

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado sustanciador: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 07 de mayo de 2021, según acta No. 008)

Corresponde a la Sala desatar los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida el **24 de abril de 2019** por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES (fls. 171 a 207 c. ppal.)

Mediante demanda radicada el 9 de febrero de 2018, la Sociedad LAZUS COLOMBIA S.A.S. por conducto de apoderado, solicita como pretensiones principales (1.1.) las siguientes:

1.1.1. Declarar que entre la demandante y CAUCATEL S.A. E.S.P., se celebró un contrato de “*arrendamiento*” de naturaleza consensual a partir del 26 de julio de 2011, en virtud del cual, esa última en calidad de arrendataria, ostenta el uso de la infraestructura eléctrica de redes de LAZUS para soportar su red de telecomunicaciones y equipos auxiliares.

1.1.2. Declarar que en razón de lo anterior, CAUCATEL se encuentra en la obligación de pagar una contraprestación mensual desde el 26 de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2017 por valor total de \$ 2.657'123.950 o la suma que resulte probada en el proceso, discriminada de la siguiente forma:

AÑO 2011: \$ 159'424.943 (26 de julio de 2011 - 31 de diciembre de 2011)

AÑO 2012: \$ 402'516.094 (1 de enero de 2012 - 31 de diciembre de 2012)

AÑO 2013: \$ 390'641.870 (1 de enero de 2013 - 31 de diciembre de 2013)

AÑO 2014: \$ 386'347.804 (1 de enero de 2014 - 31 de diciembre de 2014)

AÑO 2015: \$ 410'772.107 (1 de enero de 2015 - 31 de diciembre de 2015)

AÑO 2016: \$ 450'049.270 (1 de enero de 2016 - 31 de diciembre de 2016)

AÑO 2017: \$ 457'371.862 (1 de enero de 2017 - 31 de diciembre de 2017)

1.1.3. Declarar que CAUCATEL incumplió gravemente sus obligaciones al dejar de pagar a LAZUS el “*precio*” correspondiente al uso de la Infraestructura para prestar servicios de telecomunicaciones a terceros.

1.1.4. Declarar que CAUCATEL incumplió sus obligaciones al no retirar sus redes de telecomunicaciones y equipos auxiliares de la infraestructura administrada por LAZUS, al ser requerida por ésta última y como consecuencia del no pago por el uso de la misma.

1.1.5. Declarar la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo de CAUCATEL.

1.1.6. Condenar a CAUCATEL a pagar a LAZUS la suma de \$ 2.657'123.950 por concepto de contraprestación que CAUCATEL debió pagar desde el 26 de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2017, junto con las contraprestaciones mensuales que la demandada deba cancelar hasta la fecha en que efectivamente retire sus redes de telecomunicaciones y equipos auxiliares de la Infraestructura administrada por la demandante, o aquella suma que resulte probada dentro del proceso por el uso de la Infraestructura, con base en la metodología establecida para la remuneración y contraprestación económica de la Resolución CRC 4245 de 2013 a partir del 26 de junio de 2011.

1.1.7. Condenar a CAUCATEL a pagar en favor de LAZUS intereses moratorios a la tasa máxima legal prevista por el artículo 884 del C.Co. certificada por la Superintendencia Financiera o la entidad que haga sus veces, respecto del "precio" que mes a mes debía pagar CAUCATEL desde el 1 de septiembre de 2011 (Ley 1231 de 2008, artículo 3º) hasta la fecha efectiva de pago, los cuales hasta para la fecha de presentación de la demanda se calcularon en \$ 2.431'550.000.

1.1.8. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a CAUCATEL realizar la remoción inmediata de sus redes en la infraestructura operada por LAZUS y en caso de no hacerlo en un plazo de 30 días calendario, se autorice a LAZUS para removerla por cuenta y riesgo de CAUCATEL.

1.1.9. Condenar a CAUCATEL al pago de costas y agencias en derecho.

1.2. Formula así mismo varias pretensiones subsidiarias, agrupadas de la siguiente manera:

1.2.1. Un primer grupo de pretensiones subsidiarias, en el que se pide declarar que entre las mismas partes lo celebrado fue un contrato de "suministro" de naturaleza consensual a partir del 26 de julio de 2011, en virtud del cual, la

demandada ostenta el uso de la Infraestructura eléctrica de redes de LAZUS, con el fin de soportar la red de telecomunicaciones y equipos auxiliares de CAUCATEL. Se repiten en esencia las pretensiones 1.1.1. a 1.1.9 pero aludiendo a un contrato consensual de “suministro”.

