
**TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. CONTRA
INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.**

LAUDO ARBITRAL

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
1. PARTES PROCESALES	3
1.1. Parte demandante	3
1.2. Parte demandada	4
2. EL PACTO ARBITRAL	4
3. TRÁMITE DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL	6
4. TRÁMITE ARBITRAL	9
5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	10
II. PRESUPUESTOS PROCESALES	11
1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y COMPARECER EN EL PROCESO	11
2. DEMANDA	12
3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	12
4. ASPECTOS PROCESALES	12
III. LA CONTROVERSIA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	13
1. EL CONTRATO	13
2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	14
2.1. Síntesis de los hechos	14
2.2. Síntesis de las pretensiones	15
2.3. Síntesis de la oposición de la parte demandada	16
3. PROBLEMAS JURÍDICOS	19
IV. ACÁPITE PROBATORIO	19
1. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS	19
1.1. Documentales	19
1.2. Interrogatorios de parte	21
1.3. Declaración de terceros	21
1.4. Prueba pericial	23

TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.
Vs.
INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.
Trámite 128698

2.	CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA	23
3.	SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	24
V.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	26
1.	DEL ANÁLISIS PROBATORIO	26
2.	LA CONTROVERSIA POR RESOLVER	28
2.1.	Primera pretensión	28
2.1.1.	Postura de las partes	28
2.1.2.	Consideraciones del Tribunal	29
2.2.	Segunda pretensión	31
2.2.1.	Postura de las partes	31
2.2.2.	Consideraciones del Tribunal	31
2.2.2.1.	Conformidad de la cláusula de exclusividad con el ordenamiento jurídico	33
2.2.2.2.	Incumplimiento de la cláusula de exclusividad	43
2.2.2.3.	Excepciones de contrato no cumplido, mala fe contractual y desconocimiento de los actos propios	49
VI.	JURAMENTO ESTIMATORIO	79
VII.	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO	83
VIII.	DECISIÓN	85

TRIBUNAL ARBITRAL DE
ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.
CONTRA
INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., 13 de septiembre de 2022

El Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S, como convocante, y la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., como convocada, profiere este laudo arbitral luego de que se surtieron en su integridad y con arreglo a la ley, las etapas procesales previstas para el arbitraje de carácter legal, con lo cual decide de fondo y en derecho el conflicto planteado en la demanda y en su contestación.

I.ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES
 - 1.1. Parte demandante

La parte demandante en este proceso arbitral es la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S (en adelante sociedad

ATC, parte demandante o convocante), sociedad legalmente constituida con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y con NIT 900.377.163-5. Representada legalmente por el señor Juan Pablo Duque Camacho, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.424.004, tal como obra en el documento No. 2 del Cuaderno Principal No. 2.

1.2. Parte demandada

La parte demandada en el presente proceso arbitral es la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., (en adelante sociedad GOLDEN FIVE, demandada o convocada), sociedad legalmente constituida con domicilio principal en la ciudad de Bogotá y con NIT 900.149.582-0. Representada legalmente por la señora Inés Cecilia Delgado Flores, identificada con la cédula de extranjería No. 351.147, que obra en el documento No. 3 del Cuaderno Principal No. 2.

2. EL PACTO ARBITRAL

La cláusula compromisoria denominada “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” acordada en la Sección “B. ESTIPULACIONES CONTRACTUALES ANEXAS” del contrato de arrendamiento celebrado el seis de marzo de 2015 sobre un área de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89,83M2) aproximadamente, de un Inmueble ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65, en Bogotá, el cual obra en el

documento 1 del Cuaderno de Pruebas No. 1¹ y que es del siguiente tenor:

“SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Si surgiere alguna diferencia, disputa o controversia entre las Partes por razón o con ocasión del presente Contrato o sus Anexos, las partes buscarán de buena fe un arreglo directo antes de acudir al trámite arbitral aquí previsto. En consecuencia, si surgiere alguna diferencia, cualquiera de las partes notificará a la otra la existencia de la misma y una etapa de arreglo directo surgirá desde el día siguiente a la respectiva notificación. Esta etapa de arreglo directo culminará a los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su comienzo.

Si la diferencia, disputa o controversia no se soluciona dentro del término anteriormente establecido, las partes acudirán al Tribunal de Arbitramento que decidirá en Derecho y de conformidad con las leyes colombianas y que funcionará en la ciudad de Bogotá D.C., y estará integrado por un (1) árbitro que será escogido de común acuerdo entre las Partes siguiendo las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Los gastos que ocasionen el juicio serán asumidos por la parte vencida.

¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 1: Pruebas virtuales radicadas con la demanda principal.

PARAGRAFO: La presente clausula no tendrá aplicación cuando la controversia, diferencia o disputa verse sobre la terminación normal o anticipado del Contrato. En cuyo caso las partes resolverán de manera directa la disputa, controversia o diferencia”.

3. TRÁMITE DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

La integración del Tribunal de Arbitraje convocado y las actuaciones surtidas en la etapa introductoria del proceso, se desarrollaron de la siguiente manera, con el respeto de las disposiciones que gobiernan el trámite del arbitraje legal:

- 3.1. La demanda que dio origen al proceso fue presentada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de febrero de 2021².
- 3.2. En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la cláusula compromisoria, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, fijó como fecha y hora para la reunión de designación de árbitros, el día 23 de febrero de 2021. Por solicitud de las partes, la reunión fue suspendida, para la designación de común acuerdo del árbitro. El día 21 de abril de 2022 los apoderados de las partes debidamente autorizados por sus poderdantes, designaron como árbitro, de común acuerdo,

² Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1., No. 1. Documentos virtuales radicación demanda: 7. 128698. Radicación de documentos caso ATC SITIOS DE COLOMBIA VS. INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.

al Dr. David Ricardo Sotomonte Mújica, quien en forma oportuna manifestó su aceptación³.

3.3. La audiencia de instalación se celebró el 31 de mayo de 2012, en la cual el Tribunal se declaró legalmente instalado y fijó como su lugar de funcionamiento y de su secretaría el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Igualmente, se nombró Secretaria, quien oportunamente aceptó la designación y tomó posesión del cargo. En esta audiencia se admitió la demanda⁴ y, una vez finalizada, se notificó de la providencia admisorio personalmente al extremo convocado, a través de correo electrónico certificado enviado el 15 de junio de 2021⁵.

3.4. En el término de ejecutoria del auto admisorio de la demanda la parte convocada interpuso recurso de reposición contra dicho proveído y luego de surtido el traslado de rigor a la parte convocante, se resolvió por Auto No. 4 del 14 de julio de 2021, en el cual se inadmitió la demanda y se ordenó subsanar los defectos allí indicados. Un vez subsanada, el Tribunal en Auto. No. 5 de 23 de julio de 2022, admitió la demanda y ordenó correr su traslado⁶.

³ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 02: Documentos virtuales instalación: 01. ETAPA 01 DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS y 02 ETAPA 02 NOTIFICACIONES DE ÁRBITROS.

⁴ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 02. Documentos virtuales instalación: 6. Acta de instalación.

⁵ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No.18. Notificación personal demanda.

⁶ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. Documentos 19, 20, 22, 22.1 y 23.

- 3.5. En forma oportuna la parte convocada contestó la demanda, propuso excepciones de mérito, acompañó documentos y solicitó el decreto y práctica de pruebas⁷.
- 3.6. A través del Auto. No. 6 del 31 de agosto de 2021, se ordenó correr traslado, por el término de 5 días hábiles, de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda así como de las objeciones al juramento estimatorio, termino dentro del cual la parte convocante se opuso a las excepciones, aportó documentos y pidió el decreto y práctica de pruebas⁸.
- 3.7. Mediante Auto. No 7⁹ se fijó como fecha y hora para la audiencia de conciliación el 17 de septiembre de 2021 a las 11:00 a.m. Debido al ánimo conciliatorio que presentaron las partes en dicha audiencia, aquellas acordaron suspender la diligencia y continuarla el 4 de octubre de 2021. Como quiera que la propuesta de conciliación no logró cerrarse y las partes manifestaron entonces no tener ánimo conciliatorio, el Tribunal declaró fracasada la etapa conciliatoria¹⁰ y fijó, en la audiencia del 4 de octubre de 2022, las sumas correspondientes a honorarios y gastos ¹¹ al amparo de las disposiciones del Decreto 1069 de 2015, que fueron pagadas, dentro del término de ley, por cada una de las partes.

⁷ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. Documentos 24 y 24.

⁸ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. Documentos 25.1, 25.2 y 25.3.

⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 26. Trámite 128698 Acta 6. Auto 7.

¹⁰ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 28. Trámite 128698. ACTA 8. AUTO 9 Y 10.

¹¹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 29. Radicación pago de honorarios.

4. TRÁMITE ARBITRAL

- 4.1. El 7 de diciembre de 2021 se celebró la primera audiencia de trámite en la cual, el Tribunal, luego de analizado el pacto de arbitraje y contrastado con el *petitum* y la *causa petendi*, se declaró competente para tramitar y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento. En firme dicha providencia, el Tribunal decretó y práctico¹² las pruebas que se relacionarán en el capítulo IV. Acápiteme probatorio.
- 4.2. El 8 de junio de 2022, con el Auto No. 23¹³, el Tribunal negó la práctica de las pruebas allí descritas. Dicha providencia fue objeto de recurso de reposición tanto por la parte convocante como por la convocada, por lo que surtido el traslado de ley, con Auto No. 25 del 28 de junio de 2022, se revocó parcialmente el Auto No. 23, y se ordenó la práctica de pruebas en los términos previstos en la parte resolutive de la providencia¹⁴.
- 4.3. El Auto No. 26 del 6 de julio de 2022 cerró la etapa probatoria, y el Auto No. 27 señaló el día 8 de agosto de 2022, a las 2:30 p.m., como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos prevista en el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012. En dicha audiencia, las partes alegaron de conclusión en forma oral respetando el tiempo previsto en la Ley y cada una de ellas

¹² Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 37. Trámite 128698. ACTA 11. AUTO 13, 14 Y 15.

¹³ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 70. Trámite 128698. Acta 17. Auto 23.

¹⁴ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 72 al 76 y 81 al 85.

entregó una versión escrita de sus alegaciones, las cuales se incorporaron al expediente.

- 4.4. Mediante Auto No. 30 del 21 de julio de 2021, el Tribunal fijó, como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de laudo, el día 13 de septiembre de 2022, a las 2:30 p.m., la cual se llevaría a cabo por medios virtuales.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, a su vez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 el término del proceso fue ampliado en dos (2) meses.

Debido a que el cómputo del término inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 7 de diciembre de 2021, quiere ello decir, que inicialmente el término para proferir el laudo era hasta el 7 de agosto de 2022. A dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes:

AUTO	FECHA	DÍAS SUSPENDIDOS
Auto. No. 27 del 11 de julio de 2022	Desde el 11 de julio de 2022 hasta el 29 de julio de 2022.	19 días

	Ambas fechas incluidas.	
Auto. No. 29 del 8 de agosto de 2022	Desde el 9 de agosto de 2022 hasta el 9 de septiembre de 2022.	32 días
	Total días suspendidos	51 días

En consecuencia, al sumarle los 51 días durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud expresa de las partes, el plazo para proferir la decisión se extiende hasta el 27 de septiembre de 2022.

Así las cosas, el presente laudo arbitral es proferido dentro del término señalado en la ley.

II.PRESUPUESTOS PROCESALES

1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y COMPARECER EN EL PROCESO

Tanto la parte demandante, como la demandada, ambas personas jurídicas debidamente representadas, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y, adicionalmente, tienen capacidad para transigir.

Tras estudiar la documentación allegada¹⁵ al proceso no se encuentra ninguna restricción. Además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido debidamente representadas.

2. DEMANDA

Como se indicó al momento de admitir la demanda, ésta cumple con los requisitos formales previstos en la ley procesal, por lo que el Tribunal advierte que este presupuesto también se encuentra cumplido.

3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En virtud del principio “*Competence - Competence*”, el Tribunal resolvió sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, mediante auto que quedó en firme sin recursos.

4. ASPECTOS PROCESALES

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, la relación procesal existente en el presente caso se ha ajustado a los preceptos normativos pertinentes y a lo largo del desenvolvimiento de este trámite arbitral, no se vislumbra la

¹⁵ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1. Documentos virtuales radicados en la demanda: documentos 1, 2, y 5; y 02. Documentos virtuales instalación: documento 3.

estructuración de algún vicio que deje sin efecto todo lo actuado o que impida decidir de fondo.

En este sentido en el Acta No. 22 de fecha 8 de agosto de 2022¹⁶, una vez concluida la etapa de alegaciones de las partes se realizó control de legalidad, por lo que consultadas las partes, expresaron su conformidad con lo anterior.

III.LA CONTROVERSIA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. EL CONTRATO¹⁷

El seis (06) de marzo de dos mil quince (2015) ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., en calidad de arrendataria, suscribió con INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., como arrendadora, un contrato de arrendamiento sobre un área de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89,83M2) aproximadamente, de un Inmueble ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65 en Bogotá, el cual se encuentra identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20670095 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, por un período de 10 años.

El Contrato contiene una cláusula denominada “EXCLUSIVIDAD” en el APARTADO B, la cual reza:

¹⁶ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 100. Trámite 128698. ACTA 22. AUTO 28, 29 Y 30.

¹⁷ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 1. No. 1. Cuaderno de pruebas.

“A partir de la firma del presente contrato y durante la vigencia del mismo, el Arrendador no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar actividades por sí mismo, o por medio de terceras personas, ni celebrar contratos o convenios que permitan el uso a cualquier tercero sobre el inmueble en el cual se encuentra el área arrendada objeto del presente contrato, actividades de telecomunicaciones o cualquier actividad conexa al objeto del presente contrato, salvo que medie previamente por escrito el consentimiento de la Arrendataria.

