja de empalme de fibra óptica en esa torre’, torre número 14, creo que es, ¿sí?

**EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, REY:** Correcto, correcto.

**EL DECLARANTE:** Entonces, de alguna manera, no sé qué hizo ISA, movió la torre, qué sé yo, les tocó cambiar..., lo cierto es que les tocó cambiar la caja de empalme, ¿sí?, entonces..., supongamos que cambiaron la caja de empalme, en la caja de empalme vieja estaban empalmados los 48 hilos, ¿sí?, ahora ponen una nueva, ¿sí?, y ellos lo advierten en el comunicado ‘no van a ser empalmados los hilos de EMCALI’...

**EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, REY:** Correcto.

**EL DECLARANTE:** ...efectivamente, cambian la caja, empalman el hilo 1, el 2, el 3, el 4, el 5, el 6, el 7, el 8, el 9, el 10, el 11, el 12, se saltan el 13, se saltan el 14, y siguen con 15, 16..., hasta el 48, entonces, por eso quedamos por fuera.”

255. Lo anteriormente señalado se soporta igualmente en la comunicación de 11 de mayo de 2020 aportada con la demanda inicial en la que se informa a EMCALI que se llevaría a cabo una ventana de mantenimiento el 12 de mayo, ordenada por ISA INTERCOLOMBIA el 8 de mayo, así:

*“En el marco del desarrollo del proyecto Nueva Alianza, se está dando trámite a los cronogramas de trabajo de mantenimientos preventivos y correctivos de la Red. En ese sentido, el pasado viernes 8 de mayo recibimos la notificación por parte de ISA INTERCOLOMBIA que el día de mañana 12 de mayo de 2020, se llevará a cabo la VM- FO008 correspondiente a la variante de la torre 14 en el enlace Guatapé – San Carlos que compromete al cable OPGW, trabajos que llevan implícita la restitución de la Caja de Empalme instalada en la referida torre. Considerando que estos trabajos se harán con cargo a los aportes realizados en la Nueva Alianza y bajo el contrato celebrado por ésta con la empresa encargada de dichas labores, sin que EMCALI haya hecho parte de ninguno de estos acuerdos, implicará que los hilos de fibra propiedad de EMCALI en dicho tramo no podrán ser objeto de empalme óptico [...]”<sup>41</sup>*

256. En lo relativo al mencionado empalme de los hilos a los que se refieren las pruebas anteriores y que fueron desconectados para permitir el desarrollo de las actividades de mantenimiento, manifestó el ingeniero Castro Medina, lo siguiente:

**“PREGUNTADO:** *Bien, le hago una pregunta muy concreta sobre cuadrillas, también ahorita nos explica qué es una cuadrilla, y nos puede informar sobre si La Alianza o ISA, la empresa que dirigía Carlos Alberto Grajales, le informó a EMCALI sobre la necesidad de enviar cuadrillas, por parte de EMCALI, para la conexión de sus cables durante las ventanas de mantenimiento en mayo y en octubre del 2020.*

**CONTESTÓ:** *No, no ha lugar, porque esa labor no la hacen las cuadrillas de cada empresa; una cuadrilla es dos - tres personas encargadas, para el caso concreto de la del 12 de mayo, encargados en empalmar hilos de fibra, entonces, eso lo hace, como dije antes, una empresa contratada por IC Asesorías; entonces, no ha lugar que las demás empresas tengan que mandar cuadrillas, imagínense cuadrillas conformadas por dos - tres personas de nueve empresas en una ventana de mantenimiento de 12:00 de la noche a 6:00 de la mañana, o sea, es mucha gente trabajando en una cajita de –me imagino- 20 por 40 centímetros, o sea, eso no..., no..., no ha lugar, no ha lugar, las empresas no tenían que enviar cuadrillas.*

**PREGUNTADO:** *¿Es decir que el manejo y el envío de las cuadrillas le correspondía o lo hacía era -IC (no es claro el nombre)- la empresa que dirigía Carlos Alberto Grajales, y lo hacía a través de la tercerización o el contrato con terceros?*

**CONTESTÓ:** *Así es, así es; ellos en una de las cartas dicen que ‘dado que EMCALI no ha participado... no ha aportado dinero en La Nueva Alianza, y ese contratista es*

---

<sup>41</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI, 008. Comunicado ICAP-NA-19-20 - EMCALI - Continuidad del Servicio y Costos O&M - 11.05.2020.

*pagado con esos dineros, y EMCALI no hace parte, entonces, ese contratista no puede empalmar los hilos de EMCALI', lo dicen expresamente en los comunicados."*

257. En el mismo sentido se pronunció el testigo Reinaldo Henao Barberi, Subgerente de Operaciones de la Gerencia de Tecnologías de la Información de EMCALI, al ser preguntado sobre los procedimientos para realizar nuevamente los empalmes de los hilos en cuestión:

*"EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Perfecto. Hay una precisión con esta última pregunta que se le hizo, ¿EMCALI solicitó expresamente permiso para acceder a hacer los empalmes?"*

*EL DECLARANTE: No. No, no, no, porque no había..., porque, de hecho, nosotros conocemos que eso lo hace es una..., es una empresa, especí..., es alguien especializado que contrata La Alianza; es que lo dice en la misma comunicación, lo dice 'a través de los contratos que tiene suscritos en esto..., eso son...', y es una actividad en una torre y es una actividad en una caja y, como ya le dije, no..., no estamos..., ni siquiera tenemos acceso, no, eso no se solicitó. Además, no hay antecedente, pues, que EMCALI y algunos miembros de La Alianza tuviera que hacer eso en alguna ventana de mantenimiento, no hay ningún antecedente en ese sentido, salvo, pues, que fuera el tramo que pasara, pues, por la ciudad y que fuera el responsable de esa infraestructura, pero no, de resto no; para eso estaba..., para eso estaba La Alianza y sus contratos de operación y mantenimiento, los tenía."*

258. De lo anteriormente señalado por los testigos se desprende, aparentemente, que la ocurrencia de ventanas de mantenimiento de la infraestructura devinieron en interrupciones del servicio para las empresas que participaban de la infraestructura, con especial repercusión para EMCALI quien, según lo aquí referido, no tenía acceso físico a los bienes para poder realizar las correspondientes reconexiones, ya que dichas funciones se encontraban en cabeza de la empresa contratada por las sociedades que conformaron la Nueva Alianza.

259. No obstante lo anterior, en declaración del señor Juan Pablo Vinueza - Representante Legal de Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A.-, al ser preguntado sobre los hechos relacionados con el mantenimiento realizado a la infraestructura el día 12 de mayo de 2020, manifestó:

*"Dr. James Fernández: Muy bien, doctor, pregunta quinta. ¿Usted supo si esa necesidad de mantenimiento a que nos acaba de aludir, proveniente de ISA, para realizarse en mayo del 2022, se le notificó colectivamente al grupo, un sólo correo, incluyendo a EMCALI?"*

*Dr. Juan Pablo Vinueza: A EMCALI se les notificó, por parte de la gerencia, y se le dijo..., se le informó de cuándo iba a ser esta ventana del 12 de mayo del 2020, ¿correcto?, eso, si no estoy mal, era un tramo Guatapé – San Carlos, y se les dijo, precisamente, porque EMCALI había perdido contacto, pues, con las..., con la Alianza, con la Nueva Alianza; pues se le dijo 'oiga, va a haber una intervención, recuerde que ahí está su infraestructura, usted no está asumiendo los costos,*

*disponga lo necesario para que no se le afecte'; que es una actuación, pues, me parece destacable de la gerencia de la..., de la Nueva Alianza, ¿correcto? Preciso que la ventana es del 12 de mayo del 2020, doctor Fernández.*

**Dr. James Fernández:** *Exactamente. ¿Sabe si...? ¿Usted sabe si EMCALI pudo participar en esa jornada del 12 de mayo del mantenimiento material, de la ventana?*

**Dr. Juan Pablo Vinuesa:** *Pudo haber participado, pero no participó porque no dispuso cuadrillas para ello, ahí empezó su..., su afectación, pero claramente pudo haber participado, ¿qué le tocaba hacer?, desplegar una cuadrilla, como desplazamos nosotros, y estar pendientes de lo que se iba a hacer para reconectar los equipos, los servicios.*

**Dr. James Fernández:** *13, sí. Es decir, ¿usted podría afirmar, contundentemente, que nadie tuvo que ver con la no reconexión de EMCALI?, o sea, ningún tercero, con la no reconexión de EMCALI de sus hilos en el anillo. ¿Usted, eso tiene certeza de eso, nos puede ilustrar?*

**Dr. Juan Pablo Vinuesa:** *Sólo EMCALI es el responsable de haberse quedado sin esa conectividad, ¿por qué?, porque ISA le informó a la Alianza, la Alianza le informó a EMCALI y EMCALI no acudió, digamos, y si..., -en mi opinión-, pues, si EMCALI sabiendo, pues, que no está asumiendo los costos, y que no quiso continuar con la Nueva Alianza, estando advertido, pues, de la ventana, que ni siquiera dependía de la Alianza sino de ISA, pues, ha debido disponer los recursos y unas cuadrillas para restablecer su..., su servicio."*

260. Así mismo, en la prueba por informe rendida por el señor Efraín Martínez Monroy, apoderado general de la ETB se reiteró lo manifestado anteriormente, en los siguientes términos:

*"6. Informe al Tribunal Arbitral las razones por las cuales se dio la interrupción de los empalmes de fibra óptica de propiedad de EMCALI al 12 de mayo de 2020.*

**Respuesta.** *La interrupción de los empalmes se dio como consecuencia de la reticencia de EMCALI a disponer el personal operativo necesario para atender las labores de mantenimiento en sitio que iba a llevar a cabo ISA INTERCOLOMBIA, la cual informó que se llevarían a cabo trabajos de la variante en la Torre No. 14 de la línea Guatapé – San Carlos el 12 de mayo de 2020."*

261. En igual sentido se pronunció el representante legal de Internexa Arbey Gómez Urbano, quien señaló:

*"Sexto. Informe al Tribunal Arbitral las razones por las cuales se dio la interrupción de los empalmes de fibra óptica de propiedad de EMCALI al 12 de mayo de 2020.*

**Respuesta.** *El 8 de mayo se recibió en la Gerencia de Nueva Alianza una comunicación por parte de la Dirección de Mantenimiento de ISA INTERCOLOMBIA, en la cual informaban la necesidad de llevar a cabo trabajos de la variante en la Torre No. 14 de la línea Guatapé – San Carlos el 12 de mayo de 2020. Como consecuencia*

*de dichos trabajos, las fibras del cable OPGW iban a ser desconectadas y una vez terminarían las labores que debía acometer ISA INTERCOLOMBIA se haría nuevamente el empalme de los hilos. Para el empalme de sus hilos de fibra óptica, EMCALI debía contar con personal, autorizaciones y recursos financieros para poder hacerlo. Al no contar con ninguno de ellos, no fue posible realizar la conexión de sus hilos.”*

262. Ahora bien, es claro que EMCALI no concurrió a los pagos de O&M de los pares de hilos de fibra óptica que le habían sido asignados en el cable OPGW después de la finalización del Acuerdo No. 1 de 1997. Así se corrobora en la prueba por informe presentado por Internexa S.A., en los siguientes términos:

*“**Quinto.** Informe al Tribunal Arbitral quiénes han asumido los costos de O&M de los pares de hilos de fibra óptica de EMCALI en el cable OPGW después de la finalización del Acuerdo No 1 de 1993. (sic)*

***Respuesta.** Los costos de O&M del cable OPWG que hacía parte del proyecto Alianza Fase I y II, están siendo asumidos por las compañías que integran el proyecto Nueva Alianza 2020-2040.*

*EMCALI en comunicación del 26 de agosto de 2020 manifestó que ellos se harían cargo de cubrir la totalidad de los costos derivados de la operación y mantenimiento de los hilos del cable OPGW que son de su propiedad, no obstante, a la fecha no han cubierto ninguno de los costos derivados de estas actividades de mantenimiento.”*

263. Así mismo, el señor Eugenio Castro Medina -Profesional Operativo 1 de la Unidad de Prospectiva y Desarrollo del Negocio de la Gerencia de las TIC de EMCALI-, fue preguntado sobre este mismo particular, a lo que señaló:

*“**Dr. Guillermo Cáez:** [...] ¿EMCALI concurrió al pago, obviamente proporcional o correspondiente a esa empresa, de esas actividades de repotenciación, de esas actividades o recomendaciones que hacía ese consultor de ISA INTERCOLOMBIA?*

***Ing. Eugenio Castro:** No, puesto que EMCALI a partir del 27 de enero del 2020 no ha hecho ningún..., ningún pago.”*

*“**Dr. Guillermo Cáez:** ¿qué conoce usted de las actividades de EMCALI que haya hecho por las labores de mantenimiento y preservación de ese cable OPGW, como activo público, sobre todo en los hilos 13 y 14?*

***Ing. Eugenio Castro:** Las labores de mantenimiento de los hilos de La Alianza las hacen las empresas contratadas por IC Asesorías.*

***Dr. Guillermo Cáez:** ¿Y a esos contratos que usted referencia, EMCALI hace aportes?*

***Ing. Eugenio Castro:** No, señor.”*

264. De todo lo anteriormente señalado, es claro para este Tribunal que la intervención del 12 de mayo de 2020 fue ordenada por el propietario de la infraestructura, ISA INTERCOLOMBIA, y no fue un acto discrecional de las demandadas en reconvención como miembros de la Nueva Alianza. Adicionalmente, que EMCALI, conocedora que la Alianza Fases 1 y 2 había terminado el 27 de enero de 2020 y con ello los derechos que tenía derivados de dicho Acuerdo, no tomó medidas para restablecer sus enlaces, bien fuere mediante la movilización de personal o a través de la asunción de los costos de mantenimiento correspondientes. Todo lo anterior, sin desconocer que para la época EMCALI no se encontraba vinculado contractualmente al proyecto de la Nueva Alianza de tal forma que pudiera exigir su derecho a utilizar la infraestructura en cuestión. Así, en este punto, es claro que EMCALI no demostró el abuso de la posición dominante que pretende fundamentar por parte de las sociedades demandadas en reconvención.
265. En el mismo sentido despachará este Tribunal las alegaciones del Convocado, Demandante en Reconvención, en relación con la interrupción de los hilos que tuvo lugar en octubre de 2020, no sin antes precisar que no es de recibo la manifestación de las Demandadas en Reconvención en el sentido de que dicho corte no fue referenciado por la Convocada en su demanda de reconvención y que, por consiguiente, cualquier análisis probatorio sobre el particular resultaría impertinente. Es necesario referenciar los hechos 16, 17 y 18 de la demanda de reconvención<sup>42</sup> que no sólo aluden a la ventana de mantenimiento de mayo de 2020 sino a otra que se produciría en los “meses siguientes”. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“...el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante.”<sup>43</sup>*

266. Así las cosas, sobre este hecho rindió testimonio el citado ingeniero Eugenio Castro Medina:

**“PREGUNTADO:** *Bien. Pasemos a la última fase, porque hemos venido hablando sobre algo que usted declaró acerca de una desconexión..., es decir, una no reconexión de esas fibras en los puntos 13 y 14, los demás sí, pero EMCALI no; pero hubo otra, en octubre del 2020, que usted también comentó, y que efectivamente ha manifestado usted que fue definitivo, entonces, que esa desconexión del ala..., la*

---

<sup>42</sup> “16. La coalición mayoritaria cesó unilateralmente en el anillo el empate de los hilos de propiedad de EMCALI, produciendo amenaza a la prestación del servicio público.