1.2.2. Un segundo grupo de pretensiones subsidiarias dirigido a:

1.2.2.1. Declarar que CAUCATEL, para la prestación de servicios a sus clientes y usuarios, se ha enriquecido a expensas de LAZUS sin justificación alguna, mediante el uso y goce de la Infraestructura sobre la cual soporta su red de telecomunicaciones y demás equipos auxiliares desde el 26 de julio de 2011, sin asumir pago o compensación correlativa en favor de LAZUS.

1.2.2.2. Condenar a CAUCATEL a “compensar” a LAZUS el valor en que la primera se ha enriquecido a expensas de la segunda, desde el 26 de julio de 2011 y hasta cuando cese dicha situación de enriquecimiento, valor que a 31 de diciembre de 2017 se calcula en \$ 2.657'123.950 discriminado en la misma forma descrita en la pretensión 1.2.

1.2.2.3. Ordenar a CAUCATEL retirar de manera inmediata las redes de telecomunicaciones y sus accesorios de la Infraestructura operada por LAZUS a fin de hacer cesar la situación de enriquecimiento sin causa que se presenta, asumiendo todos los costos que demande dicha operación, o en caso de no realizarlo en 30 días calendario, se autorice a LAZUS para removerla por cuenta y riesgo de la demandada.

1.2.2.4. Ordenar a CAUCATEL a pagar sobre la totalidad de las sumas de dinero debidas, intereses de mora a partir del fallo que ordene la compensación solicitada, certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia o entidad que haga sus veces.

1.2.2.5. Condenar a CAUCATEL al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento de las pretensiones en comento, la demandante relata, que CEDELCA S.A. E.S.P. es la propietaria de la Infraestructura “SRT”, no obstante el 28 de junio de 2010 mediante contrato de arrendamiento le otorgó el uso y goce de dicha infraestructura a la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. en adelante “CEO”.

Que el 26 de julio de 2011, CEO remitió comunicación a CAUCATEL y a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones que hacen uso de su

infraestructura, informando que a partir de esa fecha todos los requerimientos jurídicos y comerciales referentes al uso de la infraestructura SRT serían gestionados únicamente por PROMIGAS TELECOMUNICACIONES S.A. (para la fecha de la demanda LAZUS COLOMBIA S.A.S.), por lo que los acuerdos comerciales existentes y los posibles convenios contractuales serían gestionados por este último.

Que el 01 de agosto de 2011, LAZUS y CEO celebraron contrato de colaboración empresarial No. GG-169A-2011, por el cual ésta cedió en favor de LAZUS los derechos de uso, goce y paso de la infraestructura SRT y de la infraestructura SRT futura para la instalación de redes de telecomunicación, comprendiendo todos los bienes muebles e inmuebles sobre los cuales CEO ostenta la tenencia, como postes, ductos, sistemas de soporte, amarre, torres, antenas, terrenos, derechos de servidumbre y demás que conforman la red de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Cauca de CEO, convenio que fue modificado mediante Otrosí No. 1 de 26 de febrero de 2015.

Que para la fecha en que se celebró el contrato de colaboración empresarial en mención, CAUCATEL se encontraba utilizando la infraestructura de postes de CEO, cuyo derecho de uso y goce fue conferido a LAZUS, quien presentó una propuesta de contrato de arrendamiento de infraestructura a CAUCATEL con el ánimo de documentar principalmente el cálculo del valor mensual a pagar, de acuerdo con la metodología correspondiente en la materia, y el inventario de activos utilizados por CAUCATEL.

Que la referida propuesta no fue suscrita por las partes, no obstante CAUCATEL *"a través de una exteriorización inequívoca de su voluntad y siendo consciente de que el uso de la infraestructura debía ser remunerado a LAZUS"*, continuó usando la misma perfeccionándose de esa manera un contrato de arrendamiento de naturaleza consensual, donde CAUCATEL hace uso de la Infraestructura que administra LAZUS, para soportar su red de telecomunicaciones, principalmente mediante la utilización de postes y ductos de LAZUS.