Parágrafo: La arrendataria conoce y acepta la existencia y continuidad del contrato que con anterioridad al presente documento el Arrendador suscribió con Telefónica”.

2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

2.1. Síntesis de los hechos

1. El seis (06) de marzo de dos mil quince (2015) ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. suscribió con INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. un contrato de arrendamiento sobre un área de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89,83M2) aproximadamente, de un Inmueble ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65, en Bogotá, identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20670095, por un período de 10 años.

2. El Contrato contiene una cláusula denominada “EXCLUSIVIDAD” la cual establece que:

“A partir de la firma del presente contrato y durante la vigencia del mismo el Arrendador no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar actividades por sí mismo, o por medios de terceras personas, ni celebrar contratos o convenios que permitan el uso a cualquier tercero sobre el inmueble en el cual se encuentra el área arrendada objeto del presente contrato, actividades de telecomunicaciones, o cualquier actividad conexas al objeto del presente contrato, salvo que medie previamente por escrito el consentimiento de la Arrendataria.

Parágrafo: La arrendataria conoce y acepta la existencia y continuidad del contrato que con anterioridad al presente documento el Arrendador suscribió con Telefónica”.

3. INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. celebró un contrato de arrendamiento de espacio dentro del Inmueble, con la sociedad CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.S., para la instalación y funcionamiento de una estación de telecomunicaciones.

2.2. Síntesis de las pretensiones¹⁸

¹⁸ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1. Documentos virtuales radicación demanda, No. 4. Demanda.

1. Que se declare que ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. y la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. suscribieron el Contrato de Arrendamiento para el arrendamiento de un área total de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89.83M2) aproximadamente, del predio ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65 de la ciudad de Bogotá, identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20670095.

2. Que se declare que INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. incumplió las obligaciones acordadas en el Contrato de Arrendamiento al suscribir un contrato de arrendamiento con un tercero sin que mediara previamente por escrito el consentimiento de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.

3. Que se declare que como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Arrendamiento por parte de INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. ha causado y causará daños y perjuicios a ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. por lo menos en la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS (\$485.200.409 COP).

2.3. Síntesis de la oposición de la parte demandada¹⁹

¹⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 25. Escrito contestación demanda.

1. Excepción de contrato no cumplido: INVERSIONES GOLDEN FIVE informó sobre el contrato que iba a celebrar con CENTENNIAL TOWERS pero ATC no cumplió con su obligación de dar respuesta a dicha solicitud.

2. Mala fe contractual y desconocimiento de los actos propios por parte de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.: A pesar de que GOLDEN FIVE cumplió con su obligación contractual de solicitar a ATC el correspondiente consentimiento, ésta nunca cumplió con su deber -derivado de la buena fe contractual, los deberes de corrección y lealtad- de dar respuesta a la solicitud efectuada por la parte convocada.

3. Inexistencia de incumplimiento contractual como elemento estructural de la responsabilidad civil contractual: ATC conoció de la celebración del contrato con CENTENNIAL TOWERS y durante más de cinco (5) años estuvo de acuerdo con dicho contrato. Tampoco le comunicó a GOLDEN FIVE estar incurso en incumplimiento alguno de la cláusula de exclusividad.

4. Inexistencia del daño y del nexo de causalidad como elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual: el supuesto incumplimiento de la cláusula de exclusividad no generó un menoscabo al patrimonio de ATC SITIOS DE COLOMBIA. En otras palabras: ATC no sufrió perjuicio alguno por el solo hecho de la celebración de un contrato de arrendamiento con CENTENNIAL TOWERS,

además de ello, la demandante no ha acreditado la existencia del nexo de causalidad entre el supuesto incumplimiento de la cláusula de exclusividad y el daño - perjuicios- sufrido.

5. Falta del carácter cierto y directo de los perjuicios reclamados: los perjuicios que reclama ATC no son directos, ya que no se derivan del presunto incumplimiento de la cláusula de exclusividad. Tampoco resultan ciertos en la medida que parten de meras especulaciones y cálculos arbitrariamente realizados por la demandante.
6. Enriquecimiento sin justa causa: la indemnización reclamada por ATC SITIOS COLOMBIA constituye un enriquecimiento sin causa.
7. Inejecutabilidad, inoponibilidad o invalidez de la cláusula de exclusividad por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por ser restrictiva de la libre competencia: la cláusula es restrictiva de la libre competencia pues tiene como objeto limitar el acceso a las facilidades esenciales por parte de otros competidores en el mercado de Redes y Servicios de Torres de Telecomunicaciones en la zona donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del contrato de arrendamiento.
8. Improcedencia de algún tipo de indemnización con fundamento en una cláusula que contraviene una recomendación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Revisadas las pretensiones de la demanda se encuentra que este Tribunal deberá resolver sobre la celebración de un contrato de arrendamiento entre la Convocante y la Convocada; el incumplimiento del contrato por la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.; el pacto de una cláusula de exclusividad, su validez y su supuesta vulneración, y finalmente, si hubo daño, su naturaleza, reconocimiento y el *quantum* de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento denunciado.

IV.ACÁPITE PROBATORIO

1. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

De acuerdo con el Auto. No 15 del 7 de diciembre de 2021, el Auto No. 16 del 18 de enero de 2022, el Auto No 21 del 14 de febrero de 2022, y el Auto No. 25 del 18 de junio de 2022, las siguientes fueron las pruebas decretadas y practicadas en este trámite arbitral:

1.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas, con el valor que la ley les asigna, las siguientes:

TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.
Vs.
INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.
Trámite 128698

1. Los documentos citados en el numeral 9.1 del capítulo VIII²⁰ de la demanda.
2. Los documentos relacionados en los numerales 7.1 a 7.4 ²¹ del acápite sobre “Pruebas solicitadas por la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S” del el Auto No. 15 del 7 de diciembre de 2021²².
3. Los documentos relacionados en los numerales 8.1 a 8.5 ²³ del acápite sobre “Pruebas solicitadas por la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S” del el Auto No. 15 del 7 de diciembre de 2021²⁴.
4. Los documentos relacionados en los numerales 9.1 a 9.8 ²⁵ del acápite sobre “Pruebas solicitadas por la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S” del el Auto No. 15 del 7 de diciembre de 2021.
5. Los documentos aportados por la parte convocada con la contestación de la demanda²⁶.

²⁰ Expediente Digital No. 128698. PREUBAS 1. No. 1 Cuaderno de pruebas.

²¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 5.

²² Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 37. Trámite 128698. ACTA 11. AUTO 13, 14 Y 15.

²³ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 3.

²⁴ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 37. Trámite 128698. ACTA 11. AUTO 13, 14 Y 15.

²⁵ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 4.

²⁶ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 2.

6. Los documentos que este Tribunal ordenó aportar a las partes en el Auto. No 25 del 28 de junio de 2022²⁷.

1.2. Interrogatorios de parte

El día 7 de diciembre de 2021 por medio de Auto No. 15 se decretó la práctica de los interrogatorios de parte de los representantes legales tanto de la Convocante como de la Convocada. En la audiencia del 14 de febrero de 2022, se practicaron los interrogatorios (i). de la señora INÉS CECILIA DELGADO FLORES, identificada con la cédula de extranjería No. 351.147 de Bogotá, en calidad de representante legal de la sociedad GOLDEN FIVE S.A., y del señor EDWIN VALERO VARGAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.913.360 en calidad de Gerente General de la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., de lo cual quedó constancia en el Acta No. 14²⁸.

La grabación de estos interrogatorios y su correspondiente transcripción obran en el Cuaderno de Audios y Videos.

1.3. Declaración de terceros

El día 7 de diciembre de 2021 por medio de Auto No. 15 se decretó la práctica de los siguientes testimonios:

²⁷ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 5. No. 5. Pruebas ordenada en el Auto No. 25.

²⁸ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 37. Trámite 128698. ACTA 11. AUTO 13, 14 Y 15.

- A solicitud de la parte convocante: de DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.763.448, KARLA PATRICIA CORONADO en su calidad de representante legal de CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.S.; de IGNACIO ROMÁN VILA en su calidad de representante legal de AVANTEL S.A.S., y de MARÍA DEL PILAR CASTELLANOS, Ingeniera de Proyectos en ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.

- A solicitud de la parte convocada: de MÓNICA BURBANO quien fuera de asesora legal de ATC y de JOHANNA SALEM en su calidad de funcionaria de la compañía Primm Consulting.

En la audiencia del 14 de febrero de 2022, se practicaron los testimonios de DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ, MÓNICA BURBANO VILLACIS y de JOHANNA SALEM, de lo cual quedó constancia en el Acta No. 14²⁹.

La grabación de estos testimonios y su correspondiente transcripción obran en el Cuaderno de Audios y Videos.

En esta misma audiencia, el apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de KARLA PATRICIA

²⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 37. Trámite 128698. ACTA 11. AUTO 13, 14 Y 15.

CORONADO, IGNACIO RAMÓN VILA y MARÍA DEL PILAR CASTELLANOS, tal como consta en el Auto No. 19³⁰.

1.4. Prueba pericial

El 11 de febrero de 2022, el apoderado de la parte convocante, en la oportunidad prevista para ello, radicó por correo electrónico el dictamen pericial y sus anexos³¹, que fue anunciado en el escrito que describió el traslado de las excepciones de mérito y decretado en el Auto No. 15.

A su vez, el 20 de mayo de 2022, el apoderado de la parte convocada, en la oportunidad prevista para ello, radicó por correo electrónico el dictamen pericial de contradicción según lo previsto en el Auto No. 22, junto con sus anexos³².

2. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA

El Tribunal declaró concluida la etapa probatoria del proceso, mediante Auto No. 26 del 6 de julio de 2022³³. Una vez agotada esta etapa, el Tribunal efectuó el control de legalidad de las actuaciones surtidas hasta la fecha, conforme a lo previsto en el numeral 12 artículo 42 del

³⁰ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 59. Trámite 128698. ACTA 14. AUTO 19 Y 20.

³¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 1. Pruebas virtuales radicadas con la demanda inicial.

³² Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS 7.

³³ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 89. Trámite 128698. ACTA 20. AUTO 26.

Código General del Proceso y el artículo 132 del mismo código, para lo cual profirió el Acta No. 22 del 8 de agosto de 2022³⁴ en el que determinó que no existían vicios dentro del proceso arbitral que configuraran nulidades procesales u otras irregularidades y dispuso continuar con el trámite del proceso.

3. SÍNTESIS DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La audiencia de alegatos de conclusión se celebró el 8 de agosto de 2022, en la que los apoderados judiciales de las partes presentaron oralmente sus alegaciones finales y entregaron una versión escrita de las mismas, la cual fue incorporada al expediente³⁵.

En esa misma audiencia, una vez agotada la etapa de alegatos de conclusión, el Tribunal efectuó el control de legalidad de las actuaciones surtidas hasta la fecha, conforme a lo previsto en el numeral 12 del artículo 42 del Código General del Proceso y el artículo 132 del mismo código, tal como consta en el Acta No. 22, en el que determinó que no existían vicios dentro del proceso arbitral que configuraran nulidades procesales u otras irregularidades y dispuso continuar con el trámite del proceso.

³⁴ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 100. Trámite 128698. Acta 22. Auto 28, 29 y 30.

³⁵ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 96. Alegatos de conclusión CDA y No. 98. Alegatos de conclusión CTE.

La parte convocante señaló en sus alegaciones finales que la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE “(...) incumplió la cláusula de exclusividad contenida en el Contrato de Arrendamiento al suscribir el contrato de arrendamiento con Centennial para instalar al operador Avantel tan solo unos pocos meses después de haber suscrito el contrato de arrendamiento con ATC, con pleno conocimiento de la existencia de la cláusula de exclusividad y con plena conciencia de estar violando el acuerdo de voluntades establecido con ATC”.

Ahora bien, en materia de perjuicios sostuvo la parte convocante que “(...) sufrió daños y perjuicios por los que debe ser indemnizada (...) ya que demostró que existía una ganancia o provecho que dejó de reportarse, esto, como consecuencia de no haberse cumplido la obligación, por parte de IGfSA, provecho o utilidad reconocida en el derecho colombiano como un lucro cesante, que tiende a aumentar el patrimonio y corresponde a nuevas utilidades que ATC previsiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el incumplimiento”.

Además de lo anterior, señaló el demandante, que no hay lugar a reconocer las excepciones propuestas por el extremo demandado debido a que la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA ATC ha cumplido con sus obligaciones; no actuó de mala fe ni desconociendo sus propios actos; sí acreditó en forma debida los elementos de la responsabilidad civil y la cláusula de exclusividad es válida.

Por su parte, la parte convocada alegó en conclusión que la cláusula de exclusividad suscrita en el contrato de arrendamiento sobre la que versa el debate es nula por adolecer de objeto y causa ilícita; que no hay lugar a reconocer una indemnización a favor de la parte convocante por configurarse la excepción de contrato no cumplido ya que “(...) *está probado que IGF solicitó autorización previa a ATC para suscribir el Contrato Centennial y está probado que la demandante nunca dio respuesta a dicha solicitud (...)*”³⁶, y finalmente, que no se acreditó la existencia de un daño real ni cierto de cara al material probatorio que reposa en el expediente.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De todo lo expuesto resulta claro que en el presente trámite no se ha configurado un defecto que pueda conducir a invalidar total o parcialmente las actuaciones surtidas, motivo por el cual se procede a decidir sobre el mérito de la controversia, en los siguientes términos:

1. DEL ANÁLISIS PROBATORIO

El artículo 164 del Código General del Proceso (CGP) establece las bases para el análisis probatorio al señalar que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las

³⁶ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 96. Alegatos de conclusión CDA, folio 9.

pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

En igual sentido, el artículo 167 *ídem*, establece como carga de las partes “*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 1757 del Código Civil, según el cual, “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta*”.

Con relación a los documentos que se allegan en las distintas etapas procesales, el artículo 244 del CGP sienta las bases para considerarlos auténticos, así: “*Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso*”.