17. La coalición mayoritaria manifestó a Emcali su decisión de hacer una ventana de mantenimiento anunciándole que EMCALI quedaría por fuera del proceso generando un riesgo operativo.

18. Ante la situación que amenazaba el servicio público y los derechos fundamentales agravados por la pandemia del COVID-19, EMCALI solicitó que no fuesen desconectados y, sin embargo, la alianza procedió a desconectar un lado del anillo y meses siguientes la alianza notificó a Emcali que se iba a abrir otra ventana de mantenimiento, agravando el riesgo de continuidad en la prestación de un servicio público”.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia No. 208 de 31 de octubre de 2001. Exp. 5906.

*primera fue la izquierda -según dijo-, la segunda la derecha, en octubre, ¿cómo fue comunicada a EMCALI esa desconexión de los cables durante la ventana de mantenimiento en octubre?*

**CONTESTÓ:** *Sí, en septiembre ellos nos informan que..., que va a haber una ventana de mantenimiento, igual, que no va a haber continuidad en los hilos de EMCALI. Después vienen otras dos comunicaciones, porque EMCALI vuelve y trata de negociar con ellos, ahí creo que es la carta firmada por nuestro gerente, Libardo, donde les dice que va a aceptar la liquidación; y ellos en una de las cartas le dicen a EMCALI ‘vea’, este..., ‘necesitamos que esa liquidación, que ese ceder de esos hilos, de esos activos, tengan la firma del representante legal’, ¿sí?, dice ‘si no, entonces, no tendrán continuidad en los hilos’. Hasta que finalmente en..., igual, creo que un día antes, el 20, es la otra comunicación en la que dicen ‘bueno, mañana va a haber una ventana de mantenimiento, no van a tener continuidad, tomen las medidas pertinentes’ y listo, aparecimos sin tráfico, igual, conectaron todas las fibras, todos los hilos, menos el hilo 13 y 14 de EMCALI, y quedamos por fuera, absolutamente muertos”.*

267. Sobre el particular, comparte este Tribunal la postura de la Agente del Ministerio Público, quien sobre este particular expresó en su informe final:

*“Respecto de la actividad ventanas de mantenimiento en los meses de mayo y octubre de 2020 de la que también EMCALI califica de abuso de posición dominante, encontramos que, en el proceso de telecomunicaciones a través de la Red de fibra óptica, es necesario monitorear la red de una forma activa, bien a través de un mantenimiento preventivo o cuando es del caso, correctivo. Este monitorio o mantenimiento se hace a través de lo conocido como Ventanas de mantenimiento que se usa para definir cuándo se puede ejecutar tareas que afectan a los dispositivos. Las ventanas de mantenimiento ayudan a asegurarse de que los cambios de configuración del cliente se produzcan en momentos que no afectan a la productividad. Debe señalarse fecha y hora para ello. Así grosso modo lo expusieron los Testigos Técnicos que se recibieron.*

*(...)*

*Si bien quedó en evidencia las dos ventanas de mantenimiento, que ocasionaron desconexión del par de hilos en las márgenes del anillo, que aún seguía EMCALI beneficiándose de sus operaciones, no menos cierto es que su derecho al uso había finiquitado al vencerse el plazo de la Alianza Fase 1 y Fase 2 (enero de 2020) y no ser miembro o parte de la NUEVA ALIANZA. Ahora, quedo evidenciado en comunicaciones que EMCALI solicitó que luego de la desconexión por la ventana de mantenimiento se procediera al empalme de sus hilos, indicando que procedería al pago de los costos y saldo adeudado, pero no se acredita que haya emprendido acciones positivas para asumir los costos del mantenimiento y operación ni luego de finiquitada la Fase 1 y 2, como tampoco luego de la desconexión.”*

268. No percibe entonces este Tribunal un comportamiento abusivo por parte de las empresas demandantes al no llevar a cabo el empalme de los hilos en las oportunidades aquí señaladas. Por el contrario, quedó plenamente probado que

después del mes de enero de 2020, fecha en la cual finalizó el derecho al uso de la infraestructura compartida por parte de EMCALI, ésta no implementó medidas para sufragar los costos del mantenimiento ni acciones de contingencia verdaderamente eficaces considerando que los derechos derivados de la Alianza Fases 1 y 2 habían terminado. Tampoco encuentra el Tribunal que en este contexto la Convocada hubiera hecho uso de los medios que de conformidad con la normatividad aplicable están a disposición de los operadores para garantizar a los usuarios una prestación continua y de calidad de los servicios a su cargo.

269. Por último, en cuanto a lo manifestado por EMCALI en el sentido de que al tratarse del servicio público de Internet debe asegurarse una prestación continua del mismo, presupuesto que se reforzó con la expedición de normatividad en el entorno de la pandemia del COVID-19, considera el Tribunal que quien tiene la responsabilidad de garantizar la continuidad y calidad en el servicio de Internet de los usuarios de EMCALI, es esta última y no las sociedades Convocantes. Adicionalmente observa el Tribunal que las gestiones de EMCALI resultaron a todas luces insuficientes y no acordes con las dinámicas empresariales ni con los mecanismos que la ley le otorga a los operadores para la interconexión y para el uso de instalaciones esenciales como es el caso de la infraestructura que compone la red de fibra Óptica, construida por la Alianza a la que dejó de pertenecer EMCALI desde el 27 de enero de 2020, indistintamente de los derechos de contenido patrimonial que pudiere eventualmente conservar sobre bienes comunes de la misma al darse la terminación y liquidación de la Alianza, así como del momento histórico que se presentaba. En efecto, en el testimonio del funcionario Eugenio Castro Medina, antes citado, se resaltó lo siguiente en cuanto las gestiones adelantadas por EMCALI:

**CONTESTÓ:** (...) *“Se les suplicaba, ‘que estamos en COVID’, ¿sí?, o sea, fue una situación de súplica de EMCALI, que ‘no nos desconecten, por favor, que estamos en pandemia’; eso no les valió absolutamente nada, esa súplica, nos..., no nos conectaron los hilos, por decir, interrumpieron nuestro tráfico a mansalva”*

(...)

**CONTESTÓ:** *“No, no, EMCALI no solicitó permisos... (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)- EMCALI no solicitó los permisos. EMCALI lo que hizo fue suplicarle a IC Asesorías, a La Alianza, que no lo desconectarán”.*

270. Para este Tribunal, es claro que las medidas tomadas por EMCALI para gestionar los empalmes de hilos después de terminado el Acuerdo no podía limitarse a transmitir “súplicas” para que las sociedades que acordaron continuar con la Nueva Alianza realizaran actividades utilizando recursos propios sin que EMCALI concurriera a su financiación o a realizarlo de cuenta propia, como se ha manifestado anteriormente en esta providencia. Las circunstancias de la pandemia no podían relevar a EMCALI de asumir profesionalmente su gestión y es por esta razón que el Tribunal encuentra probada la excepción denominada *“La responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI exclusivamente”*.

**iii) La puesta en marcha del proceso liquidatorio del Acuerdo 01 de 1997, incluyendo la realización del correspondiente informe final de liquidación**

271. Como se ha señalado en la presente providencia, el Acuerdo No. 1 de 1997 finalizó el 27 de enero de 2020, hecho que fue reconocido por ambas partes. La Fiduciaria de Occidente S.A., en su condición de representante y administradora del patrimonio autónomo Fiduoccidente FID 3-1-5300, suscribió un contrato de servicios de liquidación integral del proyecto Alianza Fases 1 y 2 con IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P.
272. Por su parte, el 28 de julio de 2020, IC ASESORÍAS Y PROYECTOS S.A.S. E.S.P. emitió un Informe Ejecutivo de Liquidación del Proyecto, según se aceptó en la contestación del hecho 38 de la demanda, pero este informe no fue aceptado por EMCALI, como lo expresó el Gerente General en la reunión del 23 de noviembre de 2020.
273. Frente a lo anterior, la Convocada argumenta que la designación del gerente general por parte de la directiva del grupo mayoritario para llevar a cabo la liquidación del contrato a través de IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P., bajo su propia supervisión, resultó en la elaboración de un informe final que considera "sesgado" y "sospechoso". Este informe, según su afirmación, ignoró el principio de empresa en marcha, entre otros aspectos, lo que condujo a asignar un valor cero a los activos e hilos de EMCALI. Argumenta además que en el proceso de liquidación se tuvieron en cuenta "escenarios futuros" (los que correspondían a la Nueva Alianza), lo cual sería incompatible con los términos del Acuerdo 1 de 1997.
274. Se cuestiona el Tribunal, en primera instancia, si la designación del liquidador del contrato constituye algún indicio de un abuso de posición dominante en los términos en que se ha estudiado este tema a lo largo de la presente providencia. Para tales efectos, se resalta lo expuesto en declaración del señor Juan Pablo Vinuesa Jurado, Representante Legal de Comunicación Celular S.A. -Comcel S.A.-, en los siguientes términos:

**“PREGUNTADO:** *Y en ese informe de liquidación ¿usted conoce..., digamos, que tuvo conocimiento alrededor de si hubo alguna objeción desde el punto de vista de un conflicto de interés de la empresa IC Asesorías, como gerente del proyecto, y la empresa IC Asesorías como agente liquidador y, digamos, que quién produce el informe de liquidación?; ¿qué conoce al respecto?*

**CONTESTÓ:** *Correcto. Eso, ese conflicto de interés se puso de presente en el comité directivo de la Alianza de fibra óptica, y se determinó en esa sede, digamos que la administra..., la principal ente y tomador de decisiones de la Alianza, se estableció pues que la firma no tenía un conflicto de interés que afectara el resultado de la tarea encomendada, por el contrario, por el conocimiento precisamente de la firma se consideró que era la persona más idónea para realizar a cabo..., para llevar a cabo esta tarea; que es importante decir, pues, en consideración a esa calidad que tenía IC Asesores, pues, se estableció que los..., que la cuantificación o avalúo de los*

*activos pues se delegara en un tercero experto, de forma que ellos simplemente hicieran la parte de reconstrucción de la información que se tomara a partir de expertos en el avalúo de los activos.”*

275. Para este Tribunal, lo anteriormente señalado resulta en una justificación aceptable de las razones por las cuales se realizó la designación en cuestión. Es claro que, precisamente, por cuenta de que el gerente liquidador del proyecto conoció el devenir histórico del negocio comercial, con sus detalles y particularidades, confluían en él características y conocimiento que permitían inferir a los miembros del grupo que la labor se realizaría con una mayor celeridad y un más fluido manejo de la información. Es de anotar, adicionalmente, que dicha práctica no es del todo ajena en los negocios mercantiles, especialmente en el caso de las sociedades comerciales en las que las liquidaciones voluntarias normalmente son llevadas a cabo por sus representantes legales, personas que conocieron de primera mano las particularidades de las operaciones sociales.
276. Asunto diferente es que producto de la liquidación hubieran surgidos diferencias entre las partes con ocasión del contenido de dicho documento, circunstancia esta que se evidenció en el presente caso y que conducirá a una definición por parte del Tribunal en cuanto los aspectos en los que les asisten razones a unos y a otros. No obstante, es claro que ni la designación del gerente liquidador ni la labor que éste realizó en conjunto con otros profesionales puede catalogarse siquiera como un indicio de una actuación abusiva por parte de la Convocante y Demandada en Reconvencción.
277. Finalmente, llama la atención de este Tribunal lo manifestado por EMCALI en torno a la comunicación enviada por el Comité Ejecutivo de la Alianza en comunicado ICAP-FO-42-20 del 30 de enero de 2020,<sup>44</sup> en el que solicitaba que EMCALI efectuara *“cesión a título gratuito de la proporción de hilos de fibra y de los activos que producto de la liquidación le correspondieren”*. Según la Convocada, este hecho no sólo explicitó el abuso de posición dominante sino que la cesión a título gratuito de bienes de carácter público conlleva un objeto ilícito.
278. No obstante lo anterior, este Tribunal entiende que la postura de la Alianza frente a los bienes de EMCALI no correspondió, en la práctica, a una cesión a título gratuito sino a una compensación por los valores adeudados que arrojó la liquidación en debate, por lo que puede concluirse que a los mismos se les atribuyó efectivamente un valor. Dicha postura se plasmó en comunicación ICAP-NA-07-20- que a la letra señaló:

*“Por lo anterior y como fórmula de compensación asociada al proceso liquidatorio, las empresas vinculadas al desarrollo del proyecto Nueva Alianza 2020 – 2040, a través del Comité Directivo, presentaron a EMCALI mediante comunicación ICAP-FO-41-20 del 30 de enero de 2020 como alternativa, asumir los costos de liquidación*

---

<sup>44</sup> Pruebas de la demanda inicial - 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI - 005. Comunicado ICAP-FO-41-20- Estado de liquidación del proyecto - 30.01.2020.