Que CAUCATEL en calidad de arrendatario se obligó con LAZUS al pago de una remuneración mensual en contraprestación por el uso y goce de la infraestructura, que resulta de multiplicar los valores unitarios por concepto de uso de ductos y postes por el total de la infraestructura utilizada, como así lo ha reconocido la regulación en la materia principalmente mediante Resolución 4245 de 2013 expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones ("CRC") *"Por medio de la cual se definen condiciones de acceso, uso y remuneración*

para la utilización de la infraestructura del sector de energía eléctrica en la prestación de servicios de telecomunicaciones y/o televisión y se dictan otras disposiciones".

Que desde el 26 de julio de 2011, LAZUS confirió a CAUCATEL el uso y goce de la infraestructura eléctrica de que es titular, para la instalación y operación de su infraestructura de telecomunicaciones, por la cual la demandada no ha efectuado ninguna compensación pese a ser empleada para la prestación de servicios de comunicaciones a sus usuarios.

Que con fechas 08 de noviembre de 2012, 29 de noviembre de 2013, 10 de diciembre de 2013 y 24 de octubre de 2014, LAZUS remitió comunicación a CAUCATEL insistiendo en una etapa de arreglo directo y que esta última normalizara su situación, advirtiendo que vencido el plazo ahí señalado se procedería al desmonte de las redes de telecomunicaciones del Departamento del Cauca.

Que ante la falta de respuesta de la demandada, el 29 de abril de 2015, la demandante y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE presentaron ante la Alcaldía del municipio de Popayán una solicitud de amparo policivo con el fin de que cese la situación irregular del uso de la infraestructura por parte de CAUCATEL, y de esa manera proceder a interponer las acciones necesarias para la restitución.

Que el 26 de febrero de 2016, la demandante radicó ante la Alcaldía del municipio de Popayán un derecho de petición, solicitando el reconocimiento del amparo policivo deprecado el 29 de abril de 2015.

Que CAUCATEL se sirve de la infraestructura de LAZUS para prestar servicios a terceros sin compensarla por ese uso, con lo cual se configura un enriquecimiento injustificado (art. 8 Ley 153 de 1887 – art. 831 C.CO.) en detrimento de los intereses de la actora, haciendo caso omiso a los requerimientos e intentos de acercamiento por ella promovidos.

2. La demandada CAUCATEL S.A. E.S.P. se notificó por aviso¹ y **guardó silencio** dentro de la oportunidad procesal para contestar la demanda.

3. LA SENTENCIA APELADA (fls. 309 a 316 c. ppal.). En ella se resolvió: i) Declarar la existencia de enriquecimiento sin causa de CAUCATEL S.A. E.S.P. en detrimento de

¹ Aviso recibido el 30 de abril de 2018 – fl. 224 c. ppal.

LAZUS DE COLOMBIA S.A.S.; ii) condenar a CAUCATEL S.A. E.S.P. a pagarle a la demandante la suma de \$ 1.688'090.292 como consecuencia del enriquecimiento sin causa declarado; iii) condenar a CAUCATEL S.A. E.S.P. que una vez ejecutoriada la presente providencia proceda a retirar de manera inmediata sus redes de telecomunicaciones y accesorios de la infraestructura administrada por LAZUS DE COLOMBIA S.A.S., asumiendo todos los costos que demanda dicha operación, so pena de que si no lo realiza en el término de 30 días se autoriza a LAZUS para removerla a costa de la parte demandada; iv) condenar a CAUCATEL S.A. E.S.P. a pagar los intereses moratorios sobre la suma calculada a partir de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo; v) negar las demás pretensiones de la demanda; y vi) condenar en costas a la demandada, señalando las agencias en derecho en valor de \$ 50'642.709.

Lo anterior, luego de considerar la funcionaria, que las pretensiones principales y las primeras subsidiarias están encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de arrendamiento o de suministro entre las partes, pero no se halla acreditado en el plenario ningún acuerdo de voluntades entre los supuestos contratantes, ni mucho menos la "*exteriorización inequívoca*" del querer de CAUCATEL de asumir obligaciones o compromisos en favor de la actora, elemento indispensable para predicar la conformación de algún pacto o convenio entre las mismas, por lo que se niegan tales pedimentos.

Que no obstante lo anterior, la parte actora sí cumplió con la carga de probar los presupuestos del enriquecimiento injustificado que alega de manera subsidiaria, aunado, que ante la inasistencia de la parte demandada a la audiencia inicial, al tenor del artículo 372 del C.G.P., se presume que son ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundó la demanda.