Por otra parte, la apreciación probatoria ha de efectuarse bajo los parámetros consagrados en el artículo 176 *ídem*, esto es, las evidencias se han de valorar en conjunto con observancia de la persuasión racional o sana crítica³⁷.

Partiendo de los citados postulados, el Tribunal acometerá el estudio de las pruebas obrantes en el proceso, con las cuales las partes pretenden demostrar los hechos en que fundamentan su *petitum* y defensas.

³⁷ “Artículo 176. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*”.

En este punto del análisis legal y probatorio, cabe destacar que:

1. Las pruebas documentales allegadas al expediente no fueron objeto de tacha de falsedad, por lo que se tienen como auténticas y se les da plena validez probatoria.
2. Los testimonios fueron recibidos en legal forma –decreto y práctica-.
3. La pericia fue sometida a contradicción en cumplimiento de las normas procesales.

Todas las pruebas serán analizadas rigurosamente y apreciadas por su valor.

2. LA CONTROVERSIA POR RESOLVER

Revisadas las pretensiones de la demanda se encuentra que giran en torno a la celebración de un contrato de arrendamiento entre la Convocante y la Convocada; el pacto de una cláusula de exclusividad y su supuesta vulneración, así como la naturaleza del daño y el *quantum* de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento denunciado.

Procede entonces el Tribunal a analizar y resolver una a una las pretensiones formuladas en la demanda.

2.1. Primera pretensión

2.1.1. Postura de las partes

La Convocante en su escrito solicita:

“Que se declare que ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. y la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. suscribieron el Contrato de Arrendamiento para el arrendamiento de un área total de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89.83M2) aproximadamente, del predio ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65 de la ciudad de Bogotá, departamento de Cundinamarca, el cual se encuentra identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20670095 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá (en adelante el ‘Inmueble’)”³⁸.

Por su parte, la Convocada señala:

“De entrada nos permitimos manifestar que nos oponemos categóricamente a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante por carecer de todo sustento fáctico y jurídico”³⁹.

2.1.2. Consideraciones del Tribunal

A pesar de la oposición total de la Convocada a las pretensiones de la actora, encuentra el Tribunal que, en la contestación de la demanda, particularmente en el pronunciamiento frente al primero de los fundamentos fácticos del libelo, se señala que es cierto que entre las partes se suscribió el citado contrato de arrendamiento, así: *“Es cierto. El contrato*

³⁸ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1: Documentos virtuales radicación demanda. No. 4. Demanda, folio 6.

³⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL No. 25. Escrito contestación demanda, folio 3.

*de arrendamiento fue efectivamente celebrado el 06 de marzo de 2015 entre ATC e Inversiones Golden Five*⁴⁰.

Así las cosas, como el demandante señala haber celebrado el contrato mencionado y el demandado lo corrobora, las afirmaciones de las partes en el sentido de haber suscrito el negocio jurídico son tenidas por el Tribunal como confesiones espontáneas a través de apoderado, cuya validez encuentra vengero en el artículo 193 del CGP⁴¹.

Adicionalmente, con la demanda se aportó el contrato denominado “ARRENDAMIENTO PORTAL SUBA II -MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623”⁴², documento que no fue tachado de falso por la Convocada, situación que conduce a tenerlo como auténtico de conformidad con el artículo 244 del CGP y autoriza al Tribunal a atribuir a las partes los efectos propios de dicho documento en los términos de los artículos 1602 y siguientes del Código Civil.

De otro lado, revisadas las estipulaciones contractuales, se advierte que el citado negocio jurídico corresponde, como lo señalan las partes, a un contrato de arrendamiento.

⁴⁰ Folio 4 *ídem*.

⁴¹ “Confesión por apoderado judicial. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

⁴² Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folios 3 al 14.

Por lo expuesto, el Tribunal encuentra probada la celebración del contrato de marras el seis (6) de marzo de 2015 y así lo declarará en la parte resolutive, por lo cual esta pretensión prospera.

2.2. Segunda pretensión

2.2.1. Postura de las partes

La Convocante depreca:

“Que se declare que INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. incumplió las obligaciones acordadas en el Contrato de Arrendamiento al suscribir un contrato de arrendamiento con un tercero sin que mediara previamente por escrito el consentimiento de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.”⁴³.

A su turno, la Convocada se opone a esa declaración esgrimiendo como excepciones la “[i]nejecutabilidad, inoponibilidad o invalidez de la cláusula de exclusividad por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por ser restrictiva de la libre competencia”; “contrato no cumplido”; “[m]ala fe contractual y desconocimiento de los actos propios por parte de ATC Sitios de Colombia S.A.S.”, y la “[i]nexistencia de incumplimiento contractual como elemento estructural de la responsabilidad civil contractual”.

2.2.2. Consideraciones del Tribunal

⁴³ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1: Documentos virtuales radicación demanda. No. 4. Demanda, folio 6.

Sea lo primero señalar que, si bien las excepciones de la Convocada no se limitan a las transcritas en este acápite, el Tribunal aquí se ocupa de aquellas enderezadas a combatir la pretensión de declaratoria de incumplimiento contractual.

En segundo lugar, es necesario para el juzgador determinar si la cláusula que la Convocante considera incumplida es válida a la luz del ordenamiento jurídico patrio y, en tal medida, puede considerarse como el fundamento adecuado para su reclamación -incumplimiento contractual-, para luego, si se verifica el incumplimiento, determinar sus posibles consecuencias, tarea que se emprenderá a continuación.

En efecto, el petitum de la actora surge del entendimiento que le da a la cláusula de “*exclusividad*” contenida en el negocio jurídico de 6 de marzo de 2015, disposición contractual cuya existencia es aceptada por la Convocada⁴⁴ y el Tribunal tiene por probada.

En efecto, revisado el contenido negocial se encuentra que las partes efectivamente incluyeron en el contrato de arrendamiento una cláusula denominada “*exclusividad*”, que a la letra dice:

“A partir de la firma del presente contrato y durante la vigencia del mismo el Arrendador no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar actividades por sí mismo, o por medio de terceras personas, ni celebrar contratos o convenios que permitan el uso a cualquier tercero sobre el inmueble en el cual se encuentra el área arrendada objeto del presente contrato, actividades de

⁴⁴ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2 No. 25. Escrito contestación demanda, folio 4.

telecomunicaciones, o cualquier actividad conexas al objeto del presente contrato, salvo que medie previamente por escrito el consentimiento de la Arrendataria.

PARÁGRAFO: La Arrendataria conoce y acepta la existencia y continuidad del contrato que con anterioridad al presente documento El Arrendador suscribió con Telefónica”⁴⁵.

2.2.2.1. Conformidad de la cláusula de exclusividad con el ordenamiento jurídico

La validez de la estipulación, fundamento del *petitum* de la Convocante, es rechazada por la Convocada al considerarla “*restrictiva de la libre competencia pues tiene como objeto limitar el acceso a las facilidades esenciales por parte de otros competidores en el mercado de Redes y Servicios de Torres de Telecomunicaciones en la zona donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del contrato de arrendamiento*”⁴⁶, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Para resolver la disputa en lo que a este punto respecta, se recuerda que la mayor expresión de la autonomía privada es la potestad que tienen los sujetos de determinar el contenido y alcances de sus relaciones, así como de las reglas que les resultarán aplicables, sometidos, eso sí, a los límites establecidos por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

En otros términos, los intervinientes en los actos dispositivos de intereses particulares, en general, o en los “*acuerdo[s] de dos o más partes para*

⁴⁵ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 8.

⁴⁶ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2 No. 25. Escrito contestación demanda, folio 20.

constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial” (artículo 864 del Código de Comercio), en particular, se encuentran investidos de plenas facultades para determinar el contenido contractual que en adelante será de obligatorio cumplimiento (*pacta sunt servanda*; artículos 864 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil).

Así, los candidatos a parte gozan de total discrecionalidad para determinar el contenido y alcance de las obligaciones a contraer –dar, hacer o no hacer–, así como los mecanismos para la alteración o sustitución del negocio jurídico, a menos que normas indisponibles restrinjan tales prerrogativas, caso en el cual la autonomía privada cede ante el *ius cogens* o derecho imperativo de la nación.

Lo anterior, descendiendo al caso que ocupa la atención del Tribunal, se traduce en que en virtud de la libertad negocial la cláusula de “*exclusividad*” será válida, a menos que contraríe una norma de obligatorio cumplimiento, como pasa a explicarse.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional enseña que la existencia de cláusulas de exclusividad no está proscrita en nuestro ordenamiento. Así lo estableció al analizar el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 –pactos de exclusividad en contratos de suministro– y concluir que:

“el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición

no es absoluta, de todas formas sí lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia”⁴⁷.

En igual sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que:

“La exclusividad por sí misma, pese a su naturaleza obviamente restrictiva de la actividad mercantil y que limita de algún modo y en mayor o menor grado la competencia, no constituye de plano una práctica prohibida por las normas sobre promoción de la competencia. De acuerdo con lo anterior, puede considerarse entonces como válido, en principio, que en determinados contratos se incluyan pactos de exclusividad tanto para una u otra de las partes, como por ejemplo, para el suministrador o consumidor, para el distribuidor o concesionario, como para el suministrante o proveedor, fabricante o concedente, así como para ambos y también para ninguno. Lo anterior significa que a primera vista pueden ser válidas las cláusulas que prevean tanto la exclusividad de compra y distribución, incluyendo la especificación o determinación de territorio, como la exclusividad de venta o abastecimiento a uno o unos consumidores, distribuidores o concesionarios previamente definidos, así como la combinación de los anteriores”⁴⁸.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-535/97 de 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 96047717, del 27 de noviembre de 1996.

Las normas básicas del régimen general de competencia patrio, constituido a partir del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, se encuentran en la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011⁴⁹.

De la anterior normatividad, para determinar si la cláusula en cuestión es “*restrictiva de la libre competencia*”, resulta decisivo el contenido del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, según el cual:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

La interpretación de esta norma debe efectuarse de manera integrada con las disposiciones contenidas en el Decreto ley 2153 de 1992, en particular con el contenido del artículo 47[10], según el cual son contrarios a la libre competencia los acuerdos “*que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*”, para concluir que lo reprochable de los pactos de exclusividad está dado por su objeto o efecto. Así lo reconoció la citada Superintendencia al señalar que:

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-032/17 de 25 de enero de 2017. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

“(…) no obstante los pactos de exclusividad no están per se prohibidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, se concluye que estos no pueden directa o indirectamente tener por objeto limitar la producción, el abastecimiento, la distribución o el consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros o en general ir encaminados a limitar la libre competencia o a mantener o determinar precios inequitativos, so pena de ser considerados restrictivos de la competencia y, por lo tanto, de ser sometidos a las consecuencias jurídicas establecidas para este tipo de conductas por la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992”⁵⁰.

Ahora bien, cuando en materia de competencia se habla de que un acuerdo o pacto de exclusividad tenga *por objeto o efecto* alterar las condiciones del mercado, la intención de los “*contratantes*” no es un elemento relevante, habida cuenta de que es la potencialidad que tenga el acuerdo de afectar la competencia la que resulta reprochable. En palabras de la Superintendencia de Industria y Comercio⁵¹:

“(…) la conducta se configura si las cláusulas de exclusividad causan el efecto perjudicial que se pretende evitar y, del otro, se configura si son aptas para generar el efecto indeseado en el mercado, es decir, cuando tienen al menos la potencialidad de causar la restricción o la anulación de la competencia.

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 01052233, del 14 de agosto de 2001.

⁵¹ Al referirse a los pactos de exclusividad en los contratos de suministro pero con argumentos que resultan aplicables a las cláusulas de exclusividad contenidas en cualquier negocio jurídico.

Sobre esto último, es importante tener en cuenta que en materia de competencia desleal cuando se reprochan conductas que tengan ‘por objeto’ no se hace referencia a la intención del agente presuntamente desleal de cometer el comportamiento, sino a la capacidad o potencialidad de un comportamiento de generar el efecto negativo que la ley pretende evitar (...) de antaño está claro a qué se refiere la ley de competencia desleal cuando usa la expresión ‘por objeto’ y lo irrelevante que resulta el elemento intencional a la hora de analizar las conductas allí tipificadas.

[...]

Descartada así la intención como elemento para la configuración de las conductas desleales, es evidente que cuando la norma usa la expresión “por objeto” se refiere entonces a algo distinto.

[...]

Eso es precisamente lo mismo que ocurre con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, bajo el cual se considera desleal pactar cláusulas de exclusividad en contratos de suministro ‘cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios’. Es decir, se reprocha no solamente el hecho efectivo de restringir o monopolizar con las cláusulas, sino que también habrá de juzgarse a quien pacte cláusulas de exclusividad que sean aptas, o que tengan la potencialidad de restringir el acceso de los competidores al mercado, o de monopolizar la distribución de productos o servicios. Todo ello al margen de la intención como antes se explicó. Lo que significa que si un participante del mercado, a partir de cláusulas de exclusividad, restringe el acceso de los

competidores al mercado o monopoliza la distribución de productos o servicios, el hecho de que lo haga sin esa intención no lo exime de ser juzgado por la ley de competencia desleal”⁵².

En igual sentido, autorizada doctrina señala que, al analizar este tipo de estipulaciones contractuales, “[e]n desarrollo del proceso a adecuación de la conducta al tipo se debe comprobar que: 1) la exclusividad es el resultado de un acuerdo de pluralidad de voluntades o de una concertación (expresa o tácita); 2) que la misma tiene por objeto o como efecto restringir, falsear o eliminar la libre competencia, y 3) que afecta la competencia en forma considerable o sensible dentro de un mercado”⁵³.

En ese orden de ideas, para que la cláusula de exclusividad pactada entre la Convocante y la Convocada pueda ser objeto de reproche desde la perspectiva del derecho de los mercados, se requiere que tenga el alcance descrito en las normas citadas, toda vez que “*el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente*”⁵⁴.