*que le corresponderían a EMCALI y, en contraprestación, recibir a título de cesión la participación remanente en los ya mencionados activos, por lo que indudablemente no puede afirmarse por EMCALI que dicha cesión se realiza a título gratuito, pues a cambio de los activos propiedad de EMCALI asociados al proyecto “Red de Fibra Óptica Alianza Fases 1 y 2” las empresas vinculadas al desarrollo del proyecto Nueva Alianza 2020 – 2040 aceptan asumir la totalidad de los costos que EMCALI no asumirá asociados a la liquidación de la mencionada “Red de Fibra Óptica Alianza Fases 1 y 2”.”<sup>45</sup>*

#### **F.2.3.4. Conclusión sobre las alegaciones de abuso de posición dominante**

279. De todo lo anteriormente señalado en este apartado, a título de corolario se destaca que el Tribunal no encontró que en la implementación o en la etapa de cierre y liquidación del Acuerdo No. 1, la conducta que la Convocada objeto como abusiva tenga ese carácter. Es importante recalcar que el Acuerdo No. 1 llegó a su fin debido al vencimiento del plazo acordado. Por lo tanto, al concluir las Fases 1 y 2 de la Alianza, los porcentajes de participación acordados para esta Alianza no eran aplicables a otros acuerdos que pudieran ser realizados por los participantes de la misma. Además, durante su ejecución y término, no se observó que las empresas que en su momento acordaron formar una Nueva Alianza con una participación equitativa hayan intentado modificar las disposiciones contractuales del Acuerdo No. 1 en detrimento de EMCALI o hayan actuado de manera contraria a la buena fe contractual en la etapa de terminación y liquidación del Acuerdo, ni se ha evidenciado conducta abusiva alguna en el marco que comporta la normativa aplicable a los operadores de las TICs.
280. Tampoco encontró este Tribunal un comportamiento abusivo por parte de las empresas demandantes al no llevar a cabo el empalme de los hilos en las oportunidades aquí señaladas. Por el contrario, quedó plenamente probado que después del mes de enero de 2020, fecha en la cual finalizó el derecho al uso de la infraestructura compartida por parte de EMCALI, ésta no implementó medidas de contingencia verdaderamente eficaces, ni acudió a los mecanismos que la normatividad aplicable tiene a disposición de los operadores de los servicios de internet. En efecto, las acciones tomadas por EMCALI para gestionar los empalmes de cables después de la finalización del Acuerdo no podían limitarse a simplemente solicitar a las sociedades que acordaron conformar la Nueva Alianza que llevaran a cabo actividades de reconexión utilizando sus propios recursos sin que EMCALI contribuyera financieramente o las realizara por cuenta propia, máxime cuando los derechos derivados de la Alianza habían terminado. Así mismo, las circunstancias relacionadas con la pandemia no podían eximir a EMCALI de gestionar por cualquier medio la prestación de un servicio de calidad a sus usuarios, responsabilidad que era propia de EMCALI.

---

<sup>45</sup> Pruebas de la demanda inicial - 2. Comunicaciones de Alianza a EMCALI - 007. Comunicado ICAP-NA-07-20-Liquidación Alianza y continuidad del servicio EMCALI- 20.03.2020.

281. Finalmente, en lo que respecta al proceso liquidatorio, concluyó el Tribunal que ni la designación del gerente liquidador ni el hecho de que el trabajo realizado por éste en colaboración con otros profesionales haya generado discrepancias entre las partes significa que se haya materializado una conducta abusiva por parte de la Convocante.
282. Por todo lo anterior, el Tribunal consideró probadas las excepciones a que se refiere la contestación de la demanda de reconvencción denominadas "*La responsabilidad exclusiva de EMCALI por preservar la prestación del servicio a sus usuarios*" y, "*Ausencia de abuso de posición dominante*", esta última exclusivamente referida a que las circunstancias que la Demandante en Reconvencción adujo como abusivas, no se enmarcan en lo que jurídicamente se denomina un abuso del derecho o una conducta abusiva de las Convocantes.

**F.2.4. La liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 01 de 1997 (Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda)**

283. En las pretensiones segunda y tercera de la Demanda, la Convocante solicita:

*"SEGUNDO. Declarar que EMCALI E.I.C.E. E.S.P. se encuentra obligada al pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 "Proyecto Red de Fibra Óptica" Alianza Fases 1 y 2, correspondientes al valor de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431)."*

*"TERCERO. Liquidar los derechos y obligaciones de EMCALI E.I.C.E E.S.P. en el Acuerdo No. 1 "Proyecto Red de Fibra Óptica" condenando a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431) por concepto de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 "Proyecto Red de Fibra Óptica" Alianza Fases 1 y 2."*

284. En relación con la liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 1 de 1997, la Convocante ha sostenido en este proceso tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión, que:

- EMCALI debe asumir en el porcentaje de su participación en la Alianza Fases 1 y 2, los costos correspondientes al desmonte y sustitución del cable OPGW por un cable de guarda convencional para restituir así a ISA la infraestructura eléctrica en el estado en que permitió su uso en el año 1997.
- Para efectos de la liquidación de la participación de EMCALI, la Convocante no le asigna un valor al cable OPGW que fue instalado en desarrollo del Proyecto Alianza Fases 1 y 2. Sobre este punto sostiene la Convocante que "*la única razón por la que el cable OPGW continúa operativo con posterioridad a la terminación del Acuerdo No. 01 de 1997 es por las inversiones de mantenimiento y sustitución de tramos afectados que han asumido las*

*empresas que pasaron a integrar el Proyecto Nueva Alianza 2020-204073, inversiones en las que EMCALI no ha participado” (Alegatos de conclusión pág. 37).*

- Conforme a lo expresado en el juramento estimatorio de la demanda inicial, el reconocimiento que en las pretensiones segunda y tercera pretende la demandante con ocasión de la liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 1, se discrimina en los siguientes conceptos:

ITEM	VALOR TOTAL ASOCIADO	APORRATA (5,56% TOTAL LIQUIDACIÓN)
Contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto.	\$ 48.600.000	\$ 2.702.160
Sustitución del cable OPGW propiedad de la alianza por un cable de guarda convencional.	\$ 39.221.880.546,35	\$ 2.180.736.558,38
Desmante de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos a bodega para disposición final.	\$ 278.467.330	\$ 15.482.784
Arrendamiento de bodega estimado en un periodo de seis meses para disposición final de activos.	\$ 362.413.604	\$ 20.150.196
Demolición de las casetas y disposición final de escombros para entrega de predios en subestaciones.	\$ 147.934.408	\$ 8.225.153
Subtotal, sin IVA	\$ 40.059.295.888	\$ 2.227.296.851
IVA	\$ 7.611.266.219	\$ 423.186.402
<b>COSTO TOTAL LIQUIDACIÓN</b>	<b>\$ 47.670.562.107</b>	<b>\$ 2.650.483.253</b>

- Con fundamento en el dictamen pericial de parte rendido por el experto Guillermo Orozco Pardo, las sociedades Convocantes reclaman en sus alegatos de conclusión el pago de la suma de \$2.814.620.499 por concepto de la liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 01 de 1997. Con la aclaración de que este monto no incluye el valor de los activos de uso común detallados en la respuesta a las preguntas 3 y 7 del dictamen de Guillermo Orozco Pardo, ni los costos de O&M causados con posterioridad a la terminación del Acuerdo No. 1 (respuesta a la pregunta 14 del perito Guillermo Orozco Pardo).

285. Por su parte, la Convocada se opuso a la liquidación que de su participación en la Alianza Fases 1 y 2 presentó la Convocante en la demanda y en el curso del proceso, argumentando en síntesis lo siguiente:

- Respecto al desmante y sustitución del cable OPGW por un cable de guarda convencional, manifestó en los diferentes escritos que en el Acuerdo No. 1 de 1997 no se pactó esta prestación. En los alegatos de conclusión agregó que la razón por la cual no se pactó dicha sustitución fue porque el cable OPGW cumplía las mismas funciones del cable de guarda, y señaló que la intención de las partes no fue sustituir el cable OPGW sino seguirlo usando.
- Al plantear la excepción denominada “2. Inexistencia de la obligación por incongruencia de la liquidación con el Acuerdo 01 de 1997” manifestó que el

cable OPGW “aunque estaba proyectado con una vida útil de 20 años, en la práctica se siguió utilizando después de la expiración del plazo por parte del grupo mayoritario, razón por la cual no había lugar a estimar en la liquidación del Acuerdo 01 de 1997 valor económico a desmonte y sustitución alguna del cable”.

- Manifestó que otro de los defectos de los que adolece la liquidación pretendida por las sociedades Convocantes es que está estructurada en función de un escenario posterior al 27 de enero del año 2020, y se le asigna un valor de cero pesos a los hilos de EMCALI (véase respuesta a los hechos).
- Alegó que se presentó una situación de abuso de posición dominante por parte del grupo mayoritario.

286. La señora Agente del Ministerio Público en cuanto a la liquidación pretendida por la Convocante conceptuó:

*“Es sentir de esta agencia del Ministerio Público, conforme lo anterior, no hay duda de que el Informe Ejecutivo de Liquidación elaborado en julio de 2020, no se corresponde con la realidad. No responde al real estado de bienes –como un equipo en marcha, en un escenario de continuidad de la actividad debían evaluarse no en hipotéticos escenarios, en una clara contravía de respeto de los derechos de sus antiguos co-contratante.*

*Conforme las normas NIIF y sus principios le eran aplicable una liquidación asignado valores que acompañaran con los que denominan empresa en marcha. Aplicando no solo la debida valoración o avalúo de los bienes sino también no liquidando costos no causados como los que asignó por desmontes de casetas, bodegaje, etc, que no ha sucedido siquiera para esta fecha (año 2023).*

*Consecuencia de ello es señalar que, como lo pone de presente EMCALI, ningún valor puede asignársele al Informe Ejecutivo de liquidación de julio de 2020, porque no se acompaña con la realidad. Consecuencia de ello, es considerar inviable acceder a la pretensión 2, de la demanda principal, de declarar que EMCALI se encuentra obligado al pago de los costos asociados a la liquidación Acuerdo 01/97, correspondientes al valor de %2.648.576.431, sencillamente porque ésta obligación y su monto, estaba basada en dicho Informe<sup>21</sup>, el que al estar permeado de datos incorrectos, que no responden a la realidad de la continuidad del funcionamiento con los mismos bienes, no puede ser considerada una real liquidación, menos sustento de lo reclamado.*

*En efecto, no puede ser sustento de los costos que allí se indican como asociados al proceso liquidatorio porque se asignaron valores a actividades como Sustitución del cable OPGW por un cable de guarda convencional (“valor contingente” \$39.221.880.546,35); Desmonte de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos a bodega para disposición final según oferta de Integral (\$278.467.330 Cop +IVA); Valor arrendamiento de bodega estimado en el periodo de 6 meses para disposición final de activos (\$ 362.413.604) y escombros y transporte (\$*

*1547.934.408), las cuales no se habían llevado a cabo ni para la fecha de elaboración del Informe - julio de 2020- ni a marzo de 2022, como lo evidenció el perito Guillermo Orozco, Gastos en abstractos como lo llama EMCALI que no tienen sustento para un cruce de cuentas”.*

287. Habiéndose despachado desfavorablemente las alegaciones de abuso de posición dominante que formuló la parte Convocada, procede el Tribunal a determinar, conforme se solicita en las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial, si una vez terminado el Acuerdo No. 1, en sus Fases 1 y 2, y siendo clara la voluntad de EMCALI de no continuar con el proyecto de la Nueva Alianza, EMCALI debe realizar algún reconocimiento a las demandantes por concepto de la liquidación de su participación en el mismo.
288. Para el efecto, atendiendo el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, analizará el Tribunal si EMCALI se encuentra o no obligada al pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1, que en los hechos de la demanda y en el juramento estimatorio de la demanda fueron especificados bajo los siguientes conceptos:
- Contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto.
  - Sustitución del cable OPGW propiedad de la alianza por cable de guarda convencional.
  - Desmonte de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos a bodega para disposición final.
  - Arrendamiento de bodega estimado en un periodo de seis meses para disposición final de activos.
  - Demolición de las casetas y disposición final de escombros para entrega de predios en subestaciones.
289. Para la liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 1 de 1997, tendrá en cuenta el Tribunal que en el proceso de probó que, con posterioridad a la fecha de terminación, esto es, el 20 de enero de 2020, la Nueva Alianza continuó utilizando el cable OPGW, el cual fue objeto de inversiones adicionales y de una repotenciación por parte de los integrantes de la Nueva Alianza<sup>46</sup>. Es claro que estas repotenciaciones hacen apto el cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante la transmisión de datos en condiciones de continuidad y calidad. Así, a la finalización del Acuerdo No. 1, como explicó el perito Guillermo Orozco Pardo en su declaración, se continuaron utilizando los activos del sistema de fibra óptica<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Véase declaración de la representante legal de Colombia Telecomunicaciones, entre otras.