Apoyándose en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y la Resolución 4245 de 25 de junio de 2013 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, explica, que con la prueba documental y la presunción antes mencionada se tiene por acreditado el primer requisito de la figura invocada, esto es, el enriquecimiento o provecho económico obtenido por la demandada, pues ha hecho uso de la infraestructura que le fue cedida a la demandante sin que por dicha utilización hubiera cancelado ningún tipo de expensas, naciendo el derecho de la actora para recibir ese pago desde el 1 de agosto de 2011, fecha de la firma del contrato de cesión en su favor; igualmente el segundo presupuesto que consiste en el empobrecimiento correlativo de esta última; y los requisitos tercero y cuarto, como quiera que tal desequilibrio patrimonial no obedeció a la

existencia de un negocio jurídico, y LAZUS no cuenta con otro mecanismo para reclamar los derechos que surgen de la omisión de CAUCATEL de reconocerle suma alguna por la utilización alegada.

Para establecer el valor de la condena, la funcionaria toma como referencia el contenido del oficio de fecha 8 de noviembre de 2012 mediante el cual el gerente de PROMITEL, una vez realizada la cesión respecto de la infraestructura, señaló que desde el mes de septiembre del año 2006 a noviembre de 2012 la deuda de CAUCATEL ascendía a la suma de \$ 711'902.531, y que el valor mensual a partir del mes de diciembre de 2012 sería de \$ 21'128.704, así mismo, el oficio de 29 de noviembre de 2013, en el que se indica que una vez se realizó el inventario de bienes que usaba CAUCATEL entre postes y ductos, facturó una suma de \$ 513'844.772 desde agosto de 2011 a noviembre de 2013, *"valor por el cual el despacho condenará a CAUCATEL por dicho período"*.

Y respecto a los periodos posteriores, refiere la Juez, que al hacerse la comparación de los valores máximos anuales establecidos en la Resolución 4245 de 2013 y los solicitados en la demanda, estos últimos superan ampliamente el máximo autorizado, por lo que debe realizarse su adecuación para calcular lo adeudado por CAUCATEL a partir de diciembre del año 2013 y hasta la fecha de ese fallo (abril de 2019), es decir por un lapso de 64 meses que arroja una suma de \$ 1.174'245.520, que sumado al valor del período anterior \$513.844.772, arroja un total de \$ 1.688'090.292 que deberá cancelar la demandada a la demandante, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima prevista por la ley comercial, sino se realiza el pago dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, además de su obligación de retirar sus redes respecto de la infraestructura que administra LAZUS, y la condena en costas.

4. LAS APELACIONES. Las interponen los apoderados de ambas partes, exponiendo sus reparos concretos en los siguientes aspectos:

4.1. La parte demandante expone su desacuerdo en varios aspectos: El primero, en cuanto al monto al que fue condenada a pagar CAUCATEL, argumentando, que debían operar las consecuencias procesales previstas en el artículo 206 del C.G.P. para el juramento estimatorio, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 97 lb. *"lo procedente era declarar probada la cuantía de las pretensiones en aquel valor que fue estimado y no fue refutado por la parte demandada"*. Asegura además, que en aplicación del parágrafo 2 del artículo 10 de la Resolución No. 4245 de 2013 citada en el fallo, *"era necesario haber efectuado la actualización año tras año del monto que por disposición regulatoria ha debido*

aplicarse" lo cual pasó por alto la *a quo*, toda vez que estipuló una condena por un periodo de 64 meses pero sin efectuar la actualización de cada año a partir del 01 de enero de 2014. Por lo tanto, se deberá adicionar la providencia en ese sentido.

De otro lado, cuestiona la negativa frente a las pretensiones principales y el primer grupo de pretensiones subsidiarias, con las cuales se propendía por la declaratoria de un contrato de arrendamiento o de suministro, señalando, que ante la falta de contestación de la demanda, el artículo 97 del C.G.P. imponía tener por ciertos los hechos en los que se afirma la existencia de tal relación contractual y con ello acceder a lo solicitado por la demandante.

Cita además la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 30 de junio de 2010², y asegura, que está probado en el expediente que en más de cuatro ocasiones la parte demandante requirió a CAUCATEL para el pago del uso de la infraestructura, y no obstante ello la demandada continuó utilizando la misma, comportamiento éste del cual se puede inferir *"su expresa y consciente aceptación"* de usar dicha infraestructura *"con el correspondiente pago que hoy a partir del año 2013 como lo señala certeramente la sentencia, se encuentra completamente regulada"*.