Del estudio integral de las estipulaciones contractuales, particularmente de las denominadas “*objeto*” y “*exclusividad*”⁵⁵, se concluye con nitidez que la

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia 4407 de 29 de abril de 2021.

⁵³ ORTIZ BAQUERO, Ingrid Soraya. *Los pactos de exclusividad en el derecho colombiano*. En Revista de Derecho de la Competencia, CEDEC, Bogotá 2015, vol. 11 N° 11, p. 46.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-535/97 de 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁵ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folios 3 y 8.

segunda, cuya invalidez denuncia la Convocada, es una cláusula que pretende limitar el acceso de los competidores de la Convocante al inmueble en el que se encuentra el espacio objeto del contrato de arrendamiento, así como el desarrollo por parte de la Convocada de actividades que pudiesen considerarse como de competencia con aquellas propias del objeto social de la Convocante; siendo ésta última quien redactó el contrato de arrendamiento.

La anterior conclusión es corroborada con la declaración del representante legal de la Convocante, al absolver el interrogatorio que se le practicó por parte del apoderado de la Convocada, en donde confesó (i). Que su intención era evitar la presencia de competidores en el mismo inmueble y (ii). La autoría del documento, así:

“DR. DURAN: [00:32:02] Pregunta No. 15: Teniendo en cuenta su respuesta anterior, diga cómo es cierto sí o no que la intención de ATC de incluir la cláusula de exclusividad en el contrato particular celebrado con inversiones Golden Five, era impedir que entrara la competencia a los mismos lugares donde se encontraba instalada la infraestructura de ATC.

SR. VALERO: [00:32:30] Sí claro. La idea es que el inmueble, pudiéramos nosotros y la infraestructura nuestra fuera la única en ese sitio. Además, reitero, los temas de compartición, la idea es compartir que queden en la misma infraestructura los operadores y podamos nosotros brindarles el mantenimiento correctivo y preventivo a los operadores respecto a esa estación”⁵⁶.

⁵⁶ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folios 12 y 13.

“DR. DURAN: [00:02:42] Pregunta No. 2: Gracias. Segunda pregunta, diga cómo es cierto sí o no, que el contrato de arrendamiento distinguido como Portal de Suba 2 Migración ASSETBG 1623 fue redactado por ATC Sitios de Colombia, como lo acostumbra en las relaciones de arrendamiento que celebra, con las locaciones para la instalación de su infraestructura? Soy claro en la pregunta?”

SR. VALERO: [00:03:30] Sí señor y la respuesta es sí⁵⁷.

De las citadas piezas procesales se extrae, sin lugar a dudas, que la intención de la Convocante al incluir en el contrato de arrendamiento la cláusula de exclusividad no era otra que la de restringir la competencia, sin embargo, tal intención no es suficiente por sí sola para considerar que el pacto en cuestión se encuentra viciado de nulidad, habida cuenta de que, como se anticipó, para arribar a tal conclusión se debe establecer que *“afecta la competencia en forma considerable o sensible dentro de un mercado”*.

Ahora bien, en lo que a la afectación del mercado respecta, pese a los respetables argumentos esgrimidos por el apoderado de la Convocada al contestar la demanda⁵⁸ y en sus alegaciones finales⁵⁹, no encuentra el Tribunal evidencia alguna que le permita colegir que la cláusula de exclusividad tenía, o mejor, tiene la potencialidad de producir una alteración negativa de la competencia.

⁵⁷ Folio 2 *idem*.

⁵⁸ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2 No. 25. Escrito contestación demanda, folios 19 a 22.

⁵⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2 No. 96. Alegatos de conclusión CDA, folios 3 a 7.

En efecto, la Convocada señala que el inmueble en el que se encuentra el área arrendada es una facilidad esencial en los términos de la Resolución No. 56488 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio, pero no acredita, por ejemplo, que solo en ese inmueble se pudiese ubicar la infraestructura necesaria para competir con la Convocante. O lo que es igual, en el proceso no se estableció que la terraza del inmueble sea “*objetivamente necesaria o indispensable para competir en el mercado*” ni la imposibilidad razonable de “*duplicarla en un futuro cercano*” o que sea “*indispensable tener acceso al área de este edificio para poder acceder al mercado relevante de Redes y Servicios de Torres de Telecomunicación en la zona donde se encuentra ubicado el inmueble objeto del contrato de arrendamiento*”⁶⁰.

En sentido contrario, sí obra en el expediente, sin prueba que le reste asertividad, la manifestación del representante legal de la Convocante según la cual los competidores podrían ubicarse en cualquier inmueble cercano a aquél, en los siguientes términos:

“DR. SOTOMONTE: [00:36:20] Bueno, existe alguna regulación, señor Valero, le pregunta el tribunal, que impida que en edificaciones cercanas se construyan torres de las mismas características?”

SR. VALERO: [00:36:35] Por ejemplo, el caso de Bogotá, doctor, nosotros tenemos que acogernos al Decreto 797, 697 perdón del año 2017 y respecto de las distancias, ahí están reguladas, pero

⁶⁰ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2 No. 25. Escrito contestación demanda, folio 21.

eso es un sin número de condiciones. También es por el sitio, hay sitios donde en razón a su, por ejemplo, en sitios residenciales hay restricciones diferentes a otras, pero para este caso, como es un tema comercial, no existen esa clase de restricciones.

DR. SOTOMONTE: [00:37:13] Doctor Valero, existe algún impedimento para que Centennial construya una torre en un inmueble aledaño a aquel que ustedes tienen arrendado?

SR. VALERO: [00:37:29] No señor. Y previo a eso, tienen que solicitar a las autoridades competentes, por lo menos el uso del suelo, pero no, en este caso no”⁶¹.

Por lo expuesto, la excepción denominada “[i]nejecutabilidad, inoponibilidad o invalidez de la cláusula de exclusividad por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por ser restrictiva de la libre competencia” no prospera.

2.2.2.2. Incumplimiento de la cláusula de exclusividad

Establecida la validez de la cláusula de exclusividad, corresponde al Tribunal determinar si fue incumplida, o, por el contrario, como lo manifiesta la Convocada, se está ante la “[i]nexistencia de incumplimiento contractual como elemento estructural de la responsabilidad civil contractual”. Sobre el particular, como se advirtió, se encuentra probada la existencia del contrato de arrendamiento suscrito por las partes en litigio el 6 de marzo de 2015 y de la cláusula de exclusividad allí contenida.

⁶¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folio 14.

Adicionalmente, con la contestación de la demanda se aportó copia del “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIO DENTRO DEL CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA COBOG0208 A PUERTA DEL SOL”, suscrito el 17 de julio de 2015 entre la Convocada como arrendadora y CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.S. como arrendataria.

La suscripción del negocio jurídico fue aceptada por la representante legal de la Convocada en su declaración, la que, en lo pertinente, produce efectos de confesión, tal como se evidencia en la siguiente transcripción.

“DR. SOTOMONTE: [00:38:52] Bueno, muy bien, entonces el tribunal, doctora Inés, si quiere precisar, aunque sé que ya lo respondió, pero quiero precisar, que me precise una fecha. Cuando se firmó el contrato con Centennial, que básicamente es lo que origina la discusión.

SRA. DELGADO: [00:39:12] El contrato con Centennial se firmó en fecha para decirle clara, el 17 de julio del 2015, haciéndose el acta de entrega al contratista el 22 de julio de ese mismo año”⁶².

La cláusula segunda de dicho negocio jurídico establece:

“SEGUNDA: OBJETO Y DESTINO. Por el presente contrato. EL ARRENDADOR entregara en arrendamiento un área dentro del ‘CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA’ inmueble descrito en la cláusula anterior, en las siguientes proporciones y cabidas:

⁶² Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 1. INÉS CECILIA DELGADO FLORES, folios 14 y 15.

TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.
Vs.
INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.
Trámite 128698

El objeto del presente contrato será de un área total de 20 METROS CUADRADOS aproximadamente, señalada y delimitada dentro del inmueble por las Partes (en adelante 'EL PREDIO ARRENDADO'). El destino de la porción del área dada en arrendamiento, a través del presente documento será única y exclusivamente para la instalación de cualquier tipo de infraestructuras y equipos para la operación de sistemas de telecomunicación (en adelante y en conjunto, el SITIO)⁶³.

Al contrastar el contenido de los dos contratos de arrendamiento, sobre áreas distintas del mismo inmueble, más precisamente las cláusulas correspondientes al objeto, encuentra el Tribunal que el negocio celebrado por la Convocada con CENTENNIAL TOWERS DE COLOMBIA S.A.S. encaja dentro de los contratos cuya celebración se encontraba sometida a aprobación previa de la Convocante en virtud del pacto de exclusividad incorporado en el contrato denominado “ARRENDAMIENTO PORTAL SUBA II -MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623”, tal y como lo muestra la siguiente tabla comparativa:

CONTRATO	ARRENDAMIENTO PORTAL SUBA II - MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIO DENTRO DEL CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA COBOG0208 A PUERTA DEL SOL
PARTES	Arrendador: INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. Arrendatario: ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.	Arrendador: INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. Arrendatario: CENTENNIAL TOWERS DE COLOMBIA S.A.S.
FECHA DE SUSCRIPCIÓN	6 de marzo de 2015	17 de julio de 2015

⁶³ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 2. Pruebas contestación Inversiones Golden Five. P2 Contrato arrendamiento antena- Centennial Towers Colombia S.A.S., folio 3.

TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.

Vs.

INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.

Trámite 128698

OBJETO	<p>“La entrega por parte del Arrendador a la Arrendataria a título de arrendamiento de un área total de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89.83M2) aproximadamente, con sus correspondientes derechos de acceso y de paso eléctrico del predio ubicado en la Avenida Calle 145 No. 103B 65 que hace parte de la Ciudad de Bogotá, Departamento de Cundinamarca, según la Escritura Pública número seis mil doscientos cuarenta y seis (6246) del trece (13) de Diciembre del año 2011, de la Notaria 37 de Bogotá, el cual se encuentra identificado con Folio de Matricula Inmobiliaria N° 50N-20670095 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá (en lo adelante el "área arrendada"), en el cual se encuentra el área arrendada y es requerido por la Arrendataria para desarrollar su objeto social, para lo cual podrá llevar a cabo todas y cada una de las actividades necesarias para la realización de dicho fin, entre las cuales se incluyen a título meramente enunciativo mas no limitativo, realizar el tendido de cables aéreos y/o subterráneos, incluyendo la construcción, instalación, operación y mantenimiento de equipos de infraestructura de telecomunicaciones y demás usos conexos, incluyendo torre(s), estructura(s) metálicas, mástiles y/o celular on wheels (COW), para la colocación de antenas, generadores y postes de electricidad, transformadores, nichos, sistemas de tierra, medidores, tableros así como los elementos propios para lograr la mimetización de los equipos instalados, en caso de ser requerido por la autoridad</p>	<p>“SEGUNDA: OBJETO Y DESTINO. Por el presente contrato. EL ARRENDADOR entregara en arrendamiento un área dentro del ‘CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA’ inmueble descrito en la cláusula anterior, en las siguientes proporciones y cabidas:</p> <p>El objeto del presente contrato será de un área total de 20 METROS CUADRADOS aproximadamente, señalada y delimitada dentro del inmueble por las Partes (en adelante ‘EL PREDIO ARRENDADO’). El destino de la porción del área dada en arrendamiento, a través del presente documento será única y exclusivamente para la instalación de cualquier tipo de infraestructuras y equipos para la operación de sistemas de telecomunicación (en adelante y en conjunto, el SITIO).</p> <p>El área arrendada será identificada por las partes, para efectos de este contrato, en el Anexo 1, denominado "Technical Site Survey-TSS", en donde además se especificará las vías de acceso, las cuales se tendrán como servidumbres de paso.</p> <p>Los detalles técnicos de la estructura a instalar en el área arrendada, que reposan en el Anexo 1, se entregan por el ARRENDATARIO al ARRENDADOR para que hagan parte del contrato, teniendo EL ARRENDATARIO la posibilidad de modificar a su entera discreción, estructura y los requerimientos técnicos de la misma, sin que se afecte la estructura, acabados e instalaciones del "CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA" ni a los otros arrendatarios.</p> <p>Cualquier cambio en la estructura que sea realizado por el ARRENDATARIO y que afecte</p>
---------------	---	--

	<p>correspondiente, y en general cualquier equipo que sea necesario para la operación de dichos sitios (en conjunto denominados y en adelante referidos como "Sitios de Telecomunicaciones"). Sin perjuicio de los linderos, áreas y cabidas del Inmueble, el arrendamiento se hace como de cuerpo cierto, y según el plano del área arrendada especificada en el ANEXO A, el cual hace parte integral del presente Contrato".</p>	<p>de manera sustancial la información que reposa en el anexo 1, del presente contrato, será notificada por EL ARRENDATARIO al ARRENDADOR, mediante el remplazo del Anexo 1, por aquel que contenga las especificaciones técnicas. PARÁGRAFO PRIMERO.- En el área arrendada el ARRENDATARIO podrá realizar acogiéndose en su totalidad a lo previsto en el Anexo 1 el tendido de cables, construir, instalar, mantener y operar tanto infraestructura como equipos de telecomunicación y de usos conexos, incluyendo torre(s), cuartos de equipo, (shelters), estructura(s) metálicas, mástiles y/o celular on wheels (COW), para la colocación de antenas, generadores y postes de electricidad, transformadores, nichos, sistemas de tierra, medidores, tableros y en general cualquier equipo que sea necesario para la operación de dichos sitios. [...]"</p>
--	--	---

Adicionalmente, del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la Convocada se extrae que tenía la conciencia de necesitar autorización de ATC para celebrar el contrato de arrendamiento con CENTENNIAL, anuencia que en efecto solicitó según lo manifestó en la respuesta dada a la primera pregunta del apoderado de la Convocante en la que advirtió:

"(...) nosotros enviamos, yo envío, hablo con César Romero de ATC Sitios de Colombia, que es la persona con quien adelantamos la negociación con ATC Sitios y le informamos que hay interés por parte de Centennial Towers, esto ya está, todo esto hizo parte de la contestación de la demanda, pero repito, donde se le informa a

Centennial y se confirma una conversación telefónica del interés de Centennial Towers en instalarse en la Torre y que nosotros necesitamos el consentimiento, por favor no respondan para qué hacer en este caso.