<sup>47</sup> Declaración del perito Orozco: “... porque nosotros fuimos, visitamos las instalaciones y vimos que los activos estaban funcionando, habían unos activos de EMCALI que no estaban funcionando, pero, en general, el sistema como

290. En este orden de ideas, la liquidación de los derechos y obligaciones de EMCALI en el Acuerdo No. 1, la hará el Tribunal considerando el criterio de empresa en marcha referido en el avalúo comercial retroactivo del perito evaluador Jorge Enrique García, adjunto al dictamen del perito Orozco. Sobre este criterio precisó el perito en su declaración lo siguiente:

*“APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: En marcha, correcto. ¿Eso de la empresa en marcha es un principio económico de las NIIF y de las -(...). EL PERITO, OROZCO: No..., no, no, no, eso no (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, es un principio..., es un..., digamos, es una palabra que se usa en la jerga financiera, pero no, eso no tiene nada que ver con las NIIF, en realidad. APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Claro. EL PERITO, OROZCO: Es un criterio financiero que dice que, pues, la empresa está en marcha, porque una empresa en marcha cuando usted va es una empresa que está fabricando zapatos y usted ve que está fabricando zapatos, es una empresa en marcha; una empresa puede estar en marcha, puede estar en liquidación, puede estar en stand by, que se dice que es quieta porque las máquinas están ahí pero no se están utilizando..., pero eso no tiene nada que ver con las NIIF. APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Claro. EL PERITO, OROZCO: Absolutamente nada. APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Entonces, apreciado doctor, desde el punto de vista de la realidad, de la realidad de lo que usted tenía en sus manos y de la verificación que usted hizo en el sitio, en el lugar desde la operación, entonces, desde el punto de vista de la realidad real, se trataba entonces no de un escenario de liquidación sino de un escenario de continuidad, perdóneme que se lo pregunte así, pues, tal vez es la segunda vez que se lo pregunto, ¿ese es entonces el criterio bajo el cual usted realiza el peritaje?, ¿el escenario de continuidad? EL PERITO, OROZCO: Claro, cuando nosotros fuimos en el año 2022 en la..., el sistema de por sí, no solamente la fibra óptica porque la fibra óptica es una parte del sistema, el sistema de por sí estaba funcionando, estaba en marcha, obviamente que un negocio está en marcha, ¿sí?, cuando el señor -(...) ¿Noriega fue?, Noguera (falla de grabación)-, Germán Noguera que hizo el dictamen de ONC le dijeron ‘esto es en liquidación’, pues él pensó que eso no seguía en marcha, pero, ya estando en marcha, es obvio que para que usted un negocio siga en marcha requiere que los activos se encuentren en buena calidad de funcionamiento, y lo que requiere eso es un..., mantener un programa de mantenimiento estricto para cada uno de los activos que componen el sistema... APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Claro (...) (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-. EL PERITO, OROZCO: ...hoy día no sé, pero en el 2022 cuando fuimos a la visita, estaba en marcha.”*

#### **F.2.4.1. Costos por concepto del contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto**

---

*sí..., como tal, como sistema de fibra óptica de transmisión de datos estaba funcionando, y por eso hicimos el avalúo, porque fue el que nos pidieron APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Sí, muchas gracias por su respuesta. Es decir que, a partir de esa visita que ustedes hicieron a la empresa, pudieron establecer que el escenario no era de liquidación, es decir, de inactivación, cese o abandono de las operaciones, sino que las operaciones se mantenían, ¿eso fue lo que ustedes pudieron verificar? EL PERITO, OROZCO: Sí, las operaciones del sistema estaban funcionando”. En relación con la repotenciación del cable OPGW véase, entre otros, la declaración del representante legal de Cirion, el testimonio de Carlos Alberto Grajales, la declaración del perito Guillermo Orozco y su dictamen.*

291. En el juramento estimatorio de la demanda inicial, la Convocante incluye entre los costos de la liquidación de la Alianza Fases 1 y 2 la suma de \$48.600.000 por concepto del *“Contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto”*.
292. Como lo reconoció la parte Convocada al contestar el hecho 28 de la demanda y consta en el contrato correspondiente<sup>48</sup>, Fiduciaria de Occidente S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fiduoccidente FID 3-1-5300 la Alianza Fases 1 y 2, suscribió el 20 de enero de 2020 con IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P. un contrato de prestación de servicios de liquidación integral del proyecto Alianza Fases 1 y 2, por un valor \$48.600.000<sup>49</sup>, en virtud del cual IC Asesorías y Proyectos entregó un informe de liquidación<sup>50</sup>.
293. En el contrato, se estipuló que el pago sería realizado *“por el PATRIMONIO AUTÓNOMO por una única vez, de forma anticipada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de celebración del presente Contrato (...) con cargo a los recursos existentes en éste y hasta la concurrencia de los mismos”*, y que *“en todo caso el PATRIMONIO AUTÓNOMO deberá informar oportunamente a los fideicomitentes la insuficiencia de recursos, con el fin de que éstos realicen los aportes o anticipos y pagos que les correspondan y garanticen la disponibilidad de los montos necesarios para la cancelación a EL CONTRATISTA, limitándose la responsabilidad de LA FIDUCIARIA como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO, a la realización del citado aviso y pago exclusivamente con cargo y hasta el monto de los recursos existentes en el fideicomiso”*<sup>51</sup>.
294. En relación con el costo que por este concepto reclama la Convocante, considerando la forma de pago acordada en el contrato suscrito con IC Asesorías y Proyectos, el Tribunal advierte que no se ha probado que los recursos existentes en el fideicomiso fueran insuficientes para cubrir los costos de este contrato, ni que se requirieran aportes adicionales por parte de los fideicomitentes, incluyendo EMCALI. No hay constancia de solicitud alguna por parte de la Fiduciaria en este sentido. Por el contrario, en el numeral 8º de las consideraciones del documento denominado *“Cesión de la posición contractual de contratante de Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo “Fiduoccidente FID 3-1-5300 Alianza Fases 1 y 2” a Fiduciaria de Occidente S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo “Fiduoccidente FID-3-1-6685 Nueva Alianza” del contrato del 20 de*

---

<sup>48</sup> Expediente Digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 6. Contrato Liquidación Alianza, 004. Contrato Liquidación integral Alianza 1 y 2.

<sup>49</sup> En la Cláusula Cuarta del Contrato para la prestación de los servicios de liquidación integral del proyecto red Alianza Fases 1 y 2, se dice: *“CLÁUSULA CUARTA: VALOR: EL PATRIMONIO AUTÓNOMO pagará a IC ASESORÍAS Y PROYECTOS S.A.S. E.S.P. la suma global de CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (COP\$48.600.000) más el impuesto al valor agregado (IVA) que determine la Ley, por una única vez, en los términos señalados en al cláusula de Forma de Pago. (...)”*.

<sup>50</sup> En el expediente obra el Informe Ejecutivo de Liquidación realizado por IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P. Ruta expediente digital: 1. Pruebas aportadas por la Convocante, 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial, 4. Informe Ejecutivo Liquidación.

<sup>51</sup> Cláusula Quinta del Contrato.

enero de 2020 celebrado con IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P.”, se dice que el pago fue efectuado “con cargo a los recursos existentes”. Se señala en este documento:

8- Que se efectuó al Contratista **IC ASESORIAS Y PROYECTOS S.A.S. E.S.P.** el pago, conforme lo estipulado en las Clausula 4 y 5 (Valor y Forma de Pago). En las cuales se acordó un único pago de forma anticipada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del contrato y una vez se hubieren aprobado las pólizas y presentado factura o cuenta de cobro en debida forma, con cargo a los recursos existentes.

295. Por lo anterior, el Tribunal considera que al no haberse probado que fuese necesario que los fideicomitentes realizaran aportes adicionales para el pago de este contrato, el cual, según se indica en el documento de cesión, fue efectuado con los recursos existentes, no existe fundamento para que EMCALI deba asumir algún costo por este concepto con ocasión de la liquidación de su participación en el Acuerdo No. 1.

#### **F.2.4.2. La sustitución del cable OPGW por cable de guarda convencional**

296. Se probó en el proceso que en la infraestructura entregada por ISA, cuyo uso, en virtud de lo acordado en el Acuerdo 1 de 1997, fue concedido a la Alianza Fases 1 y 2 para el montaje de la red de fibra óptica objeto del Proyecto a cambio de una contraprestación, se encontraba instalado un cable de guarda, que, como se precisa en el avalúo de Jorge Enrique García Gómez, anexo al dictamen pericial de Guillermo Orozco, era utilizado como protección contra las descargas atmosféricas para las líneas de transmisión. Este cable de guarda fue reemplazado por la Alianza Fases 1 y 2 por un cable tipo OPGW<sup>52</sup>.

297. Para efectos de la liquidación de los derechos y obligaciones de EMCALI, tiene en cuenta el Tribunal que la infraestructura entregada por ISA debe restituirse en el estado en que fue entregada, esto es, con un cable de guarda de protección de las líneas de transmisión. Como se analizó en aparte anterior de este Laudo, existiendo un vacío contractual, corresponde aplicar las normas del contrato típico que más se asimila a la naturaleza de la relación jurídica que surgió con ocasión de la utilización de la infraestructura de ISA para el montaje del cable OPGW, la cual es la del contrato de arrendamiento.

---

<sup>52</sup> Véase prueba aportada con la Demanda “002. Informe final interventoria Alianza Fase 1 - Vida útil del cable de FO”, Carpeta “8. Otros”, en el que se dice: “A continuación se muestran algunas características adicionales de las líneas en las cuales se cambió el cable de guarda existente por uno del tipo OPGW de 48 fibras ópticas”.

Adicionalmente en avalúo realizado por Jorge Enrique García Gómez, anexo al dictamen de parte de Guillermo Orozco, a página 22 se dice: “Para el tendido aéreo se utilizaron tres tipos de cable Optical Guard Wire (OPGW AGJ PIRELLI 48FO 14,9mm, OPGW AGJ PIRELLI 48FO 16,1mm y OPGW KABELRHEYDT ASLHD 48FO 15,8mm), en función de los niveles de tensión (voltaje) de las líneas de transmisión en cada tramo. **Con este cable se reemplazó el cable de guarda original utilizado como protección contra las descargas atmosféricas para las líneas de transmisión.**” (reslata el Tribunal).

298. El artículo 2005 del Código Civil en relación con el contrato de arrendamiento determina que:

*“El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento.*

*Deberá restituir en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimo.*

*Si no constare el estado en que le fue entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario.*

*En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable.”*

299. En consecuencia, habiendo terminado la Alianza que surgió con ocasión del Acuerdo 1 de 1997, le corresponde a EMCALI, como miembro de la Alianza, participar en la restitución que debe hacerse a ISA del cable de guarda que fue entregado por esta última y reemplazado por la Alianza por un cable OPGW.

300. En relación con el estado en el que correspondería restituir el cable de guarda a ISA, es del caso anotar que, aunque en el proceso se probó que en la infraestructura entregada por ISA se encontraba instalado un cable de guarda, no se encontró evidencia alguna que determine el estado en que se encontraba el cable de guarda al momento de su entrega. En este sentido, considerando lo dispuesto por el artículo 2005 del Código Civil, se entenderá que el cable de guarda fue recibido *“en regular estado de servicio”*.

301. Ahora bien, como se dijo, para la determinación de las obligaciones de EMCALI a la terminación y liquidación del Acuerdo 1 de 1997, el Tribunal tendrá en cuenta que el proyecto de fibra óptica continuó por parte de la Nueva Alianza, quienes siguieron utilizando el cable OPGW, como lo precisó el testigo Carlos Alberto Grajales<sup>53</sup> y el representante legal de CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA, Héctor Iván Cabrera Saavedra<sup>54</sup>, entre otros declarantes.

---

<sup>53</sup> El señor Grajales declaró lo siguiente: *“PREGUNTADO: Muchas gracias, Carlos. Y, como se contempla en ese caso del Informe de Liquidación, la restitución del cable, ¿el cable a hoy, en el Proyecto Nueva Alianza 2020-2040, ya se cambió? CONTESTÓ: No. Digamos que en la actualidad el cable continúa instalado bajo esta infraestructura; no obstante, si quisiera precisar allí también, digamos, esto pues como resultado de unos estudios técnicos que se adelantaron por las compañías de la Nueva Alianza, digamos que ese estudio técnico dio lugar a considerar una extensión temporal de la vida útil de este activo, para lo cual pues se ha tenido que recurrir a unas inversiones de repotenciación que así lo permitan. Es oportuno mencionar que el proyecto de sustitución de este cable, pues, digamos que son 1300 km de cable OPGW a lo largo del país, es un proyecto que, desde su concepción técnica y financiera, implica digamos unas labores de coordinación, no sólo desde el punto de vista financiero sino también desde el punto de vista técnico, pues con los propietarios de dicha infraestructura, ya que implicaría interrupciones del servicio de provisión de energía y demás; entonces, actualmente continúa operando pero, con base, pues, en unas inversiones de repotenciación que así lo han permitido por un tiempo adicional.”*

<sup>54</sup> Manifestó el representante legal de Cirion Technologies Colombia en el interrogatorio de parte: *“PREGUNTADO: Novena pregunta. ¿Tiene usted conocimiento si al día de hoy se ha dejado de usar el cable OPGW por parte de la Nueva Alianza? CONTESTÓ: La Nueva Alianza lo está utilizando, precisamente por eso lo está repotenciando, para poderlo utilizar.”*

302. En este proceso se probó igualmente que para la finalización del Acuerdo 1 de 1997, se encontraba instalado y en funcionamiento el cable OPGW, el cual, según lo conceptualizado por Organización Noguera Camacho podía seguir cumpliendo con la función de cable de guarda.
303. Al respecto, resulta dicente lo que se señala en el informe del avalúo de los activos que hizo la firma valuadora Organización Noguera Camacho en diciembre de 2019, por solicitud de IC Asesorías Proyectos S.A.S. E.S.P., con ocasión del informe de liquidación de la Alianza<sup>55</sup>, en el que se conceptúa:

#### *“4. ESTADO DE LOS ACTIVOS*

*La fibra óptica, como se ha mencionado, es el componente más importante de la infraestructura de La Alianza, y su vida útil cumplida es elemento decisivo en el escenario de estimación de valores. Si bien para este escenario resulta irrelevante el estado del cable de fibra óptica, es pertinente anotar que las condiciones de servicio de la fibra óptica en general han sido favorables, pues por tratarse de tendidos en trayectos del interior del país, no tienen exposición a ambientes atmosféricos como los existentes en las franjas costeras afectados por la salinidad del mar, que contribuye al deterioro de cableados y estructuras, por lo tanto, **aunque su función como cable de transmisión de datos se considera cumplida, su función como cable de guarda puede continuar.***

*Las torres y canalizaciones, sobre las que se ha tendido la fibra, también se encuentran en buen estado. El mantenimiento que entidades como ISA, EPM, EPSA, Emcali, ETB, UNE dan a su infraestructura es adecuado. Si bien la infraestructura aprovechada por el proyecto no forma parte de los bienes objeto del avalúo, es importante esta consideración, debido a que eventualmente la vida del proyecto podría tener una limitación, dado un hipotético caso de fibra en buen estado, y torres y elementos de soporte en mal estado.*

*Sobre el estado de la fibra en sí, que se ha mencionado es irrelevante para el escenario analizado, se puede anotar que la evaluación de éste no se logra a partir de las inspecciones, pues la fibra va sobre las torres o subterránea, por lo que este aspecto debe basarse en información secundaria como reportes de inspección especializados, pruebas de desempeño, análisis de integridad, etc. Al respecto, IC Asesorías y Proyectos suministró el informe “Proyecto de caracterización óptica de los enlaces de la red de fibra óptica de la Alianza Fases 1 y 2 (OTDR-Potencia\_PMD). También se indicó que si bien podría haber posibilidades de un mayor tiempo de servicio de la fibra tendida, para efectos del presente trabajo se debe considerar únicamente el de terminación de la operación.*

*En cuanto a los demás activos, de acuerdo con lo observado en las visitas realizadas, los reportes de mantenimiento de los años 2010 al 2019 y los archivos del estado operativo de los equipos comunes suministrados, se puede considerar, para los*

---

<sup>55</sup> Pruebas aportadas por la Convocante con la demanda inicial, 4. Informe Ejecutivo Liquidación, 010. Soportes de los valores de liquidación, Costos asociados a la liquidación Alianza Fases 1 y 2, ONC Avalúo Vr liquidación La Alianza (2019), pág. 27.

activos diferentes de la fibra óptica, que estos se encuentran en buen estado. El mantenimiento recibido es adecuado y las condiciones de servicio en general son favorables. Se tiene como política de mantenimiento trabajar con terceros especializados, que se encargan de las tareas de inspección periódica para evaluar el estado de los equipos, y programar las acciones correctivas, cuando se requieren. Por tratarse de bienes muebles, es importante este aspecto desde el punto de vista del avalúo, porque en el escenario de liquidación, podrían resultar de interés para terceros, y por lo tanto tener un valor.

Las obras civiles como casetas y canalizaciones propias también se encuentran en buen estado, con una vida útil aún significativa, sin embargo, dada su característica de bienes inmuebles, únicamente podrían ser de interés para el propietario del predio en el que se encuentran construidas. Para fines del avalúo, independientemente del buen estado observado, se ha considerado que ya cumplieron su vida útil.

## 5. METODOLOGÍA DE AVALÚO Y DESARROLLO DE LOS TRABAJOS

### 5.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El avalúo solicitado plantea la necesidad de reportar el Valor en un escenario de liquidación de los activos, en el que se determina no continuar con la operación, y en este caso, los activos deberían ser desmontados y trasladados (los que se puedan trasladar), pues es claro que elementos como pueden ser las canalizaciones, obras civiles o casetas, no pueden ser trasladadas.

*“El cable OPGW tendido, una vez deje de operar para los fines de transmisión de datos, y bajo la consideración de que como fibra óptica ya cumplió su vida útil, carecería de valor. **Sin embargo, debe seguir instalado en las líneas de transmisión, cumpliendo su función de cable de guarda y protección de las líneas de transmisión, y seguramente restituido o transferida su propiedad al propietario de las líneas (que recuperaría o mantendría la condición existente antes del proyecto).** Es decir, para la fibra en el escenario de liquidación no hay posibilidad de venta a un tercero, actor del mercado cualquiera, por lo tanto no se puede estimar un valor.”<sup>56</sup> (resalta el Tribunal)*

304. Es de precisar que, aunque Organización Noguera Camacho lleva a cabo una valoración en un contexto de liquidación, las conclusiones de esta firma sobre el estado y características del cable OPGW a la finalización de la Alianza Fases 1 y 2, así como su capacidad para seguir funcionando como cable de guarda, son igualmente aplicables en un escenario de continuidad en la operación del cable de fibra óptica. Lo anterior dado que, independientemente de si se trata de un escenario de liquidación o de continuidad, el informe de Organización Noguera Camacho evidencia que para cuando terminó la Alianza Fases 1 y 2 e inicia la Nueva Alianza, el cable OPGW, en el estado en que se encontraba, podía seguir siendo funcional como cable de guarda.

---

<sup>56</sup> Pág. 28.

305. Algunos de los testigos manifestaron que a la finalización de la Alianza Fases 1 y 2, el cable OPGW podía dejarse como cable de guarda, sin necesidad de incurrir en gastos adicionales de desmonte e instalación de un nuevo cable de guarda<sup>57</sup>. Otros de los testigos señalaron que para que el cable OPGW pudiera continuar prestando sus funciones, incluida la de cable de guarda, debían hacerse unas inversiones adicionales dado el estado en que se encontraba a la finalización del Acuerdo No. 1<sup>58</sup>. Al respecto encuentra el Tribunal que, conforme a las pruebas recaudadas esas inversiones adicionales y repotenciaciones del cable de fibra óptica, eran necesarias para incrementar la vida útil del cable para la transmisión de datos. En efecto varios de los testigos y representantes legales de las sociedades Convocantes declararon que la Nueva Alianza continuó utilizando el

<sup>57</sup> El testigo Eugenio Castro señaló: “EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, VANEGAS: También era claro que al restituir la infraestructura de ISA y de los demás operadores que se estuviera utilizando, pues, la debían restituir en las mismas condiciones que fue recibida, entonces quisiera saber ¿cómo se tenía en cuenta esa restitución para efectos de cambio o no del cable, de tal forma que la red de transmisión estuviera protegida con el cable de guarda? EL DECLARANTE: **A ver, supongamos que el 20 de enero..., el 27 de enero del 2020 termina La Alianza y nadie quiere seguir con una Nueva Alianza, nadie, supongamos que nadie quiere seguir con La Nueva Alianza, perfectamente se puede dejar el cable OPGW viejo funcionando como cable de guarda, y no hay que incurrir en ese gasto de ‘bájelo y vuelva a poner un cable de guarda’, es absurdo.** EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, VANEGAS: Entonces, perdón, ¿lo que usted me está diciendo es que ese cable podía seguir cumpliendo la función de cable de guarda, a satisfacción de ISA, sin necesidad de ser desmontado y montar uno nuevo?, ¿y cuál sería la razón? EL DECLARANTE: Claro que sí, ese cable..., el cable, desde el punto de vista ISA, lleva funcionando ya 22 años como cable de guarda, desde el punto de vista de ISA, es un cable de guarda que ha funcionado perfectamente, ¿sí? O sea, no ha lugar ‘ve, baja ese cable de ahí y pongo ese de guarda’; incurrir en gastos, como lo dice en la liquidación, de treinta y pico mil millones de pesos.” (resalta el Tribunal)

<sup>58</sup> El testigo Carlos Alberto Grajales señaló: “EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: La pregunta de la doctora María Isabel es, si la entiendo bien, es, si se hubiera... Si no se hubiera continuado con la Nueva Alianza y hubiera terminado el contrato en la fecha de terminación de la Alianza, teniendo en cuenta que el cable OPGW también cumple una función de guarda, si sí era necesario restituir este cable por uno de guarda, el OPGW, ¿sí? EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, VANEGAS: Exacto. EL DECLARANTE: Perfecto, me queda mucho más clara la pregunta. Sí, doctora María Isabel, resulta que si no hubiere continuado el proyecto de la Alianza, digamos que este cable estaba llegando a su término de obsolescencia, de conformidad con la vida útil proyectada por su fabricante, ¿sí?, entonces, si la Nueva Alianza no atendiere la sustitución de ese cable por un cable de guarda convencional, casi que estaría poniéndose en riesgo la estabilidad del sistema interconectado y le tocaría a ISA INTERCOLOMBIA atender en el corto plazo la sustitución de ese activo, ¿sí?, lo que implicaría, pues una condición bastante onerosa para el propietario de la infraestructura, ¿sí?, porque digamos, ya este cable -como usted bien lo menciona, doctora María Isabel- tiene una evaluación técnica de sus dos componentes, el componente electromecánico que tiene que ver con las funciones de cable de guarda y una caracterización de las fibras ópticas que..., que digamos, se alojan en su interior. Entonces, la Nueva Alianza hizo inversiones para determinar las condiciones operativas de estos dos componentes, ¿sí?, **encontrando que la caracterización óptica, pues, digamos, ya también iba presentando unas condiciones de obsolescencia tecnológica y demás, que digamos, ponían, pues, en el corto plazo la necesidad de sustitución.** Y en cuanto al componente electromecánico también se observaban unos elementos de desgaste importantes que no permitían pensar en una vida útil más allá de los cinco años que mencionaba, quizás en respuesta anterior del interrogatorio del doctor Guillermo, y considerando que, para lograr extender esos cinco años se ha requerido desarrollar un proyecto de repotenciación, ¿sí?, o sea que si el 27 de enero del 2020 se hubiera dejado el cable en las condiciones en que estaba, muy probablemente ya hubiera, digamos, agotado su condición de obsolescencia y su sustitución era inminente, doctora María Isabel.” (resalta el Tribunal)

La representante legal de Colombia Telecomunicaciones declaró: “EL TRIBUNAL, ÁRBITRO, VANEGAS: Bueno, muchas gracias. Doctora Nohora, por favor nos comenta si sabe, si para..., partiendo pues de que la infraestructura se le debía restituir a ISA o entregar a ISA en las mismas condiciones en que fue recibida, ¿cierto?, **¿era indiferente que para esos efectos se utilizara un cable OPGW o uno de guarda convencional?**, si usted conoce, por favor. LA DECLARANTE: Sí, señora, la idea era que tocaba sustituirle a ISA un cable de guarda, entonces, **lo que se revisaba era si el cable OPGW tenía la misma funcionalidad de un cable de guarda; y efectivamente un cable OPGW puede tener la misma funcionalidad de un cable de guarda, sin embargo, por la vida útil del... o por el transcurso del tiempo de ese cable, esa funcionalidad también se hubiera perdido, es decir, tocaba restituir con un nuevo cable de guarda.**” (resalta el Tribunal)

cable OPGW con el propósito de prestar el servicio de transmisión de datos, para lo cual ha tenido que realizar inversiones de repotenciación. No se allegó prueba técnica alguna que demuestre que el cable de fibra óptica existente a la finalización de la Alianza Fases 1 y 2, no pudiese continuar funcionando como cable de guarda o que fuese necesario realizar inversiones significativas para que el cable continuara prestando la función de guarda, y, por el contrario, obra en el expediente el avalúo efectuado en el mes de diciembre de 2019 por la firma valuadora especializada Organización Noguera Camacho, prueba documental de índole técnica, en la que se concluye que el cable OPGW sí podía continuar funcionando como cable de guarda.

306. En estos términos se demostró en el proceso que a la terminación del Acuerdo 1 de 1997 Fases 1 y 2, el cable OPGW cumplía la función de cable de guarda y, como se acredita en el avalúo de Organización Noguera Camacho, esta función de cable de guarda podía continuar después de terminada la Alianza.
307. Ahora bien, aunque para cuando terminó el Acuerdo No. 1 la Nueva Alianza continuó con la operación del cable OPGW, considerando que la liquidación de la participación de EMCALI corresponde realizarla en el momento en que termina la Alianza Fases 1 y 2, esto es enero de 2020, el Tribunal analizará, para ese momento, cuáles son las obligaciones que le corresponden a EMCALI en relación con la restitución del cable de guarda a ISA en el estado en que fue entregado.
308. Como se determinó en párrafos anteriores, las pruebas recaudadas acreditan que en el momento en que terminó la Alianza Fases 1 y 2 e inició la Nueva Alianza, el cable OPGW se encontraba en buen estado para seguir cumpliendo una función de cable de guarda. En consecuencia, la obligación de restituir a ISA la infraestructura en el estado en que fue recibida, se cumple por parte de EMCALI con la entrega de las fibras que le pertenecían del cable OPGW en el estado en que se encontraba en enero de 2020, el cual, se reitera, cumplía la función de cable de guarda convencional como concluyó Organización Noguera Camacho. Como lo reconoció la representante legal de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y se dice en el Informe Ejecutivo de Liquidación realizado por IC Asesorías y Proyectos<sup>59</sup>, a la finalización de la Alianza debía restituirse a ISA un cable de guarda en funcionamiento<sup>60</sup>, lo cual, naturalmente podía conseguirse con la entrega del cable OPGW que cumplía la función de cable de guarda convencional y podía seguir cumpliendo esta función, como se probó en el proceso.

---

<sup>59</sup> A página 39 del informe se dice: *“En atención de los requerimientos elevados por ISA INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P. como propietario del mayor porcentaje de la infraestructura sobre la cual se soporta el cable OPGW propiedad de la Alianza Fases 1 y 2, en el sentido de que una vez agotada la fase de explotación de la Red de Fibra Óptica, es obligación de los miembros del proyecto, restituir la infraestructura en las condiciones iniciales en las que fue dispuesta para el desarrollo del proyecto, es decir con un cable de guarda convencional instalado y sin afectaciones de la línea de transmisión de energía”*. 1. Pruebas aportadas con la demanda inicial. 4. Informe Ejecutivo Liquidación. 001. Informe Ejecutivo Liquidación Alianza Fases 1 y 2 Julio 2020.