Que la demandada omitió contestar la demanda, y solo en la etapa de alegatos expuso escuetamente que se trata de una servidumbre tácita y derechos adquiridos, argumentos sin soporte probatorio alguno.

Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1973 del C.C., aplicable al caso con fundamento en lo normado en el artículo 822 del C.Co., son características del contrato de arrendamiento su naturaleza consensual y onerosa, aspectos que están demostrados en el proceso, en especial por los efectos del artículo 97 del C.G.P., evidenciándose que CAUCATEL hacía uso de la infraestructura y que se reclamaba el precio debido, el cual la demandada se ha negado a pagar, máxime cuando desde el año 2013, el precio de esa relación contractual está legalmente regulado a través del artículo 10 de la Resolución 4245 de 2013, por lo que era procedente declarar la existencia de esa clase de contrato, su incumplimiento, y las consecuencias derivadas del mismo.

Dice que con fundamento en el artículo 97 del Estatuto Procesal, también se encuentran configurados los elementos del contrato de suministro regulado por el artículo 968 del C.Co., en tanto CAUCATEL ha hecho uso sistemático de la

² MP. WILLIAM NAMÉN VARGAS.

infraestructura, *"luego ese elemento de periodicidad de poner a disposición del otro el uso de una cosa determinada en el tiempo y hacerlo de forma sistemática como ha quedado acreditado, justificaba la declaratoria de existencia de esa relación de suministro"*, y en lo concerniente al precio, *"no podía obviar la sentencia lo dicho en el artículo 970 del mismo C.Co."*, y el artículo 10 de la Resolución No. 4245 de 2013, con lo que se demuestra el contrato invocado, y por lo tanto *"debía consecuentemente con ello declararse la existencia de tal relación mercantil en caso de que no fuera un arrendamiento la que resultase probada"*.

Que las únicas razones expuestas en el fallo para negar la prosperidad del comentado grupo de pretensiones, obedecen a un oficio del año 2018 donde al parecer la compañía CEO manifiesta que no había suscrito o celebrado algún contrato, sin que ello desvirtúe la relación contractual que se pide declarar entre LAZUS y CAUCATEL, por el servicio efectivamente prestado o la permisión de la utilización de los activos a cambio una contraprestación remunerada, estando la actora legitimada para demandar como consecuencia de la cesiones a ella realizadas.

Refiere, que *"era evidente que de conformidad con el artículo 1602 del código civil si se había conformado una relación de tipo contractual por el hecho de las cosas"*, conforme lo explica la Corte en la citada sentencia del año 2010, puesto que la exteriorización de la voluntad se puede obtener no solamente por un documento o acto solemne, sino también de los actos que se reputan comerciales, como lo es la oferta de contrato que se le hizo a la parte demandada, su absoluto silencio frente a ese ofrecimiento, y la sistemática utilización de la infraestructura de LAZUS por la que se debía cancelar un precio.

Que en relación a la prueba de los valores correspondientes al servicio que debía pagar CAUCATEL, se cuenta con el juramento estimatorio de la demanda que no fue objetado por la contraparte, y de conformidad con el artículo 206 del C.G.P. hace prueba de su monto, lo que le permitía a la Juez despachar favorablemente las pretensiones principales y el primer grupo de pretensiones subsidiarias.

Por lo anterior solicita, revocar el fallo de primer grado, para en su lugar acoger los primeros pedimentos correspondientes a la existencia de un contrato de arrendamiento, así como las pretensiones consecuenciales de condena, o si ello no fuera de recibo, declarar la existencia del contrato de suministro exactamente con las mismas consecuencias del incumplimiento, y de no acceder a ello,

revocar parcialmente el fallo apelado, en lo que se refiere al segundo grupo de pretensiones subsidiarias sobre la teoría del enriquecimiento sin causa, exclusivamente en cuanto al monto al que fue condenada la parte demandada, para dar paso a aplicar integralmente la estimación jurada que aquella no objetó, o en subsidio que se ordene la actualización de dicha condena de conformidad con el parágrafo segundo de la Resolución No. 4245 de 2013, esto es, haciendo año por año su actualización a partir del 1 de enero del año 2014 con el incremento del IPP (Índice de Precios al Productor Total) correspondiente.