Porque ellos tenían obviamente una cláusula de exclusividad, y nosotros le estábamos dando cumplimiento”⁶⁴.

A renglón seguido, la deponente confiesa haber suscrito el segundo contrato a pesar de no haber obtenido la autorización exigida por la cláusula de exclusividad, así:

“Correo que un mes más tarde volvemos a enviar ante la falta de respuestas de ATC y, en consecuencia, al no recibir ninguna respuesta concluimos la negociación firmando el contrato en un área absolutamente distinta, en un área de prácticamente menos de dieciocho metros cuadrados sobre la cubierta del edificio, una cubierta de una escalera de evacuación, no el punto fijo principal del edificio.

[...]

DR. ARIAS: [00:12:14] Pregunta No. 2: Gracias señora Inés, bastante exhaustiva su respuesta. Para precisar y esta pregunta, le solicito que me la responda sí o no. Golden Five obtuvo por escrito el consentimiento de ATC para que firmar el contrato con Centennial. Sí o no?

SRA. DELGADO: [00:12:34] Como dije anteriormente, nunca obtuve respuesta”⁶⁵.

⁶⁴ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 1. INÉS CECILIA DELGADO FLORES, folio 4.

⁶⁵ *Ídem.*

Con base en las probanzas referidas es forzoso concluir que la Convocada incumplió el contrato de arrendamiento suscrito con la Convocante, habida cuenta de que celebró con posterioridad un negocio jurídico de aquellos restringidos por la cláusula de exclusividad que, a efectos de mayor ilustración, se transcribe nuevamente:

“A partir de la firma del presente contrato y durante la vigencia del mismo el Arrendador no podrá, bajo ninguna circunstancia, realizar actividades por sí mismo, o por medio de terceras personas, ni celebrar contratos o convenios que permitan el uso a cualquier tercero sobre el inmueble en el cual se encuentra el área arrendada objeto del presente contrato, actividades de telecomunicaciones, o cualquier actividad conexas al objeto del presente contrato, salvo que medie previamente por escrito el consentimiento de la Arrendataria (...)”⁶⁶.

En consecuencia, la excepción de “[i]nexistencia de incumplimiento contractual como elemento estructural de la responsabilidad civil contractual”, no prospera.

2.2.2.3. Excepciones de contrato no cumplido, mala fe contractual y desconocimiento de los actos propios

La cláusula de exclusividad pactada en el contrato de arrendamiento “PORTAL SUBA II -MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623” fue incumplida

⁶⁶ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 8.

por la arrendadora, parte contractual que en el *sub examine* argumenta que el *petitum* de la Convocante, en virtud de su comportamiento previo, carece de fundamento.

Las defensas de la Convocada en el sentido indicado pasan a resolverse en conjunto, dada la proximidad de los hechos en que se fundamentan, así como de su dependencia del principio de buena fe.

2.2.2.3.1. *La buena fe y los deberes secundarios de conducta*

La buena fe, precepto superior de raigambre constitucional⁶⁷, es un factor fundamental cuando de dirimir los conflictos originados en negocios jurídicos se trata. En efecto, el juzgador sin reparar en la problemática que se le plantea debe acudir a los principios rectores del régimen contractual, mandatos que reclaman la existencia de la buena fe en todo el *iter* negocial; es decir, imponen que la buena fe esté presente tanto en la celebración como en la ejecución de los contratos. Tal es el contenido imperativo de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

La Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos ha precisado el contenido y alcance de la citada máxima, resaltando la existencia no solo de los deberes esenciales, principales o básicos derivados del expreso contenido negocial sino también de los secundarios o colaterales de conducta, señalando que:

⁶⁷ Artículo 83 de la Constitución Política.

“La buena fe, bonae fidei como principio general de derecho con alcance supralegal, en el artículo 83 de la Constitución Política, aplicable a todas las disciplinas jurídicas, y todos los actos y negocios jurídicos, implica: 1. La convicción de que en el comportamiento jurídico se obra dentro del marco de la legalidad y de la validez, 2. Confianza en la apariencia jurídica de la titularidad del derecho que el otro obligado o contratante oferta. 3. R., moralidad u honradez en la gestación, desarrollo y conclusión de las relaciones jurídicas, de modo que surge confianza en un actuar honesto, de tal modo que las partes tienen fe para no ser vapuleada por el otro contratante, al decir de la doctrina como ‘(...) imperativo de no defraudar la confianza dispensada y exigida (...)’^{[5][68]}, es decir, que el otro integrante de la relación obligacional actuará rectamente, lo cual conlleva cumplir las obligaciones existentes en el contrato, pero también un conjunto de ellas no previstas en el contrato, pero relacionadas y emanadas de la naturaleza del mismo con la finalidad de que satisfaga los intereses colaborativos en juego, o derivadas del ordenamiento jurídico en forma imperativa o supletoria, por la necesaria incidencia de lo ético en lo jurídico.

Resultan cardinales no solamente los deberes primarios, también los secundarios por virtud de la lealtad, la confianza, la corrección y la honestidad que implican los contratos. De tal forma, que además de los deberes de prestación generados por la relación obligatoria esencial, surgen los denominados deberes secundarios de conducta, colaterales, contiguos, o complementarios, como los de información, protección, fidelidad,

⁶⁸ “[5] LARENZ, K. Derecho Civil. Parte General. Madrid: Edersa, 1978, p. 59”.

secreto y consejo que se hallan incorporados por virtud de la buena fe, todo para la debida ejecución de las obligaciones contractuales principales o nucleares.

L. tales deberes positivos o negativos, antecedentes, concomitantes o subsiguientes, el Estado Constitucional los impone frente al cumplimiento prestacional”⁶⁹.

En igual sentido, indica la Corte:

“La buena fe, en su vertiente objetiva, ordena a los sujetos de la relación obligatoria que desplieguen un comportamiento acorde con los estándares exigibles a cualquier persona puesta en las mismas circunstancias, que se expresa por medio de deberes secundarios de conducta, también conocidos como obligaciones accesorias o colaterales.

Significa que este principio ético «actúa como regla de conducta, que origina la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine ‘buena fe-lealtad’», que tiene las siguientes características:

a) Se trata de un deber de conducta impuesta al sujeto, con un contenido eminentemente ético. b) Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios. c) Para apreciar la conducta se prescinde del punto de vista subjetivo de las partes para referirse a un criterio objetivo. e) El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC2342-2018 de 26 de junio de 2018. Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabón.

standard jurídico, o sea un prototipo de conducta social media. f) El stantard jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto...^{[20][70]}⁷¹.

En síntesis, de manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia considera que:

“La buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, ‘con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres’, no ‘hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad’, es ‘realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad’ y se equipara ‘a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor’ (cas. civ. Sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.)’ (cas. civ. sentencia de 15 de julio de 2008, exp. 68001-3103-006-2002-00196-01).

Por esto, ‘cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio

⁷⁰ “[20]De La Puente y L., M., *La fuerza de la buena fe. En Alterini, A.A. y otros, Contratación contemporánea, teoría general y principios, Tomo I, Perú y Bogotá, Ed. Palestra y Temis, 2000, pp. 276 y 277*”.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SC282-2021 de 15 de febrero de 2021. Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibídem). La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles. El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohiar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: '[n]emo auditur propriam turpitudinem

allegans” (Resaltado en el texto original, cas. civ. sentencia de 9 de agosto de 2007, exp. No. 08001-31-03-004-2000-00254-01)⁷².

Los criterios jurisprudenciales expuestos no resultan novedosos ni sorprendidos en el sistema jurídico colombiano, por el contrario, como se desprende de las providencias traídas a colación, se han desarrollado de vieja data con base en pacíficos y acerados pronunciamientos.

En sede arbitral, también son múltiples las decisiones que analizan la buena fe y recogen la existencia de los deberes emanados de ésta en las relaciones contractuales, o lo que es igual, abundante jurisprudencia arbitral reconoce, analiza y aplica los *deberes secundarios de conducta, colaterales, contiguos, o complementarios* para la hermenéutica negocial.

Así, por ejemplo, se ha reconocido que “[t]odo candidato a parte y sujeto contractual contrae un deber de cooperación (artículo 871 c.co.)^{198[73]}, las cargas de legalidad, lealtad y corrección, claridad, previsión, sagacidad,

⁷² Corte Suprema de Justicia, sentencia SC de 27 de febrero de 2012, Rad. 14027.

⁷³ ¹⁹⁸ El artículo 5. de los ‘Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales ‘UNIDROIT’ consagra expresamente el deber de colaboración de las partes y dispone: ‘Una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última’. En el mismo sentido, los Principios PECL, en su artículo 1:202, prevén: ‘Las partes tienen el deber de cooperar entre sí para asegurar el pleno cumplimiento del contrato, lo cual incluye el deber de permitir que la otra parte cumpla sus obligaciones y así obtener los frutos de la prestación pactada en el contrato’.

advertencia^{199[74]} y debe actuar de buena fe^{200[75]} con lealtad y corrección según ‘determinado standard de usos sociales y buenas costumbres’ excluyendo ‘la ignorancia o la inexperiencia (...) obras fraudulentas de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin (...) una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad^{201[76]}’⁷⁷. También ha

⁷⁴ “¹⁹⁹ Hinestrosa, Fernando. *Función, límites y cargas de la autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 5-3: ‘Dentro de tales cargas sobresalen, quizá porque trascienden la esfera singular, las cargas de legalidad y de lealtad y corrección. En la primera va una refrendación de la advertencia continua de que los efectos del acto de autonomía particular, comenzando por el efecto negocial, que es el punto de partida, no se obtienen sino a condición de que el negocio haya sido válidamente celebrado (art. 1602 c.c.), y de que el acogimiento de las pautas normativas, a partir de las leyes imperativas, es requisito y prenda de la eficacia y validez de la disposición. Y en la segunda hay un reenvío a una ‘cláusula general’: la buena fe (que en ella se vierten corrección y lealtad), los patrones de Treu und Glauben del BGB y del HGB: corrección pundoonor, como cada cual sabe, por inmersión en el ambiente social, que debe obrar; buena fe a secas, que no admite matices ni otros adjetivos, por lo cual no resulta de buen recibo la precisión relajante, continua en el código de comercio, de ‘buena fe exenta de culpa’”.

⁷⁵ “²⁰⁰ Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El Negocio Jurídico, Volumen I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 400-401. ‘Se asiste a una revaluación o resurrección del principio de buena fe, enriquecido por la fe solidarista. El deber de comportarse de buena fe, esto es, con lealtad y corrección, no solamente en la ejecución del contrato, aun cuando esta es la oportunidad más amplia e intensa de tal exigencia, sino en el curso de las negociaciones (arts. 1337 codice civile y 863 C.Co), al tiempo de su celebración y aun con posterioridad a su extinción. La buena fe no solo como exigencia de conducta honesta que pesa sobre el deudor, sino que también compromete al acreedor, además de vetándole obstaculizar el cumplimiento del deudor, complementariamente exigiéndole colaboración o cooperación, deber positivo, e incluso poniéndole de presente que no debe agravar el daño sufrido por el incumplimiento del deudor y, por el contrario, ha de poner todo de su parte para que aquél se atenúe. Deber de lealtad, deber de colaboración mutua, especialmente en los contratos de larga duración y más en los de asociación basados en una especie de animus cooperandi (...). Emilio BETTI, *Teoría General de las obligaciones*, trad. Esp. José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1969, p. 110, la buena fe, es ‘empeño de cooperación’, ‘espíritu de lealtad’, ‘actividad de cooperación’”.

⁷⁶ “²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *Sentencias de Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936, G.J. XLIII, pág. 46 y ss., abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII, 767 y ss.*”.

⁷⁷ Laudo arbitral No. 113815 de 25 de mayo de 2021, Tribunal Arbitral de MEDIMAS E.P.S. S.A.S., PRESTNEWCO S.A.S. y PRESTMED S.A.S. contra CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. -EN LIQUIDACION- y de CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. -EN LIQUIDACION- contra MEDIMÁS EPS S.A.S. y otras.

sido amplia la jurisprudencia que se ocupa de aquellos de manera puntual⁷⁸.

2.2.2.3.2. *El caso concreto*

Afirma la Convocada que ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. no dio respuesta a su solicitud de autorización para firmar un contrato de arrendamiento con un tercero, desatendiendo así sus obligaciones contractuales.