<sup>60</sup> **“PREGUNTADA:** Perfecto, doctora. Segunda pregunta, pero ¿devolver la cosa tal cual como lo recibió, significaba la sustitución del cable?, ¿o la sustitución del cable era algo que pertenecía al nuevo proyecto de la nueva alianza?  
**CONTESTÓ:** No, cuando termino yo el proyecto de Alianza 1, Alianza 2, debo restituir el cable como me lo entregaron, es decir, con un cable de guarda.”

309. En este sentido, habiéndose acreditado que el cable OPGW sí podía seguir desempeñando su función de cable de guarda al término de la Alianza Fases 1 y 2, el Tribunal no encuentra fundamento contractual o legal alguno para determinar que le corresponda a EMCALI asumir, como un costo de la liquidación de su participación en el Acuerdo No. 1, el valor estimado para la sustitución del cable OPGW por un nuevo cable de guarda. Como se ha indicado, la obligación a la terminación del Acuerdo No. 1 es entregar un cable de guarda en funcionamiento, lo cual puede lograrse mediante la entrega del cable OPGW, que cumple con dicha función.
310. Adicionalmente, observa el Tribunal que aunque en el informe ejecutivo de liquidación elaborado por IC Asesorías y Proyectos se dice que ISA INTERCOLOMBIA, *“como propietario del mayor porcentaje de la infraestructura sobre la cual se soporta el cable OPGW”*, requirió la restitución de la *“infraestructura en las condiciones iniciales en las que fue dispuesta para el desarrollo del proyecto, es decir con un cable de guarda convencional instalado y sin afectaciones de la línea de transmisión de energía propiedad de la Alianza Fases 1 y 2”*, las partes no hicieron referencia alguna en sus alegatos de conclusión a alguna comunicación de ISA INTERCOLOMBIA en este sentido<sup>61</sup>. En todo caso, dicho requerimiento parecería estar dirigido a que la infraestructura se entregara con un cable de guarda en funcionamiento, y no a que se sustituyera el cable OPGW por un cable de guarda nuevo. Lo cual, se reitera, se cumple con la restitución de la infraestructura con el cable OPGW que fue instalado por la Alianza Fases 1 y 2, y que, para enero de 2020 podía seguir cumpliendo la función de cable de guarda convencional.
311. En este punto, también tiene en cuenta el Tribunal que se probó en el proceso que el cable OPGW no fue retirado ni sustituido por un cable de guarda al terminar el Acuerdo No. 1, como lo reconocieron varios de los testigos y los representantes legales de las sociedades Convocantes.
312. El Tribunal igualmente advierte que, si bien la obligación de restituir la infraestructura a ISA en el mismo estado en que fue recibida, con un cable de guarda en funcionamiento, podría cumplirse con la sustitución del cable OPGW por un nuevo cable de guarda, como se propuso en el informe de liquidación de IC Asesorías, resulta ajustado a la razonabilidad económica inmersa en los negocios mercantiles de colaboración empresarial y a la naturaleza propia de las obligaciones derivadas de la Alianza Fases 1 y 2, el cumplimiento de esta obligación con la entrega del cable OPGW que tenía la función de cable de guarda sin necesidad de incurrir en los costos adicionales que implica la sustitución del cable

---

<sup>61</sup> El representante legal de Cirion, Héctor Iván Cabrera Saavedra, dijo en su declaración: *“EL TRIBUNAL, PRESIDENTE: Y, quisiera una precisión, cuando usted dice que eso estaba dentro de los requerimientos de ISA, ¿eso lo dijo ISA verbalmente, fue por escrito?, ¿en dónde está ese requerimiento? EL DECLARANTE: No, lo que te digo, no tengo, digamos, un documento que ratifique eso, pero dentro del argot que nosotros manejamos, dentro del proceso, es algo que normalmente se sabe; digamos, cuando utilizamos temas de interconexiones eléctricas o que son partners en el negocio, siempre se trata de cubrir este tema de, si hay cables, hacer las restituciones, ¿no?”*

OPGW por un nuevo cable de guarda convencional. Lo anterior considerando la valoración que con posterioridad al informe de liquidación hizo el perito evaluador Jorge Enrique García de las líneas de fibra óptica instaladas por la Alianza a la fecha de terminación del Acuerdo 1 en un escenario de continuidad, cuyo resultado arrojó que era más económico dejar el cable OPGW como cable de guarda convencional que reemplazarlo por un nuevo cable de guarda. De hecho, como se evidenció en el proceso, bajo el criterio de empresa en marcha, el valor del cable OPGW a la terminación del Acuerdo 1 es inferior al costo estimado para la instalación de un nuevo cable de guarda. Conforme a la valoración que se hace en el dictamen del perito Orozco, mientras que el valor estimado al 27 de enero de 2020 de las líneas de fibra óptica instaladas por la Alianza ascendía a \$10.348.796.550<sup>62</sup>, el costo de desmonte, sustitución y montaje del cable OPGW por un nuevo cable de guarda convencional ascendía a \$27.277.496.557, tomando la cotización más baja. Adicionalmente se evidenció en el proceso que el cable OPGW era apto para prestar la función de guarda, y, además concuerda con la situación actual, ya que el cable OPGW no fue desmontado al finalizar la Alianza.

313. El Tribunal concluye entonces que, en el marco de la liquidación del Acuerdo No. 1, EMCALI no está obligada a pagar los costos reclamados por la parte Convocante derivados del reemplazo del cable OPGW por un cable de guarda convencional. Como se expuso anteriormente, la obligación que surge a la terminación del Acuerdo No. 1 de restituir a ISA el cable de guarda convencional, la cumple EMCALI con la entrega de la propiedad que tenía sobre el cable OPGW para que este sea utilizado como cable de guarda convencional.

**F.2.4.3. Costos de: (i) desmonte de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos a bodega para disposición final, y (ii) arrendamiento de bodega estimado en un periodo de 6 meses para disposición final de activos**

314. En relación con los costos reclamados de “*desmonte de cada uno de los nodos y transporte de todos los elementos para disposición final*” y el arrendamiento de bodega para disposición final de los activos, la Convocante no presenta mayor análisis en la demanda o en sus alegatos de conclusión sobre las razones jurídicas por las cuales habría lugar a incluir este costo en la liquidación de la participación de EMCALI en la Alianza Fases 1 y 2. En la demanda se dice lo siguiente:

*“El tercer ítem corresponde al desmonte de los sitios y transporte de equipos al almacén para disposición final en el escenario de restitución de sitios contra la liquidación del proyecto Alianza Fases 1 y 2. Al igual que en el ítem anterior se estimó mediante un estudio de mercado los costos asociados al proceso de desmonte y*

---

<sup>62</sup> En la declaración dijo el perito Orozco: “*APODERADO DE LA PARTE CONVOCADA: Ah, muy bien, doctor. Una pregunta que..., a mí me ha inquietado mucho este asunto, ¿no?, uno observa valor de cero pesos en alguna parte de su pericia, entonces yo me pregunto por qué aparece un valor de cero pesos si el escenario real era de continuidad, pero yo veo en su informe, en algunos apartes, valor de cero pesos a las fibras, ¿nos puede explicar cuál es la razón de ese valor cero pesos a la fibra, a pesar de que el escenario real es de continuidad? EL PERITO, OROZCO: No, el valor de..., si usted está hablando de la fibra, el valor de nuestro avalúo para la fibra específicamente corresponde al valor de 10.348.796.550, eso está en la página 8, en la parte final, en el cuadro final; la fibra la que usted se refiere, la OPGW, vale 10.348.796.550 (...)*”.

*transporte a bodega de todos los equipos instalados, de lo cual se obtuvo una oferta del INTELCA PST, por valor total de \$278.467.330 COP antes de IVA, por lo cual se toma este valor para la liquidación.*

*(...)*

*El cuarto ítem corresponde a la estimación del valor por concepto de almacenamiento de los equipos una vez desmontados. Para determinar este monto se obtuvo una propuesta comercial vía RFI por parte de la sociedad MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S, con los siguientes valores: (...)*

*En consecuencia, se tomó el valor de \$362.413.604 COP antes de IVA, equivalente al servicio de almacenamiento y custodia por un periodo estimado de seis meses para la disposición final de todos los activos objeto de restitución.”*

315. En el informe ejecutivo de liquidación elaborado por IC Asesorías y Proyectos, se afirma lo siguiente sobre este costo:

*“Bajo el escenario hipotético de restitución de sitios contra la liquidación del proyecto Alianza Fases 1 y 2, se estimó mediante un estudio de mercado, los costos asociados al proceso de desmote y transporte a bodega de todos los equipos instalados (...)*

*Para la estimación del valor por concepto de almacenamiento de los equipos una vez desmontados, se obtuvo una propuesta comercial vía RFI por parte de la sociedad MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S, con los siguientes valores: (...)*

*Para el caso de estimación de la presente liquidación se toma un valor de \$362.413.604 COP antes de IVA equivalente al servicio de almacenamiento y custodia por un periodo estimado de seis meses para la disposición final de todos los activos objeto de restitución.”<sup>63</sup>*

316. En el dictamen de parte rendido por el perito Orozco se establece:

*“Con el fin de determinar los costos asociados al desmote y transporte a bodega de los equipos instalados en los diferentes sitios de la red, la compañía IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P., encargada de la administración de la fibra óptica, definió los términos de referencia para el trabajo a realizar y solicitó propuestas para la determinación de estos costos (...)*

*Con el fin de determinar los costos asociados al almacenamiento y custodia de los repuestos y materiales de la red de fibra óptica de la Alianza 1 y 2 una vez liquidada la Alianza, la compañía IC Asesorías y Proyectos S.A.S. E.S.P., encargada de la administración de la fibra óptica, definió las áreas necesarias para el almacenamiento de estos elementos y con base en lo anterior solicitó cotización para la prestación de este servicio”<sup>64</sup>.*

---

<sup>63</sup> Pág. 39 del Informe Ejecutivo de Liquidación.

<sup>64</sup> Pág. 15.

317. El Tribunal destaca que, según lo indicado en el Informe ejecutivo de liquidación, estos costos fueron determinados “*bajo un escenario hipotético*”. En consecuencia, dado que en el proceso se probó que al finalizar el término del Acuerdo No. 1, se continuó con la operación de la fibra óptica, no se llevó a cabo el desmonte de los nodos, no fue necesario alquilar las bodegas, ni los propietarios de la infraestructura plantearon que era necesario realizar dicho desmonte, el Tribunal considera que esta es una situación totalmente incierta e hipotética, sin que se haya acreditado en el proceso que este deba ser un costo a reconocer en la liquidación de la participación de EMCALI en la Alianza Fases 1 y 2.
318. En consecuencia, en el marco de la liquidación del Acuerdo No. 1, EMCALI no está obligada a reconocer los costos reclamados por la parte Convocante derivados del desmonte de cada uno de los nodos, transporte de todos los elementos para disposición final, y arrendamiento de bodega para disposición final.

**F.2.4.4. Costos de demolición de las casetas y disposición final de escombros para entrega de predios en subestaciones**

319. Sobre la demolición de las casetas y adecuación de terreno en subestaciones de ISA, la Convocante manifestó en la demanda:

*“El último ítem se relaciona con los costos asociados al proceso de demolición y disposición final de los escombros como requisito indispensable para la restitución de los sitios en condiciones iniciales. Para tales efectos se adelantó un proceso de referenciación comercial, en cual se obtuvieron propuestas de las sociedades INTELCA PST S.A.S. y DEMOLICIONES BETANCUR S.A.S., las cuales después de promediarse arrojaron valor total de este rubro por \$147.934.408 COP antes de IVA.”*

320. Aunque, como se estableció, al aplicar las normas del contrato de arrendamiento, el terreno corresponde entregarlo en las condiciones iniciales, lo anterior no limita la posibilidad de que el propietario acepte recibirlo con las adecuaciones que haya realizado el arrendatario, en este caso con las casetas que fueron construidas en virtud de la Alianza Fases 1 y 2.
321. Sobre esta reclamación anota adicionalmente el Tribunal que el análisis sobre los costos que le corresponde asumir a EMCALI con ocasión de la liquidación de su participación en la Alianza Fases 1 y 2, lo hace considerando la situación existente al momento de su terminación, esto es a finales del mes de enero de 2020. Para esa oportunidad, observa el Tribunal que no consta solicitud alguna de los propietarios de los terrenos en relación con la demolición de las casetas, por el contrario, se acreditó en el proceso que las casetas se siguen utilizando<sup>65</sup>. Incluso,

---

<sup>65</sup> Al respecto la representante legal de Colombia Telecomunicación señaló en el interrogatorio de parte que se le hizo: “PREGUNTADA: Perfecto, siguiente pregunta. ¿Las casetas, a la fecha de hoy, han sido demolidas?, como se anunciaba en ese informe de liquidación. CONTESTÓ: Las casetas no han sido..., tengo entendido que no, no han sido demolidas”. En el mismo sentido, el representante legal de CIRION TECHNOLOGIES, en el interrogatorio de parte manifestó: “PREGUNTADO: 19, muy bien. En el informe de liquidación que usted conoció, que le entregó el director Carlos Alberto Grajales, se consagra y se valora una actividad de demolición de casetas como actividad propia,

como lo mencionó el testigo Carlos Alberto Grajales, las casetas se están usando y se han suscrito nuevos contratos de arrendamiento por parte de la Nueva Alianza con los propietarios. Al respecto dijo el testigo:

*“PREGUNTADO: Adiciono a la pregunta para poder puntualizar, ¿en este momento las casetas que he enunciado, siguen en funcionamiento? CONTESTÓ: Siguen en funcionamiento, pero es oportuno hacer una precisión adicional a esa respuesta, doctor James, los contratos de arrendamiento que le otorgaban el derecho de uso del espacio físico a la Alianza, Fases 1 y 2, cumplieron su término con el acuerdo 01 del 97, el mismo 27 de enero del 2020, es decir, para que esa infraestructura física siga a la fecha de hoy en operación, las compañías de la Nueva Alianza tuvieron que suscribir acuerdos de arrendamiento con estos propietarios de estos lugares físicos para garantizar la continuidad de esta infraestructura en operación, o sea, hoy están operando, pero el derecho de titularidad de poder utilizar ese espacio ya se soportan en una relación contractual diferente a la que estuvo vigente hasta el 27 de enero del 2020.”*

322. En consecuencia, no encuentra el Tribunal que exista fundamento contractual o legal alguno para incluir este costo en la liquidación de la participación de EMCALI en la Alianza Fases 1 y 2.