4.1.1. Complementó su intervención por escrito (fls.317 a 335), señalando, que el uso comprobado de la infraestructura por parte de CAUCATEL ininterrumpidamente desde el año 2011, *"debió ser analizado por el despacho como una exteriorización de la voluntad de la demandada de celebrar y ejecutar un contrato de arrendamiento"*, y por lo tanto *"la inexistencia de un acuerdo verbal o escrito, no conlleva a la inexistencia de acuerdo alguno ante el principio de libertad de forma que rige las relaciones mercantiles como es para el caso de LAZUS y CAUCATEL"* (art. 824 C.Co.).

Que si bien es cierto que las partes no acordaron de manera expresa una contraprestación por el uso de la infraestructura, *"no debe olvidarse que bajo el artículo 824 del C.Co. las partes pueden obligarse de cualquier forma inequívoca, por lo que en el presente caso el precio era un precio regulado por la Resolución CRC 4245 de 2013"*, y con ello se hallan acreditados los dos elementos esenciales del contrato de arrendamiento, por lo que debía accederse a esa pretensión y las demás consecuenciales, ante la falta de objeción al juramento estimatorio.

Que de llegar a considerarse que no es posible acceder a la declaratoria del contrato de arrendamiento, debe examinarse la presencia de los elementos esenciales del contrato de suministro, que igualmente están plenamente demostrados, toda vez que existe una prestación continua e ininterrumpida de la infraestructura de la que se ha venido sirviendo CAUCATEL para la prestación del servicio de telecomunicaciones, y el precio se encuentra regulado por la Resolución No. 4245 de 2013, ejecutando las partes de manera implícita esa relación contractual.

Que en caso de descartarse la aplicación de la mencionada Resolución para el tema del precio, puede acudir al artículo 970 del C.Co., disposición que sule ese aspecto en materia de contratos de suministro, lo que conlleva la prosperidad de esa primera pretensión y las derivadas de ella, con apoyo en los mismos argumentos aducidos para los primeros pedimentos.

Insiste en la obligatoriedad de aplicar las consecuencias procesales por la falta de objeción al juramento estimatorio en los términos del artículo 206 del C.G.P., frente a las sumas reclamadas tanto en las pretensiones principales como en las subsidiarias, por lo que debe accederse a los montos ahí solicitados.

De otro lado refiere, que el cálculo realizado por la Juez para imponer la respectiva condena no fue acertado, toda vez que los valores pedidos por la parte demandante no desconocen el tope tarifario establecido en el artículo 10 de la Resolución CRC 4245 de 2013, por el contrario se dio plena aplicación a los mismos, cosa distinta es que la falladora no tuvo en cuenta que dichas tarifas son del año 2013 y deben actualizarse año a año con base en el Índice de precios al productor – IPP, lo que impide efectuar una cuantificación “lineal” como lo hizo el Despacho.

Por lo anterior solicita, que en caso de no accederse a las pretensiones principales o a las primeras subsidiarias, mantener la decisión de declarar la existencia de un enriquecimiento sin causa de la demandada, pero ajustar el valor de la condena proferida en contra de CAUCATEL a la totalidad de los valores pedidos en el libelo hasta la fecha del fallo de segunda instancia, además de la condena en costas al extremo pasivo.

4.2. A su turno la parte demandada apela la sentencia, expresando su inconformidad con la condena impuesta por las segundas pretensiones subsidiarias, manifestando, que no se acompañó prueba de la existencia de un contrato o convenio por parte de LAZUS con CAUCATEL, y tampoco de que CEDELCA como propietaria de la infraestructura efectuara algún requerimiento a la demandada.

Que desde el año 1997, a raíz de la necesidad de implementar esa infraestructura en el suroccidente de Popayán, región de escasos recursos de estratos 1 y 2, CEDELCA permitió que CAUCATEL realizara las instalaciones sin que mediara ningún pacto o requerimiento, sino una servidumbre tácita de redes y de tránsito a título gratuito (art. 888 C.C.) tal y como se mencionó en los alegatos de conclusión, pues no se hizo ningún contrato sino que por las necesidades de la ciudad en ese momento, CEDELCA simplemente permitió que CAUCATEL iniciara las instalaciones en su infraestructura, y después de 14 años se pretende que la demandada realice unos pagos sin haberse celebrado un contrato de arrendamiento que justifique esa reclamación.