La Convocante, por su parte, en sus alegaciones finales pide desestimar el argumento de la Convocada, INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., restándole importancia al hecho de haber guardado silencio frente a las solicitudes de ésta para sobreseer la prohibición consagrada en la cláusula de exclusividad, así:

⁷⁸ A guisa de ejemplo, obsérvese como la buena fe y el deber de colaboración han sido ampliamente tratados en los laudos proferidos en los trámites y fechas que a continuación se indican: VICTOR RAÚL ROMERO SILVA y GUILLERMO ROMERO SILVA contra FIDUCIARIA CENTRAL S.A, GUSTAVO LÓPEZ GARCÍA Y ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERÍA LTDA. (6 de septiembre de 2009); CONSTRUCTORA MAZAL LTDA. contra INVERSIONES GBS LTDA. (15 de marzo de 2001); AURA CRISTINA GEITHNER CUESTA contra INDUSTRIA ELECTROSONORA S.A., “SONOLUX” (13 de junio de 2001); TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR S.A. E.S.P - T.G.I. S.A. E.S.P. contra EMPRESA COLOMBIANA DE GAS – ECOGAS (2 de septiembre de 2009); EMTTELCO S.A. contra COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. (25 de febrero de 2010); INGENIERÍA, SERVICIOS, MONTAJES Y CONSTRUCCIÓN DE OLEODUCTOS DE COLOMBIA S.A. — ISMOCOL S.A. contra PETROBRAS COLOMBIA LIMITED (11 de octubre de 2004); BANCO DAVIVIENDA S.A. contra ALIANZA FIDUCIARIA S.A. (20 de abril de 2004); ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. ESP contra CENTRAL TERMOELÉCTRICA EL MORRO 1 S.A. ESP (28 de octubre de 2008); MEZCLA INTELIGENTE SAS contra CONTRATISTAS ASESORES CONSTRUCTORES CONACO S.A. (1 de agosto de 2011); TECNOLOGÍA Y DESARROLLO DE COLOMBIA S.A.S. contra BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. – BANCÓLDEX (9 de abril de 2017); AUGUSTO RUIZ CORREDOR Y CÍA. LTDA. Contra CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A. (30 de mayo de 2002); AEROCALI S.A. contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL, UAEAC (5 de octubre de 2005), *inter alia*.

“En cuanto a la falta de respuesta de ATC, quedó demostrado que, como lo manifestó el representante legal de ATC en su interrogatorio de parte el 14 de febrero de 2022, que IGFSa (i) no envió dicha solicitud al correo del representante legal de ATC, (ii) no envió dicha solicitud al correo inscrito en Cámara de Comercio de ATC, (iii) no envió la solicitud en físico, (iv) envió la solicitud a una persona de ATC que no tenía la potestad para decidir sobre la solicitud, no era el representante legal y quien ya había dado una respuesta negativa, quedó evidenciado que dicha persona no tenía la potestad de decidir sobre lo solicitado por IGFSa, (v) que, incluso uno de los correos incluidos en una de las comunicaciones estaba errado y por supuesto, nunca fue recibido a uno de sus destinatarios, (vi) que, en todo caso el segundo correo fue del 15 de julio de 2015 – dos días antes de firmar efectivamente el contrato con Centennial – fuera de todo plazo razonable”⁷⁹.

Resulta de vital importancia, para dirimir el conflicto *sub examine*, verificar cuál ha sido el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato, esto es, si la Convocante honró en debida forma las obligaciones derivadas del contrato, o, si como lo afirma la Convocada, desatendió las cargas contraídas con la celebración del negocio jurídico.

Adicionalmente, por cuanto las partes con su comportamiento pudieron haberse alejado voluntariamente del contenido negocial primigenio modificando expresa o tácitamente las estipulaciones contractuales, es

⁷⁹ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 98. Alegatos de conclusión CTE, folio 75.

menester efectuar el citado análisis conductual a la luz del principio de la buena fe.

Así las cosas, a manera de introducción, ha de recordarse que la existencia y validez de la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de arrendamiento “PORTAL SUBA II -MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623” ha sido acreditada en este proceso, así como su incumplimiento por parte de la Convocada, esto, por cuanto celebró un negocio jurídico que la estipulación contractual le prohibía suscribir sin autorización de la Convocante.

De igual forma, encuentra el Tribunal que la cláusula de exclusividad consagra como excepción a su aplicación “*que medie previamente por escrito el consentimiento de la Arrendataria*”⁸⁰.

En igual sentido, como hechos probados relevantes para verificar si acaeció un incumplimiento contractual atribuible a la Arrendataria-Convocante se tiene que:

1. El contenido del contrato de arrendamiento “PORTAL SUBA II - MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623” fue predispuesto por la Convocante, según lo confesó su representante legal.

“DR. DURAN: [00:02:42] Pregunta No. 2: Gracias. Segunda pregunta, diga cómo es cierto sí o no, que el contrato de arrendamiento distinguido como Portal de Suba 2 Migración

⁸⁰ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 8.

ASSETBG 1623 fue redactado por ATC Sitios de Colombia, como lo acostumbra en las relaciones de arrendamiento que celebra, con las locaciones para la instalación de su infraestructura? Soy claro en la pregunta?

SR. VALERO: [00:03:30] Sí señor y la respuesta es sí”⁸¹.

La anterior declaración encuentra soporte adicional en el testimonio de Diego Alejandro Hernández, así:

“DR. SOTOMONTE: Los contratos de arrendamiento son redactados por ATC?

SR. HERNÁNDEZ: Digamos que existen unas minutas que son proforma, que se ponen a consideración de los arrendadores evidentemente y en caso de haber algún tipo de comentario en particular en las cláusulas que plantea ATC se revisan al interior de la compañía y se discuten, digamos que libremente en ese ejercicio de negociación entre las partes”⁸².

2. La existencia de la cláusula de exclusividad en el contrato resulta determinante para que la Convocante proceda a suscribirlo, según lo manifestado por el testigo Diego Alejandro Hernández, funcionario de aquella, quien señaló:

⁸¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folio 2.

⁸² Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 3. DIEGO ALEJANDRO HERNÁNDEZ, folio 5.

“DR. SOTOMONTE: Todos los contratos tienen cláusula de exclusividad similar a la que se tiene contrato con el contrato de Inversiones Golden Five?”

SR. HERNÁNDEZ: En su gran mayoría todos los contratos tienen una cláusula de exclusividad, sí señor.

[...]

DR. SOTOMONTE: En los contratos celebrados a partir del año digamos que, y si ha celebrado algún, celebrado o negociados a partir de noviembre del año 2019, se sigue manteniendo en esas minutas y en los contratos perfeccionados la cláusula de exclusividad?”

SR. HERNÁNDEZ: Sí señor, es una condición que para ATC es muy importante en realidad, entonces si se continúa celebrando sus contratos con esa cláusula de exclusividad.

DR. SOTOMONTE: Podría decirme usted si existe algún tipo, algún tipo no, algún contrato celebrado directamente con la ATC que no contenga a la cláusula de exclusividad?”

SR. HERNÁNDEZ: Pues ahorita en mi cabeza no tengo uno, porque lo que le digo es muy extraño que uno que la compañía no se de estos contratos de arrendamiento sin esa cláusula de exclusividad, por lo que le manifiesto, para la compañía es una cláusula bastante importante porque garantiza de alguna manera, pues todo este tema comercial y el retorno de inversión para la compañía, entonces es muy extraño que en verdad en los contratos de arrendamiento ATC esa cláusula de exclusividad no esté pactada, se aboga siempre que se mantenga esa condición.

DR. SOTOMONTE: Es decir, que en el escenario en que un posible arrendador dijera que no está de acuerdo con la cláusula y pidiera su exclusión, no se celebraría el contrato?

SR. HERNÁNDEZ: Pues en algunas circunstancias puede ser, pero en otras circunstancias se buscan, digamos que métodos que permitan de alguna manera la celebración de esa cláusula y la aceptación de esa cláusula arrendamiento por parte de los propietarios y esto se gestiona, por ejemplo, en el caso del contrato de Inversiones Golden Five que pues de alguna manera lo conozco, lo que se pactó allá fue un canon de arrendamiento algo considerable para que el arrendador lo aceptara como esa prerrogativa y pues por el otro lado se pacta una condición específica que establecía algo así que luego de cierta cantidad de clientes de ATC ubicados en la infraestructura de ATC, ATC le iba a reconocer algún monto adicional a la sociedad Inversiones Golden Five. Entonces digamos que la mecánica que tiene la empresa de alguna manera es siempre buscar mantener esa cláusula de exclusividad buscando fórmulas de negociación de tal manera que se pueda mantener evidentemente concertando con los arrendadores alguna fórmula que la permita mantener, por lo que digamos que de alguna manera si no existiera esa cláusula de exclusividad pues para ATC no, sería un sitio que no sería viable digamos que de alguna manera, porque pues se pierde como, le digo yo, como esa oportunidad de sacarle el lucro, pues al negocio de nosotros, no.

DR. SOTOMONTE: Perfecto, entiendo doctor Hernández las diversas circunstancias entonces solo para, mayor claridad, si no hay cláusula de exclusividad, no se celebra el contrato de arrendamiento?

SR. HERNÁNDEZ: No es que no se celebre doctor, vuelvo y le repito digamos que en el caso ... (Interpelado).

DR. SOTOMONTE: Le estoy poniendo y estoy apoyando su conocimiento de las políticas de la compañía, le estoy poniendo muy seguramente en un escenario hipotético si un posible arrendador dice que no hay cláusula de exclusividad ATC se pierde el interés de celebrar ese contrato?

SR. HERNÁNDEZ: Sí claro, se pierde el interés, evidentemente, porque vuelvo y le repito no se cumplirían como con las expectativas y los mínimos y máximos para poder lograr explotar el negocio de ATC entonces, si es un, sí de alguna manera podría perderse el interés en ese inmueble y pues digamos que yo conozco un caso puntual de que la compañía haya dejado de celebrar un contrato de arrendamiento porque el propietario haya dicho no a una cláusula de exclusividad francamente no, no lo conozco porque es vuelvo y le repito es común encontrar en los contratos de ATC esa parte”⁸³.

3. Mediante comunicación electrónica de 29 de mayo de 2015, la representante legal de la Arrendadora-Convocada, se dirigió al señor César Romero, funcionario de la Convocada, en los siguientes términos:

⁸³ *Ídem*, folios 5 a 7.

“Te escribo luego de sostener contigo una conversación relacionada con la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de arriendo de 89.83 M2 aprox. en el "CENTRO EMPRESARIAL ALPASO PLAZA" ubicado en la calle 145 No. 103B 65 del cual ATC SITIOS es el arrendatario, dado que el día de hoy recibí en calidad de Representante Legal de INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. una oferta para arrendar 40 M2 ubicados sobre la cubierta de la escalera de incendio oriental de la torre, para lo cual solicito el consentimiento de ATC SITIOS y proceder a suscribir el contrato de arriendo con la persona jurídica que nos hizo la propuesta.

Te aclaro que el acceso al área que pretendemos arrendar es totalmente independiente al de la cubierta que ocupan los equipos de ATC (cubierta sobre los ascensores).

Igualmente, te recuerdo que antes de firmar contrato de arriendo con ustedes ya existía un contrato con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES SA ESP.

Quedo a la espera del consentimiento ya que firmaré contrato a más tardar el primero de junio de 2015”⁸⁴.

- 4.** El 15 de julio de 2015, también por correo electrónico dirigido al mismo destinatario, la Convocada insistió en su solicitud señalando:

“Estimado César:

A la fecha no recibo respuesta a mi correo del 29 de mayo de 2015. Estamos por firmar el contrato con Centennial Tower

⁸⁴ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 2. Pruebas contestación Inversiones Golden Five. P5 Correos electrónicos, folios 1 y 2.

(Avantel) sobre la cubierta de la escalera de evacuación suroriental del edificio”⁸⁵.

5. Los correos electrónicos a que refieren los dos numerales anteriores fueron también dirigidos a Alejandro Urueta, pero la dirección electrónica contiene un error al incluir *amerciantower.com* en lugar de *americantower.com*⁸⁶.

6. El señor César Romero es funcionario de la Convocante y por sus funciones tiene contacto con los arrendadores, en este caso con la Convocada, tal y como se desprende del interrogatorio de parte rendido por el señor VALERO, representante legal de aquella.

“DR. SOTOMONTE: Por último, el señor César, a quien le llegó el correo que cargo desempeña él en a ATC?

SR. VALERO: Es un agente de adquisición, un agente Zack.

DR. SOTOMONTE: Usted me quiere, por favor, brevemente, contar cuáles son las funciones de este señor de la compañía?

SR. VALERO: Sí, claro, ellos son los encargados de hacer el relacionamiento con los potenciales arrendadores y ofrecerles negociar el tema del canon de arrendamiento e ilustrarles de qué manera técnica va a aparecer o va a funcionar la estación de telecomunicaciones y cuál es el, digamos, la volumetría, el espacio que va a ocupar la estación de telecomunicaciones en el predio.

⁸⁵ *Ídem*, folio 1.

⁸⁶ *Ídem*.

DR. SOTOMONTE: Perfecto, es decir, que sí hay contacto del arrendador con el señor Cesar normalmente?

SR. VALERO: Sí.

DR. SOTOMONTE: Según lo que usted me está diciendo.

SR. VALERO: Sí obviamente hay ... pero para este punto, si hubo una relación entre Cesar y doña Inés Delgado, sí⁸⁷.

7. Las comunicaciones de 29 de mayo y 15 de julio de 2015 fueron recibidas por el señor César Romero y no se les dio respuesta, tal y como lo indicó el representante legal de ATC en su deposición al ser cuestionado por el Tribunal:

“DR. SOTOMONTE: El Tribunal tiene, una pregunta y (...) por qué motivo no se le dio respuesta a las comunicaciones del año 2015 de Golden Five, donde solicitaba la autorización para celebrar el contrato con Centennial?”

SR. VALERO: Doctor nosotros, obviamente, antes de este interrogatorio también hicimos una recorderis una verificación exacta de por qué no se dieron respuesta a esos correos, obviamente no me quiero excusar, pero son 5 mil estaciones de telecomunicaciones, 5 mil arrendadores enviando solicitudes si, nosotros hemos digamos filtrado porque en su momento primero no hubo una, no la enviaron física y lo enviaron un correo de César Romero pues que él no es experto en o sea, él hace efectos de ... él les dice ojo que hay una cláusula de exclusividad pero a él se le quedo

⁸⁷ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folio 24.

*la bandeja no sabemos realmente qué pasó con ese correo en todo caso, si no le dimos respuesta y si efectivamente no le dimos respuesta (...)*⁸⁸.