#### **F.2.4.5. Liquidación de los derechos y obligaciones de EMCALI a la terminación del Acuerdo No. 1**

323. Como ya se analizó, con ocasión de la liquidación de la participación de EMCALI en el Acuerdo No. 1, EMCALI tiene la obligación de participar en la entrega de la infraestructura a ISA en las condiciones en que fue recibida, esto es con un cable de guarda convencional en funcionamiento, lo cual se lleva a cabo con la entrega de su participación en el cable OPGW, incluidas las fibras que eran de su propiedad, el cual a la terminación del Acuerdo No. 1 podía seguir prestando la función de cable de guarda.
324. En cuanto a los costos que en este proceso han solicitado las sociedades Convocantes sean asumidos por EMCALI con ocasión de la liquidación de su participación en el Acuerdo No. 1 – relativos al contrato de prestación de servicios de liquidación, sustitución del cable OPGW por un cable de guarda, desmonte de los nodos y transporte de elementos a bodega para disposición final, arrendamiento de bodega, y demolición de casetas y disposición final de escombros -, como se concluyó en los apartes anteriores, EMCALI no tiene obligación legal o contractual de asumir dichos costos.
325. En estos términos, la pretensión segunda de la demanda inicial no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

---

*pues, del proceso de la liquidación final, y a esa actividad de demolición de casetas se le asignaron unos costos, le pregunto, ¿esas casetas a la fecha han sido hoy demolidas? CONTESTÓ: No.”*

326. Teniendo en cuenta que en la pretensión tercera de la demanda se hace referencia a los “derechos y obligaciones” de EMCALI en la liquidación del Acuerdo No. 1, considera el Tribunal que es del caso determinar también cuáles son esos derechos.
327. Al respecto encuentra el Tribunal, que en el proceso quedó acreditado que el proyecto de fibra óptica continuó su operación con los integrantes de la Nueva Alianza. Así las cosas, para el análisis de los derechos de EMCALI en la liquidación de su participación en el Acuerdo No. 1 debe considerarse esta circunstancia, esto es bajo el escenario de empresa en marcha<sup>66</sup>.
328. Bajo este criterio, considera el Tribunal que EMCALI tiene un derecho sobre los bienes comunes existentes al finalizar el Acuerdo No. 1, en proporción al porcentaje de su participación en dicho Acuerdo, el cual es equivalente al 5,56 %. En efecto, como consta en el considerando 2 del Acuerdo No. 10 del 22 marzo de 2017:

*“2.- (...) cada Parte de la Alianza es propietaria exclusiva de fibras ópticas del cable de cuarenta y ocho (48) fibras de acuerdo con su porcentaje de participación en el Acuerdo 1; además dicho porcentaje determina la propiedad proindiviso de LAS PARTES de la Alianza respecto de los bienes de uso común que conforman la Red de Fibra Óptica de la Alianza, de la siguiente forma:*

*El Grupo 1 que es propietario de 4 fibras que corresponden al 8.33% de la red, está compuesto por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P. (5,56 (...)).”*

329. Es de precisar que la redistribución acordada en el Acuerdo No. 10, con ocasión de la no participación de Valorem en la prórroga de la vigencia de la Fase 1 para su igualación con la Fase 2, se acuerda únicamente para la distribución de los costos derivados de la prórroga de la Fase 1<sup>67</sup>, por lo que para determinar los derechos de

---

<sup>66</sup> Sobre el escenario de empresa en marcha señaló el perito Orozco en su declaración: “APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE: Sí, sí, señor. Con respecto a eso yo iba a hacer esa misma pregunta de la señora Presidenta, pero profundizando más alrededor del escenario en marcha, además de los supuestos, quisiera preguntarle, de fondo es, ¿por qué se parte de la base de un escenario de una empresa en marcha?, es decir, ¿qué verificó usted de manera directa que permitió hablar de un escenario de una empresa en marcha? EL PERITO, OROZCO: Pues nosotros fuimos, como le digo, nosotros asistimos a las casetas y a los lugares donde estaba la fibra óptica y donde estaban los accesorios que conforman todo el sistema de fibra óptica, y pudimos verificar que la transmisión de los datos se estaba realizando, eso tiene unos medidores..., todas las casetas, vuelvo e insisto, tenían su refrigeración, su luz prendida, todos los equipos estaban funcionando; vuelvo e insisto, estaban los de EMCALI; ah, que no estaban funcionando, pero ahí estaban. Entonces, esa es la razón por la que decimos ‘está en marcha’, porque la empresa no..., digamos, la..., el sistema está trabajando y está prestándole servicio a otras personas diferentes a EMCALI es otra cosa, pero el sistema está funcionando. APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE: Y, ¿ese funcionamiento está relacionado con la vida útil del cable OPGW? EL PERITO, OROZCO: Claro, porque el cable OPGW, como Jorge lo dimensionó, tiene una vida útil estimada, ya no recuerdo (...), de 27 años, entonces así está valorizado en nuestro dictamen, con una vida útil de 27 años, y entonces todos los accesorios y todos están con una vida útil de una empresa en marcha; obviamente, insisto, todo eso se hace siempre y cuando tenga un adecuado programa de mantenimiento, y se realice, porque usted puede tener un programa de mantenimiento y decir ‘esto hay que hacerle esto, esto y esto’, y no hacerlo, no, que se mantenga y se haga; y eso también fue verificado.”

<sup>67</sup> En el numeral 4 de los Acuerdos del Acuerdo 10 se dice:

EMCALI en los activos comunes a la terminación del Acuerdo 1, corresponde aplicar el porcentaje de participación del 5.56%.

330. En el proceso, obra el dictamen de Guillermo Orozco Pardo, aportado por la parte Convocante, en el que al responder la pregunta 6, determina a partir del avalúo realizado por el perito valuador Jorge Enrique García, cuál es el valor de los activos comunes de la Alianza Fases 1 y 2, al momento de la terminación del Acuerdo No. 1, aplicando para este avalúo el criterio de empresa en marcha. Al respecto, señala el perito Orozco en su dictamen:

*“6. Determine el valor de los activos en un escenario de continuidad (estado operativo) para efectos de la liquidación del “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2.*

*En el trabajo elaborado por el perito evaluador Jorge Enrique García Gómez (anexo 6), específicamente en el numeral 10 que contiene el Avalúo Retroactivo bajo Estándares Internacionales de Valuación (IVS) y Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) de los elementos de Propiedad Planta y Equipo que conforman el Circuito Fibra Óptica de la Alianza, se hace la ESTIMACIÓN DEL VALOR RAZONABLE POR EL ENFOQUE DEL COSTO indicando que el valor más aproximado de los elementos de propiedad, planta y equipo objeto de la valoración, en sitio y bajo el criterio de empresa de marcha, es el siguiente:*

TOTAL AVALUÓ PROPIEDAD - PLANTA Y EQUIPO - LA ALIANZA - ENERO 27 DE 2020	
DESCRIPCIÓN	VALOR RAZONABLE (COP) 27 ENERO 2020
Líneas de fibra óptica	10.348.796.550
Equipos en casetas	1.485.621.139
Equipos en cuartos	360.858.296
Equipos en sitios	70.479.927
Repuestos	719.469.858
Obras civiles Casetas	615.100.000
<b>TOTAL</b>	<b>13.600.325.770</b>

*Por lo anterior y de acuerdo con lo determinado en dicho trabajo, el valor de los activos en estado operativo para efectos de la liquidación del “Proyecto Red de Fibra Óptica” Alianza Fases 1 y 2 asciende a la suma de \$13.600.325.770 (Trece mil seiscientos millones trescientos veinticinco mil setecientos setenta pesos).”*

- 4.- Dado que la sociedad Valorem S.A., no hace parte del presente Acuerdo de prórroga de la vigencia de la Fase 1 para su igualación con la Fase 2, a partir del 1° de noviembre de 2018 y hasta el día 27 de enero de 2020, los costos derivados de la prórroga de la Fase 1, se distribuirán entre LAS PARTES, de acuerdo con los siguientes porcentajes: Tabla 3

UNE EPM TELCO	22,53521%
EMCALI	5,63380%
COLUMBUS NETWORKS	4,22535%
ETB	12,67606%
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES	4,22535%
LEVEL 3 COLOMBIA S.A	12,67606%
TELMEX	4,22535%
COMCEL	29,57747%
INTERNEXA	4,22535%
TOTAL	100,00000%

NOTA: Teniendo en cuenta que el acuerdo suscrito entre las empresas, no contempla la forma de distribución del porcentaje en caso que una de ellas no continúe en el acuerdo, exclusivamente para el presente caso las partes determinan que se realice teniendo en cuenta su porcentaje de participación, forma de distribución que no generará compromisos ni precedentes para eventos posteriores que se lleguen a presentar ni futuras negociaciones.

*[Firma]*  
Página 4 de 26

331. En relación con los activos objeto de este avalúo, encuentra el Tribunal lo siguiente:
332. A la terminación del Acuerdo No. 1, como ya se señaló, EMCALI, no tiene un derecho sobre la línea de fibra óptica ni sobre las casetas, pues la línea de fibra óptica debe ser entregada al propietario de la infraestructura en desarrollo de la obligación de restitución de la infraestructura en las condiciones en que fue recibida, y las “*obras civiles casetas*”, igualmente hacen parte de los terrenos del propietario en la media en que no se solicitó su desmonte.
333. En consecuencia, de los activos cuyo avalúo hizo el perito evaluador Jorge Enrique García, EMCALI únicamente tendría derecho a que a la liquidación de su participación en el Acuerdo 1 se le reconozca, el valor correspondiente a su porcentaje de participación en el Acuerdo 1, sobre los equipos en casetas, cuartos, y sitios, así como sobre los repuestos, considerando que todos estos son activos comunes de la Alianza Fases 1 y 2. Adicionalmente tiene derecho a que se le reconozca el saldo que pueda existir a su favor con ocasión de la liquidación del fideicomiso constituido para la operación del Acuerdo No. 1 Fases 1 y 2 (PA FID 3-1-5300), en el evento en que no se hubiere restituido dicho saldo.
334. En la pretensión tercera de la demanda la Convocante solicita “Liquidar los derechos y obligaciones de EMCALI E.I.C.E E.S.P. en el Acuerdo No. 1 “*Proyecto Red de Fibra Óptica*” condenando a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. al pago de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$2.648.576.431) por concepto de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 “*Proyecto Red de Fibra Óptica*” Alianza Fases 1 y 2”. Considerando que en la pretensión tercera la Convocante pretende una condena contra EMCALI y a favor de las sociedades Convocantes en relación con la liquidación de los derechos y obligaciones de EMCALI en el Acuerdo No. 1, y que, como se ha analizado, con ocasión de dicha liquidación no surge una condena a EMCALI por los montos y conceptos señalados por la Convocante, en este sentido, observa el Tribunal que esta pretensión no está llamada a prosperar y así se declarará en la parte resolutive.

### **F.3. Conclusión sobre las pretensiones de la demanda inicial**

335. Por las razones expuestas en el acápite de este Laudo relativo al retiro de los activos de EMCALI, prospera parcialmente la pretensión primera de la demanda inicial, y se ordenará a la parte Convocada que proceda a retirar los activos de su propiedad asociados a la operación del Acuerdo No. 1 ubicados en las casetas de Yumbo y La Virginia, que a la fecha de este Laudo Arbitral aún se encuentren en estas casetas.
336. Conforme se analizó en acápite anterior de este Laudo, no se accederá a las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial, en las que las sociedades Convocantes solicitan se declare que EMCALI debe asumir el pago de los costos asociados a la liquidación del Acuerdo No. 1 por la suma de \$2.648.576.431, y se

condene al pago correspondiente. Teniendo en cuenta la no prosperidad de las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial, y que con ocasión de la prosperidad parcial de la pretensión primera no surge una condena en dinero a favor de las Convocantes, no prospera igualmente la pretensión cuarta de la demanda inicial en la que se pedía que se ordenara la actualización e indexación de las sumas de dinero contempladas en las pretensiones primera, segunda y tercera. En efecto, al no resultar una condena en dinero con ocasión de las pretensiones primera, segunda y tercera, la pretensión cuarta no está llamada a prosperar.

337. En cuanto a las excepciones formuladas por la Convocada denominadas “2. *Inexistencia de la Obligación por Incongruencia de la Liquidación con el Acuerdo 01 de 1997*”, “3. *Inexistencia de la obligación por defecto normativo – sustantivo en la liquidación*”, y “4. *Objeto ilícito*”, en tanto las pretensiones segunda y tercera de la demanda inicial no prosperan por razones diferentes a las esgrimidas por la Convocada en estos medios exceptivos, estas excepciones se negarán.
338. También, al no haberse acreditado en el proceso situación alguna de abuso de posición dominante por parte de las Convocantes, se negará la excepción que la Convocada formuló frente a la demanda inicial denominada “*Abuso de la Posición Dominante*”.