8. El 6 de diciembre de 2019, la Convocada solicitó a la Convocante⁸⁹:

“De acuerdo a lo conversado, y con el fin de agilizar la respuesta a la solicitud radicada en días pasados en la cual solicitamos:

1. Autorización para la cesión del contrato de arrendamiento del espacio para antena a un Fideicomiso Inmobiliario

2. Autorización para la celebración del contrato con Centennial Towers

3. Renuncia expresa a la facultad de ejercer primera opción de compra;

Mediante el presente compartimos los siguientes documentos del FICI-R, para que sean revisados por el área jurídica de ATC Sitios Colombia, realizar SARLAFT. El FICI-R no tiene Cámara de Comercio por lo que se adjunta la Cámara de Comercio de la Sociedad Administradora Corredores Davivienda, empresa vigilada por la SúperFinanciera”.

9. Las peticiones referidas en el numeral anterior fueron reiteradas:

⁸⁸ *Ídem*, folios 21 y 22.

⁸⁹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 32. En igual sentido, la respuesta emitida por la demandada en su contestación, con relación a los hechos 6, 7 y 8 de la demanda, Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 25. Escrito contestación demanda, folio 6.

“[E]n las comunicaciones por correo electrónico del 10 de diciembre de 2019 (12:11 a.m.), 10 de diciembre de 2019 (11:41 p.m.), 16 de diciembre de 2019 (9:00 a.m.)”⁹⁰.

10. El 20 de diciembre de 2019 la Convocante dio respuesta a la Convocada en los siguientes términos:

“Inés buena tarde

Acorde a nuestra conversación me permito:

1) Informar que ATC no tiene interés de ejercer la primera opción de compra pactada en el contrato. No obstante, en la venta que efectuó Inversiones Golden Five, se solicita que quede expresamente que el nuevo comprador continuara con el contrato suscrito con ATC.

2) Envío documento de cesión que se deberá suscribir una vez se protocolice la venta de ustedes para garantizar la cesión con el nuevo propietario.

Quedamos atento si tienen algún comentario sobre el documento”⁹¹.

11. El 17 de enero de 2020 la Convocante pone de presente a la Convocada su inconformidad por la vulneración del pacto de exclusividad en los siguientes términos:

⁹⁰ Hecho aceptado por la demandada en su respuesta al fundamento fáctico 8 del libelo introductor del proceso y soportado en los correos electrónicos arrimados con la demanda.

⁹¹ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 40. En igual sentido, la respuesta emitida por la demandada en su contestación, con relación al hecho 9 de la demanda, Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 25. Escrito contestación demanda, folio 6.

“Buenas tardes estimadas Inés/Johanna

Les envío los comentarios respecto del acuerdo de cesión.

Sobre el particular les comento:

1) Se requiere una fecha cierta en la que se realizará la cesión, esto a efecto de evitar la incertidumbre del día en que se deben realizar los pagos de los cánones de arrendamiento al nuevo arrendador.

2) No podemos aceptar la cláusula incluida por ustedes “DECLARACIONES Y GARANTÍAS DE LA PARTES”, esto por cuanto a que la cláusula de exclusividad del contrato de arrendamiento se incumplió.

3) No podemos aceptar la eliminación de la cláusula de indemnidad.

4) Por instrucción corporativa no podemos renunciar a la primera opción de compra. Se acepta para la transacción que efectuaran ustedes en este momento.

Por último, les comento que se validó el tema de la autorización del arrendamiento con Cenntenial Towers, pero la misma no fue aprobada debido a que haber celebrado el contrato con Cenntenial se configuro un incumplimiento del contrato suscrito con nuestra sociedad y que a su vez va en contravía de los intereses nuestros. En tal sentido, ponemos a su consideración el pago de una indemnización por esta situación a efectos de revalidar la autorización para la firma de la autorización requerida.

*Si consideran pertinente una reunión para este tema con gusto agendaremos el espacio*⁹².

12. AVANTEL S.A.S. es cliente de la Convocante desde el año 2011, según la declaración del señor Valero⁹³ y el contrato marco obrante en el expediente, en el cual se señala que *“las Partes celebraron un Contrato Marco de Arrendamiento de Espacio en Torres el 31 de mayo de 2011”*⁹⁴.

13. AVANTEL S.A.S. es cliente de CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.S., según el contrato de arrendamiento o “convenio marco” celebrado el 12 de marzo de 2014 para el “arrendamiento de sitios construidos a la medida o build to suit” y “arrendamiento de sitios”⁹⁵.

De las evidencias reseñadas⁹⁶ se colige, sin lugar a duda, que (i). La Convocada, INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., en desarrollo de la obligación contraída en el pacto de exclusividad contenido en el contrato de arrendamiento “PORTAL SUBA II -MIGRACIÓN /CANDIDATO A BOG1623” solicitó a la Convocante –ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.- autorización para celebrar un negocio jurídico de objeto similar con CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.

⁹² Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 1. Pruebas virtuales aportadas con la demanda, folio 64. En igual sentido, la respuesta emitida por la demandada en su contestación, con relación a los hechos 11 y 12 de la demanda, Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 2. No. 25. Escrito contestación demanda, folios 11 y 12.

⁹³ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folio 21.

⁹⁴ Extracto del CONTRATO MARCO DE ARRENDAMIENTO DE SITIO aportado por AVANTEL S.A.S. obrante en el Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 3. Pruebas respuesta AVANTEL, 6. MLA AVANTEL-ATC 2021 firmado, folio 1.

⁹⁵ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 3. Pruebas respuesta AVANTEL, 5. CONTRATO 2014000028 Centennial.

⁹⁶ Las que fueron sometidas debidamente a contradicción y generan certeza de su contenido y alcances al Tribunal.

Dicha solicitud fue hecha por la Convocada en por lo menos dos oportunidades y con anterioridad a la suscripción del contrato con CENTENNIAL. En este punto, llama la atención del Tribunal el correo de 29 de mayo de 2015, cuyo contenido no fue desvirtuado por las partes, en el que se lee: “[t]e escribo luego de sostener contigo una conversación relacionada con la cláusula de exclusividad contenida en el contrato de arriendo”; esta pieza procesal permite señalar que la citada comunicación electrónica no fue el primer acercamiento de la Convocada a la Convocante para obtener la autorización deprecada.

Lo anterior permite señalar que INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. con su solicitud activó el mecanismo contractual que le permitiría, con la anuencia de la Convocante, celebrar un contrato con CENTENNIAL. Empero, del contenido negocial se extrae que la sola solicitud no la facultaba para celebrar el negocio “*prohibido*”.

Ahora bien, para el Tribunal la petición de la Convocada (ii). debió generar un acto positivo por parte de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., en el sentido de darle una respuesta tempestiva, oportuna, coherente con la cláusula de exclusividad por ella redactada y que a todas luces resulta de vital importancia para el desarrollo de sus actividades, según lo relataron sus funcionarios, señores VALERO y HERNÁNDEZ. Sin embargo, (iii). la respuesta en cuestión jamás llegó, o mejor, se emitió solo hasta el 17 de enero de 2020⁹⁷.

⁹⁷ Correo electrónico en el que la Convocante pone de presente a la Convocada su inconformidad por la vulneración del pacto de exclusividad.

A la luz del principio de la buena fe encuentra el Tribunal que la conducta pasiva, omisiva o cuando menos tardía de la Convocante frente a la solicitud de la Convocada riñe con los deberes colaterales de conducta, como pasa a explicarse:

El punto de partida de la conclusión anunciada es el deber de colaboración⁹⁸, cooperación o solidaridad, el cual “(...) ‘(...) exige que, más allá de las diferencias de intereses que existan entre las partes en la ejecución del contrato, se deba evitar toda dificultad facilitando la ejecución del crédito a la otra parte. [...] las partes entre sí tienen el deber de actuar lo mejor posible para el logro del interés del co-contratante. Ello, como bien destaca Kemelmajer de Carlucci, puede implicar ejecutar prestaciones no previstas expresamente; modificar el propio comportamiento; tolerar que la otra parte modifique la prestación; dar aviso de ciertos acontecimientos, etc.’^{36[99]}. En ese sentido, ‘[...] el deber de colaboración leal en la ejecución del contrato entre las partes exige al acreedor abstenerse de todo acto u omisión que pueda tener por consecuencia privar a la otra parte de beneficios o ventajas propias del contrato o que agrave injustificadamente el resultado, volviendo más onerosa la situación del deudor’^{37[100]}”¹⁰¹.

Y es que en verdad, el sujeto “no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de

⁹⁸ Al que también refieren los Principios Unidroit sobre los contratos [5.3.1.] señalando que “[c]ada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

⁹⁹ “³⁶ Gustavo Ordoqui Castilla, Buena fe contractual, Ed. Pontificia Universidad Javeriana – Universidad Católica de Uruguay – Ibáñez, 385 (2012)”.

¹⁰⁰ “³⁷ Ibid”.

¹⁰¹ PICO ZÚÑIGA, Fernando, *El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente*, 127 Vniversitas, p. 296 (2013) doi:10.1144/Javeriana.VJ127.dcce

participes en una relación negocial, así sea en potencia, a fortiori cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario –bien entendido-, se orienta a la satisfacción del interés de su cocontratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vívida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los –llamados- deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento interpartes, incluido el precontractual”¹⁰².

Pues bien, en virtud del citado principio, a la Convocada le asistía el derecho, derivado de la cláusula de exclusividad, de obtener una respuesta cuando solicitara la autorización necesaria para sobreseer la estipulación contractual que limitaba su autonomía privada, pues tal respuesta marcaría el camino a seguir en cuanto a la continuidad y cumplimiento de sus obligaciones de no hacer. Tal prerrogativa no imponía a la Convocante dar la autorización, pero sí le exigía no guardar silencio para garantizar el equilibrio contractual.

Así, para este juzgador el silencio inicial de la Acreedora-Convocante agrava injustificadamente las condiciones a las que se veía sometida la Deudora-Convocada, habida cuenta de que la privó del derecho a tener la certeza de si la limitación a su autonomía privada sería levantada en el escenario planteado en su solicitud. Se insiste, nada legitima a la Convocante para adoptar un comportamiento desentendido del interés de su cocontratante; le bastaba emitir una respuesta, en el sentido que considerara ajustado a

¹⁰² Corte Suprema de Justicia, sentencia SC de 2 de agosto de 2001, Rad. 6146.

sus necesidades, para honrar el deber de colaboración que le resultaba exigible.

Ciertamente, la respuesta de la arrendataria debió hacer parte de la ejecución contractual de buena fe, toda vez que sobre ella recaía el deber de cooperación que la obligaba a colaborar con la arrendadora para que ésta última pudiese honrar a cabalidad las obligaciones contraídas en virtud del contrato que las vincula.

Este criterio encuentra respaldo en sólida doctrina, según la cual la “*buena fe integradora*’ produce un enriquecimiento del contenido contractual, ya que a través de ella se dota de un sentido más amplio a los deberes creados por el negocio jurídico y también se crean una serie de deberes especiales, que atienden particularmente a la naturaleza del contrato y a su finalidad. Señala DÍEZ-PICAZO que, ‘*estos deberes accesorios exigidos por la buena fe son de naturaleza muy variada y dependen en cada caso de las especiales circunstancias que rodean a la relación jurídica: suministrar informes sobre las cosas y sus características o aclaraciones sobre la finalidad perseguida o sobre el sentido de la declaración; proceder con esmero, cuidado y diligencia en la prestación, evitando molestias; prestar colaboración y ayuda a la otra parte para la consecución no sólo del fin negocial común, sino también de su particular y exclusivo interés, etc.*”¹⁰³ (subrayas fuera de texto). “*Betti considera que la buena fe es un límite para la autonomía de las partes en los contratos, pues obedece a exigencias de convivencia y solidaridad que imponen obligaciones: Las cuales se deben distinguir claramente: a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que se halla esculpido en la máxima*

¹⁰³ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Vniversitas, 53(108), 281-315. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>.

romana del Alterum non laedere y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone, no simplemente una conducta negativa de respeto sino una activa de colaboración con los demás, encaminada a promover su interés.^{85[104]} Bianca, por su parte, estima que la buena fe es un principio de solidaridad contractual en el que se observan dos aspectos fundamentales: el de la salvaguarda, que pretende proteger el interés de la contraparte, y el de la lealtad. La buena fe exige no suscitar una falsa confianza en el otro, no especular con ello y no desconocer la expectativa razonable generada en la contraparte.^{86[105]}¹⁰⁶ (subrayas fuera de texto).

En igual sentido, encuentra el Tribunal que la Convocada remitió la solicitud de autorización al funcionario de la arrendataria con quien había tenido contacto poco tiempo atrás para la celebración del contrato de arrendamiento, pues era el “encargado de hacer el relacionamiento con los potenciales arrendadores”; que en el contrato no había un mecanismo de comunicación determinado u obligatorio para presentar la petición en cuestión, encontrándose relacionado un correo electrónico a efectos “del ejercicio de los derechos de conocimiento, actualización, y rectificación de los Datos Personales (...)”¹⁰⁷ únicamente. Hechos que demuestran que la Convocada fue diligente en punto a la solicitud de autorización para la suscripción del nuevo negocio jurídico, contrario de lo que se puede predicar de la actitud de la arrendataria.

¹⁰⁴ “⁸⁵ Betti, Teoría general, 71.”

¹⁰⁵ “⁸⁶ Bianca, Derecho civil, 444”.

¹⁰⁶ BERNAL FANDIÑO, Mariana. *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, pp. 104 y 105, Bogotá (2013).

¹⁰⁷ Cláusula de “protección de datos personales” contenida en el contrato de arrendamiento, aplicable, según su tenor literal, solo a las personas naturales.

En efecto, la arrendataria reconoce los problemas logísticos que tenía para la época de la solicitud de autorización, en lo atinente a la atención de los arrendadores, de donde se concluye que la ausencia de respuesta le es imputable. Es así como el señor VALERO señaló: *“(...) son 500 arrendadores, incluso a raíz de todos esos temas que han llegado a la masividad creamos un Call center para arrendadores porque era como más era mucho más, digamos pasable darle respuesta porque son nuestros pares, hacen parte de nuestro negocio, pues tenemos que darle respuesta a las solicitudes, pero en razón a que en ese momento que pues todavía no teníamos la infraestructura hablando a nivel humano pues y estamos todo corrigiendo esos errores que en su momento se dieron en razón a dificultades se venían presentando en el día a día, entonces por esa razón no dimos respuesta”*¹⁰⁸.