#### **F.4. Conclusión sobre las pretensiones de la demanda de reconversión**

339. Como se analizó en el acápite de esta providencia denominado “*Análisis de la excepción de abuso de posición dominante planteada por la Convocada y de la pretensión primera de la demanda de reconversión*”, en este proceso no se probó que las sociedades Convocantes hayan incurrido en la ejecución del Acuerdo No. 1 o en el contexto de su terminación y liquidación en conductas de abuso de posición dominante. Las circunstancias que la Convocada invocó como constitutivas, en su concepto de “*intervenciones con abuso de posición dominante*”, determinó el Tribunal que valoradas las pruebas recaudadas en el proceso no tienen dicha connotación.
340. En consecuencia, se negará la pretensión primera de la demanda de reconversión, en la que la Convocada solicita que se declare que las Demandadas en Reconversión están “*obligadas al pago de los costos asociados a las intervenciones con abuso de la posición dominante en el marco del Acuerdo No. 1*”. Es evidente que, como premisa previa para analizar si se generó alguno de los costos reclamados por EMCALI, debía probarse la existencia de “*las intervenciones con abuso de posición dominante*” de las Convocantes, lo cual no ocurrió en este trámite. Igualmente se negarán las pretensiones segunda y cuarta, que son consecuenciales de la primera y parten de la existencia de un reconocimiento económico derivado de las alegadas “*intervenciones con abuso de posición dominante*”, el cual se niega considerando que no se acreditó la existencia de un

abuso de posición dominante por parte de las sociedades Convocantes en el marco del Acuerdo No. 1 de 1997.

341. Como se expuso, el Tribunal encontró probada la excepción que la Demandada en Reconvención denominó *“La responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI, exclusivamente”*, y parcialmente probada la denominada *“Ausencia de abuso de la posición dominante”*, esta última exclusivamente en el sentido que no se acreditó en el proceso que las circunstancias aducidas por EMCALI se enmarquen en una conducta abusiva de los demandantes. En cuanto a las excepciones denominadas *“Incongruencia e indeterminación de la pretensión segunda consecucional”* y *“Falta de prueba de los valores expresados en las pretensiones – Falta de determinación de los perjuicios”*, en la medida en que se probó la ausencia de abuso de posición dominante, lo cual conduce al rechazo de las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda de reconvención, en los términos previstos en el artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstiene de examinar estas excepciones.
342. En cuanto a la pretensión tercera de la demanda de reconvención, este Tribunal determinó en la primera audiencia de trámite que no tiene competencia para su conocimiento.

## **G. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES**

343. Para los fines previstos en el primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso<sup>68</sup>, el Tribunal observa que en el curso del trámite arbitral las partes y sus apoderados obraron conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, y con apego a las prácticas de buena conducta procesal, cada quien, en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer cuestionamiento alguno. Por lo anterior no se deducirán indicios de la conducta procesal de las partes.

## **H. JURAMENTO ESTIMATORIO**

344. Tanto la Convocante como la Demandante en Reconvención presentaron en el escrito de demanda y en la reconvención, respectivamente, el juramento estimatorio exigido por el artículo 206 del Código General del Proceso. La parte Convocada no objetó el juramento estimatorio en la contestación de la demanda, y la Demandada en Reconvención, por su parte, objetó el juramento estimatorio al contestar la demanda de reconvención. Es preciso aclarar que si bien la Convocada al subsanar los requisitos de la demanda de reconvención para ser admitida, incluyó una manifestación de objeción al juramento estimatorio de la demanda inicial, que no fue contemplada en el escrito de contestación de la demanda inicial, esta manifestación de objeción al juramento de la demanda inicial fue inoportuna, pues

---

<sup>68</sup> Esta norma dispone: *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

para cuando se presentó ya había fenecido el traslado para contestar la demanda, en estos términos, como se dispuso en el Auto 6 del 21 de noviembre de 2022, el Tribunal tuvo por no objetado el juramento estimatorio de la demanda inicial.

345. El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, regula el juramento estimatorio en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

*PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.” (destaca el Tribunal)*

346. En la sentencia C-157 de 2013, al analizarse la constitucionalidad del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional dispuso: *“Declarar EXEQUIBLE el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.*
347. En estos términos encuentra el Tribunal que hay lugar a considerar la imposición de una sanción a favor del Consejo Superior de la Judicatura en los siguientes eventos: (i) si la suma estimada bajo juramento exceda en un cincuenta por ciento de la suma que resulte probada; y (ii) cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, siempre que la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.
348. Frente a las estimaciones efectuada por las partes en la Demanda inicial y en la Reconvención, considera el Tribunal que no procede aplicar sanción alguna por concepto de juramento estimatorio. En efecto, considerando que no se accederá a las pretensiones condenatorias formuladas por la Convocante y por la Demandante en Reconvención, por razones diferentes a la falta de la prueba del perjuicio, y tomando en cuenta que en el curso del proceso la conducta de las partes se sujetó a las prácticas de una buena conducta procesal y no se presentó una actuación negligente o temeraria por parte de ellas, no procede imponerle a ninguna de las partes la sanción contemplada en el artículo 206 del C.G.P.

## **I. COSTAS**

349. Sobre la condena en costas, el artículo 365 del Código General del Proceso determina que:

*“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*(...)*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de*

*condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.(...)"*

350. Considerando que en el caso de la demanda inicial solo se concede parcialmente la pretensión primera, y en relación con la demanda de reconvencción se niegan todas las pretensiones, además de haberse observado una conducta procesal de las partes y sus apoderados en el proceso con apego a las buenas prácticas, en aplicación de la norma citada no se impondrá condena en costas, y en consecuencia declarará la no prosperidad de la pretensión quinta de la demanda inicial y quinta de la demanda de reconvencción.

## **J. HONORARIOS Y GASTOS PARA REEMBOLSAR Y SUS INTERESES**

351. Como se relató en los antecedentes, en la oportunidad legal la parte Convocada no hizo el pago de la porción de los honorarios y gastos del Tribunal a su cargo, por lo que la Convocante procedió a consignar el 50% restante de los honorarios.

352. El artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 establece:

*“Artículo 27. Oportunidad para la consignación. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.*

*Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario.*

*En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.*

**De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.**

*Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso.” (resalta el Tribunal)*

353. En los términos del artículo citado considerando que no ha mediado ejecución y según se informó en la audiencia de alegatos de conclusión, no se ha llevado a

cabo el reembolso por parte de la Convocada a la Convocante de la mitad de los honorarios y gastos finalmente asumidos por esta última (\$184.306.091), se ordenará en este Laudo el reembolso correspondiente, junto con los intereses de mora causados liquidados a la más alta tasa autorizada desde el 15 de marzo de 2023, fecha en que venció el plazo en el que la Convocante consignó los honorarios y gastos a cargo de la Convocada, y hasta la fecha del laudo, los cuales son equivalentes a la suma de \$60.553.080, conforme a la siguiente liquidación:

SALDO DE CAPITAL		184.306.091							
DESDE	15/03/23	HASTA	23/02/24						
			Interes Anual Efectivo certificado por Superfinanciera		Interés Nominal				
			Int Cte Bancario	Tasa Int. Mora	Tasa nominal diaria	Tasa nominal mensual			
			(1)	(2)			Saldo Capital	Intereses de mora	Interes de mora acumulados
Período		No. de días							
Inicio	Final								
15/03/23	31/03/23	17	30.84%	46.26%	0.00104222952	1.77%	184.306.091	3.265.517	3.265.517
1/04/23	30/04/23	30	31.39%	47.09%	0.00105765609	3.17%	184.306.091	5.847.974	9.113.491
1/05/23	31/05/23	31	30.27%	45.41%	0.00102615015	3.18%	184.306.091	5.862.897	14.976.388
1/06/23	30/06/23	30	29.76%	44.64%	0.00101168322	3.04%	184.306.091	5.593.781	20.570.170
1/07/23	31/07/23	31	29.36%	44.04%	0.00100028311	3.10%	184.306.091	5.715.106	26.285.276
1/08/23	31/08/23	31	28.75%	43.13%	0.00098280644	3.05%	184.306.091	5.615.254	31.900.530
1/09/23	30/09/23	30	28.03%	42.05%	0.00096203430	2.89%	184.306.091	5.319.263	37.219.793
1/10/23	31/10/23	31	26.53%	39.80%	0.00091824839	2.85%	184.306.091	5.246.402	42.466.195
1/11/23	30/11/23	30	25.52%	38.28%	0.00088836814	2.67%	184.306.091	4.911.950	47.378.145
1/12/23	31/12/23	31	25.04%	37.56%	0.00087405299	2.71%	184.306.091	4.993.892	52.372.037
1/01/24	31/01/24	31	23.32%	34.98%	0.00082213622	2.55%	184.306.091	4.697.266	57.069.303
1/02/24	23/02/24	23	23.31%	34.97%	0.00082183149	1.89%	184.306.091	3.483.777	60.553.080

354. Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida de gastos, se ordenará su devolución a las partes en proporciones iguales.

## V – DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias entre **INTERNEXA S.A. E.S.P., EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., COMCEL S.A., CENTURYLINK COLOMBIA S.A.S. (hoy CIRION TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S.), COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. B.I.C. y COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S.**, como parte Convocante, y las **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P.**, como parte Convocada, decidiendo en derecho, en cumplimiento de la misión encomendada y por autoridad de la ley,

## R E S U E L V E:

### A. Sobre las pretensiones de la demanda inicial y las excepciones propuestas en su contestación

**PRIMERO:** Ordenar a EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P. el retiro de los equipos de su propiedad asociados a la operación del Acuerdo No. 1 ubicados en las casetas de Yumbo y La Virginia, que a la fecha de este Laudo Arbitral aún se encuentren en dichas casetas. En estos términos prospera parcialmente la pretensión primera de la demanda inicial.

**SEGUNDO:** Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las pretensiones segunda y cuarta de la demanda inicial.

**TERCERO:** Con relación a la pretensión tercera de la demanda inicial, estar a lo consignado en la parte motiva respecto de la liquidación de los derechos y obligaciones de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P., y, en consecuencia, negar la pretensión tercera de la demanda inicial.

**CUARTO:** Declarar no probadas las excepciones formuladas por la Convocada en la contestación a la demanda inicial denominadas:

1. *FALTA DE JURISDICCIÓN.*
2. *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR INCONGRUENCIA DE LA LIQUIDACIÓN CON EL ACUERDO 01 DE 1997.*
3. *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR DEFECTO NORMATIVO-SUSTANTIVO EN LA LIQUIDACIÓN.*
4. *OBJETO ILÍCITO.*
5. *ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.*
6. *FALTA DE COMPETENCIA.*
7. *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.*
8. *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.*

**B. Sobre las pretensiones de la demanda en reconvención y las excepciones propuestas en su contestación**

**QUINTO:** En los términos expuestos en la parte motiva declarar probada la excepción formulada por las Demandadas en Reconvención denominada *“La responsabilidad por preservar la prestación del servicio a sus usuarios es de EMCALI, exclusivamente”*, y parcialmente probada la denominada *“Ausencia de abuso de la posición dominante”*.

**SEXTO:** Por las razones expuestas en la parte motiva, negar las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda de reconvención.

**SÉPTIMO:** Declarar no probadas las excepciones formuladas por las Demandadas en Reconvención en la contestación a la demanda de reconvención denominadas: *“Imprecisión y falta de claridad de la pretensión primera y consecuenciales – Incumplimiento del numeral 4o del artículo 82 del Código General del Proceso”*, *“Falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la pretensión primera de la demanda”*.

*de reconvencción y consecuenciales”, e “Incongruencia de los valores expresados en las pretensiones primera, segunda y tercera con los relacionados en el juramento estimatorio – Incumplimiento Núm. 7 – Art. 82 del Código General del Proceso”.*

**OCTAVO:** Abstenerse de pronunciarse sobre las excepciones formuladas por la Demandada en Reconvencción denominadas “Falta de prueba de los valores expresados en las pretensiones – Falta de determinación de los perjuicios” e “Incongruencia e indeterminación de la pretensión segunda consecencial”.

#### **C. Sobre los juramentos estimatorios:**

**NOVENO:** No imponer sanción alguna a las partes en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso.

#### **D. Sobre las costas del proceso**

**DÉCIMO:** No imponer condena en costas a las partes y en consecuencia negar la pretensión quinta de la demanda inicial y quinta de la demanda de reconvencción.

#### **E. Sobre el reembolso de honorarios**

**UNDÉCIMO:** Condenar a EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E E.S.P. a pagar a las sociedades Convocantes la suma de **\$244.859.171** por concepto del reembolso del cincuenta por ciento de los honorarios y gastos del Tribunal incluidos los intereses correspondientes (artículo 27 de la Ley 1563 de 2012), suma liquidada hasta la fecha de este Laudo.

#### **F. Sobre los aspectos administrativos**

**DUODÉCIMO:** Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y el secretario. La parte Convocante deberá entregar a los árbitros y al secretario, en un plazo de treinta (30) días contados a partir de la radicación de la factura correspondiente, los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 50% de sus honorarios.

**DECIMOTERCERO:** Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los árbitros y el secretario, para lo cual la Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

**DECIMOCUARTO:** De conformidad con el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, la Presidente procederá a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta razonada de los mismos, restituyendo a las partes en proporciones iguales los remanentes a que hubiere lugar.

**DECIMOQUINTO:** Por Secretaría remitir copia de este Laudo Arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**DECIMOSEXTO:** Ordenar que en la oportunidad que corresponda se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

**DECIMOSÉPTIMO:** Ordenar que por secretaría se haga entrega a cada una de las Partes de ejemplar auténtico de este Laudo con las constancias de ley.

El anterior Laudo se notifica en audiencia y se suscribe con firmas escaneadas de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.

  
**ANDREA ATUESTA ORTIZ**  
Árbitro Presidente

  
**MARÍA-ISABEL VANEGAS ARIAS**  
Árbitro

  
**PABLO REY VALLEJO**  
Árbitro

  
**MATEO POSADA ARANGO**  
Secretario