Entonces, no hay explicación lógica ni válida desde la perspectiva de los deberes de conducta que permita excusar el silencio de la Convocante, máxime si se tiene en cuenta que: (i). En el correo de 15 de julio de 2015 la Convocada puso de presente que el nuevo contrato tenía relación con Avantel -“A la fecha no recibo respuesta a mi correo del 29 de mayo de 2015. Estamos por firmar el contrato con Centennial Tower (Avantel) sobre la cubierta de la escalera de evacuación suroriental del edificio”-; (ii). La cláusula de exclusividad resultaba primordial, vital o esencial para la suscripción de los contratos –según se extrae de las declaraciones rendidas por los funcionarios de la Convocante-; (iii). Parte del daño que asevera haber sufrido la arrendataria se deriva del hecho de que AVANTEL S.A.S. se

¹⁰⁸ Expediente Digital No. 128698. PRUEBAS No 6. Transcripciones audiencia de pruebas, 2. EDWIN VALERO VARGAS, folio 23.

hubiese ubicado en el inmueble en la torre de otro arrendatario¹⁰⁹. En otros términos, si tan importante era la cláusula de exclusividad y el operador de comunicaciones para la Convocante, ésta debió obrar de manera diligente en cumplimiento del deber de colaboración y dar respuesta a la solicitud de la Convocada, así fuera de manera negativa.

A mayor abundancia, si se analiza la pasividad de la arrendataria en el periodo de tiempo transcurrido desde la solicitud de autorización para contratar, hasta la respuesta que emitió –29 de mayo de 2015 a 17 de enero de 2020-, junto con la posibilidad que tuvo en todo momento de acceder al inmueble, resulta forzoso concluir que también se desatendió igualmente el deber de coherencia.

Estudiosos de este deber señalan que “ (...) *obliga a las partes a ser fieles con ellas mismas y a tener constancia y uniformidad en su comportamiento, para no defraudar a quienes hayan confiado en el mantenimiento de dicha situación*”¹¹⁰.

Esto, aplicado al *sub examine*, se traduce en la imposibilidad de validar un cambio abrupto, brusco o intempestivo en el comportamiento de la Convocante con relación a la existencia del contrato entre la Convocada y CENTENNIAL, para permitirle, luego de varios años, dolerse por el incumplimiento de la cláusula de exclusividad cuyo acaecimiento pudo ser verificado de tiempo atrás. Es decir, el silencio inicial y la inactividad de ATC, acompañados del paso del tiempo, generaron en la Convocada la

¹⁰⁹ Esto también contrasta con el hecho de que CENTENNIAL TOWERS COLOMBIA S.A.S. a su vez tenía, de tiempo atrás, un contrato marco con AVANTEL, lo que pone en duda el acaecimiento del daño alegado.

¹¹⁰ Op. Cit. BERNAL FANDIÑO, Mariana. pp. 83 y 84.

convicción de que, pese a la falta de respuesta a la solicitud del año 2015, la celebración del contrato “*prohibido*” no tendría consecuencias.

En conclusión, por lo anteriormente expuesto, para el Tribunal no resulta de recibo ni acorde a los postulados de la buena fe –coherencia- la reclamación que con relación al incumplimiento del pacto de exclusividad plantea la Convocante en su libelo, pasado más de un lustro desde que tal hecho acaeció y pudo ser percibido por ésta.

Para finalizar, en igual sentido, es pertinente memorar que “*es el principio de la buena fe –y su presunción (artículo 835 del Código de Comercio)- el fundamento para que el comportamiento de los sujetos genere en sus contrapartes expectativas y certezas legítimas en cuanto a las reglas, contenido, alcances y duración de las relaciones jurídico-patrimoniales, así como en la conducta futura de su cocontratante, pues comporta necesariamente el actuar ‘con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas’*²² [111].

*En otros términos, dicho principio ‘protege de cambios sorpresivos e inesperados que, aunque amparados en las reglas de derecho, contradigan las serias expectativas gestadas con la conducta anterior, en función de las cuales estructuran su programa de vida por la confianza inspirada en la seriedad, estabilidad, coherencia y plenitud del comportamiento futuro, tutelando su buena fe y convicción en la proyección de la situación anterior’*²³[112].

¹¹¹ “²² CSJ SC, 9 de agosto de 2007, Rad. 00254”.

¹¹² “²³ CSJ SC, 27 de febrero de 2012, rad. 14027”.

Expresión y a su vez mecanismo tuitivo del principio de buena fe es la Teoría de los Actos Propios –venire contra factum proprium non valet- decantada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia^{24[113]} y que en materia contractual surge del comportamiento de las partes en la ejecución de lo pactado. El contenido de esta doctrina ‘...puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido a su vez como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, sin con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás’^{25[114]}”¹¹⁵.

En síntesis, por ser la conducta de la Convocante, previa al incumplimiento de la Convocada –conducta a su vez reprochable-, constitutiva de vulneraciones al principio general de la buena fe –deberes secundarios de coherencia y colaboración- en contravía de los mandatos legales atrás compendiados, la excepción de contrato no cumplido –*exceptio non adimpleti contractus*- planteada por pasiva prospera y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de esta providencia.

Como es evidente, la prosperidad de esta pretensión exime al juzgador de pronunciarse sobre las restantes.

VI. JURAMENTO ESTIMATORIO

¹¹³ “²⁴ Por todas, CSJ SC, 7 de agosto de 2016, rad. 00606”.

¹¹⁴ “²⁵ CSJ SC, 24 de enero de 2011, rad. 00457”.

¹¹⁵ Laudo arbitral No. 123169 de 1 de junio de 2021, Tribunal Arbitral de NIMAN COMMERCE S.A.S. contra INGENIERÍA DE SERVICIOS GENERALES INGEGRAL S.A.S.

En la demanda, la parte convocante estimó bajo juramento que el valor de sus pretensiones ascendía a:

“CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS (\$485.200.409 COP), por los conceptos que a continuación se desarrollan:

(...) Por concepto de daño emergente la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y SIETE PESOS (\$292.574.097 COP). Este concepto corresponde al costo del arriendo del piso (PT), que equivale al 50% de la renta de piso (uno de los valores que ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. paga al arrendador), el cual ha sido asumido por ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. y será asumido hasta la terminación del Contrato. De no haber existido el incumplimiento del Contrato, el otro operador que está ubicado actualmente en la torre de Centennial Towers, Avantel, habría asumido este monto.

Por concepto de lucro cesante consolidado y futuro la suma de CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS (\$192.626.312 COP).

El concepto por el cual se reclama el lucro cesante consolidado es el del arriendo de espacio en torre - denominado RENTA EN TORRE -: Este valor es el que ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. ha dejado de percibir porque, ante el incumplimiento de la cláusula de exclusividad, el arrendatario Centennial Tower instaló otra torre en el Inmueble en la cual Avantel a su vez

instaló sus equipos. Si INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. no hubiera incumplido el Contrato de Arrendamiento, Avantel se habría ubicado como cliente de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S. en el Inmueble y no como cliente de Centennial Tower”¹¹⁶.

Ahora bien, de acuerdo con el inciso 4 del artículo 206 del Código General del Proceso:

“(…) 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”.

Debe tenerse en cuenta que la imposición de las sanciones contempladas en el inciso en estudio presupone que la suma estimada bajo juramento exceda del 50% de aquella que resulte probada en el proceso.

En este sentido, la primera de las sanciones previstas se aplica si la cantidad estimada excede el cincuenta por ciento del valor probado, en cuyo caso se sancionará con el diez por ciento de la diferencia que resulte entre estas dos cantidades, aun cuando el demandante no hubiera objetado el juramento estimatorio.

¹¹⁶ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1: Documentos virtuales radicación demanda. No. 4. Demanda

Por otro lado, el párrafo del artículo 206 dice:

“(…) PARÁGRAFO. 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 segunda de las sanciones previstas, por el cinco por ciento del valor pretendido, se aplica si dentro del proceso: (i). se niegan las pretensiones, (ii). esta decisión se debe a la falta de prueba de los perjuicios y, finalmente si (iii). la falta de demostración de los perjuicios se deriva del actuar negligente o temerario de la parte interesada.

La Corte Constitucional se pronunció sobre estas sanciones en las sentencias C-279 de 2013, que declaró exequibles los primeros seis incisos del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, y C-157 de 2013, que declaró condicionalmente exequible el párrafo de este artículo en el entendido de que la sanción no procede cuando los perjuicios no se logren demostrar por hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte que solicitó el reconocimiento de aquellos a pesar de su obrar diligente y esmerado.

En consecuencia, este Tribunal considera que no se presenta la hipótesis descrita en el inciso cuarto del artículo 206, ya que aquel se refiere a que exista una diferencia superior al 50% de la suma estimada frente a la probada y lo que aquí se presenta es que las pretensiones declarativas atadas a las condenas fueron desestimadas por encontrarlas improcedentes, de manera que las condenas quedaron sin causa.

En relación con la sanción prevista en el párrafo del artículo 206, como se anticipó, ésta se refiere a los eventos en los que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios; situación que aquí sí se presentó, pero esta sanción requiere además que la causa de la falta de demostración sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, cuestión que no se presenta en este caso, ya que el Tribunal no observa temeridad, mala fe, ni actitud dolosa en la conducta procesal de la parte convocante.

En virtud de lo anterior, no hay lugar a imponer las sanciones señaladas en el artículo 206 del C.G.P. y así lo declarará el Tribunal.

VII.COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

La pretensión séptima de la demanda reza:

“Séptima: Que se condene a INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. a pagar las costas y gastos de este proceso”¹¹⁷.

De acuerdo con lo señalado en el Artículo 2° del Acuerdo de 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como “*las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso*”, como por las agencias en derecho, definidas como “*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*”.

El Código General del Proceso dispone que en la sentencia se condenará en costas a la parte vencida; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En el presente caso, algunas de las pretensiones de la Demanda prosperaron y otras fueron negadas y en su lugar se declaró la prosperidad de alguna de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda por la parte Convocada.

En este caso, el Tribunal considera que es pertinente dar aplicación a lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, en cuanto dispone: “*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de*

¹¹⁷ Expediente Digital No. 128698. PRINCIPAL 1. No. 1: Documentos virtuales radicación demanda. No. 4. Demanda.

condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

En concordancia con lo antes expuesto, la pretensión séptima de la Demanda, de condenar en costas y agencias en derecho a la convocada, no prospera.

VIII.DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., de una parte, y la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., de la otra, administrando justicia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que entre la sociedad ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., en calidad de arrendataria, e INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., como arrendadora, existe un contrato de arrendamiento sobre un área de ochenta y nueve punto ochenta y tres metros cuadrados (89,83M2) aproximadamente, de un inmueble ubicado en la Avenida calle 145 No. 103 B 65 en Bogotá, el cual se encuentra identificado con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20670095 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

SEGUNDO: Declarar que la sociedad INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A. incumplió el Contrato de Arrendamiento al suscribir un contrato de arrendamiento con un tercero sin que mediara previamente por escrito el consentimiento de ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.

TERCERO: De conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia, declarar la prosperidad de las excepciones: “A) Excepción de contrato no cumplido” y “B) Mala fe contractual y desconocimiento de los actos propios por parte de ATC Sitios de Colombia S.A.S.”

CUARTO: Negar las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Por las razones y con el alcance expuestos en la parte motiva, se desestima la excepción de mérito que adujo INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., denominada así: “G) Inejecutabilidad, inoponibilidad o invalidez de la cláusula de exclusividad por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por ser restrictiva de la libre competencia”.

SEXTO: Por las razones y con el alcance expuestos en la parte motiva, no hay lugar a hacer pronunciamiento sobre las excepciones de mérito que adujo INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A., denominadas así: “C) Inexistencia de incumplimiento contractual como elemento estructural de la responsabilidad civil contractual”, “D) Inexistencia del daño y del nexo de causalidad como elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual”, “E) Falta del carácter cierto y directo de los perjuicios reclamados”, “F) Enriquecimiento sin justa causa”, y “H) Improcedencia de

algún tipo de indemnización con fundamento en una cláusula que contraviene una recomendación de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)”.

SÉPTIMO: Abstenerse de imponer la sanción de que trata el artículo 206 del C.G.P. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Abstenerse de proferir condena en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo del Árbitro único y la Secretaria, para lo cual, el Árbitro único hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

DÉCIMO: Declarar causado el saldo final de los honorarios del árbitro único y de la secretaria del Tribunal, y ordenar su pago.

DÉCIMO PRIMERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente Laudo Arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

DÉCIMO SEGUNDO: En firme el presente laudo y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.20 del Reglamento del Centro de Arbitraje ordenar el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO TERCERO: Disponer que, en la oportunidad prevista en el artículo 2.59 del Reglamento del Centro de Arbitraje, se proceda por el Árbitro único

del Tribunal, a efectuar la liquidación final de gastos y, llegado el caso, devolver el saldo que corresponda a las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



DAVID RICARDO SOTOMONTE MÚJICA

Árbitro Único



LINA FERNANDA HENAO BELTRÁN

Secretaria

TRIBUNAL ARBITRAL DE ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S.

Vs.

INVERSIONES GOLDEN FIVE S.A.

Trámite 128698

**LA SUSCRITA SECRETARIA HACE CONSTAR QUE EL PRESENTE LAUDO,
DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022, ES COPIA AUTÉNTICA TOMADA DEL
LAUDO ORIGINAL**



LINA FERNANDA HENAO BELTRÁN

Secretaria