Frente a las pretensiones subsidiarias, aduce que debe aplicarse el principio del derecho conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y en ese orden, al no encontrarse probada la relación contractual entre LAZUS y CAUCATEL, tampoco puede predicarse un enriquecimiento sin causa por parte de esta última.

Agrega, que la condena se soporta en obligaciones inexistentes o sin sustento probatorio, por lo que el fallo no se encuentra ajustado a derecho, y si bien el artículo 10 de la Resolución No. 4245 de 2013 establece los parámetros para determinar el precio del alquiler de la infraestructura, para dar aplicación a los mismos debe estar acreditada la existencia de un contrato de arrendamiento, lo cual no se demostró, toda vez que sin que mediara ningún tipo de convenio, CEDELCA siempre permitió que CAUCATEL por medio de su infraestructura prestara el servicio público de telefonía, convirtiéndose en *“una obligación natural”*.

Que aunque la demandante administra la infraestructura del operador CEO y de propiedad de CEDELCA, ello no es óbice para afirmar que se presenta un enriquecimiento sin causa por parte de la demandada, dado que la demandante es una mandataria *“que está actuando en nombre propio y no por conducto de la COMPAÑÍA DE ENERGÍA DE OCCIDENTE o CEDELCA”*, no tiene autorización para elevar ese tipo de pretensiones, y solo serían esas dos compañías quienes eventualmente podrían solicitar el reconocimiento de determinada relación contractual o presentar alguna reclamación a través de un proceso declarativo.

Que es cierto que de conformidad con el artículo 97 en concordancia con el artículo 372, la no comparecencia de la parte demandada implica tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión, sin embargo los hechos que tuvo por probados el despacho de ninguna manera sustentan el enriquecimiento sin causa atribuido al extremo pasivo y en detrimento de la demandante, *“puesto que no se ha probado una obligación dineraria que surja de un acuerdo de voluntades expreso o tácito”*.

Que LAZUS carece de títulos ejecutivos y títulos valores para hacer exigible obligaciones en contra de CAUCATEL, y no puede pretenderse que con una declaratoria de enriquecimiento sin causa *“se genere una obligación fundamentada en una relación contractual declarada no probada”*, aunado que *“operaría el fenómeno de prescripción extintiva ordinaria”*.

Por último, indica, que al proferir el fallo la Juez observó que no está probado en más del 50% el juramento estimatorio, no obstante omitió dar aplicación a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 206 del C.G.P.

4.2.1. Adiciona los motivos de reparo por escrito (fls.336 a 340), manifestando, que LAZUS COLOMBIA S.A. no es propietaria de la infraestructura de las redes sino una mandataria de CEO, mientras que la titular de las mismas CEDELCA S.A., quien sería la única legitimada para demandar, no ha realizado ninguna reclamación en los más de 20 años que la demandada ha prestado el servicio a la comunidad, por lo que imponer una condena a CAUCATEL y en favor de LAZUS, sí generaría un enriquecimiento sin causa para esta última.

Que no se demuestra por ningún medio la existencia de vínculo contractual de CEDELCA, CEO o de LAZUS con CAUCATEL, del que emanen obligaciones a su cargo.

Que tampoco existe un cobro o factura ni convenio que soporte las reclamaciones de LAZUS, y en tal virtud no se configura un detrimento a esa sociedad, ni mucho menos el enriquecimiento sin causa reconocido en la sentencia.

Discrepa igualmente de los parámetros utilizados por la falladora para determinar el precio por el alquiler de la infraestructura, sin contar con un dictamen pericial *"sobre el inventario de los elementos que tiene la demandada en la infraestructura de propiedad de CEDELCA, ya que pueden existir postes que pertenecen a ésta, otros que son de propiedad de la Administración Municipal de Popayán, incluso de CAUCATEL, o que en su defecto no se esté utilizando el servicio y sin lograr demostrar ni probar que existiera un contrato de arrendamiento, tal y como lo estableció la sentencia, requisito sine qua non para hacer esa liquidación, pues era necesario que quedara demostrado en el plenario un contrato de arrendamiento o convenio alguno, hecho que no fue probado para poder hablar de una liquidación como la que hizo el despacho"*.

Afirma que el Juzgado incurre en una contradicción al determinar que no se logró demostrar una relación contractual, pero calcula la condena con base en las tarifas establecidas para el cobro de un "arrendamiento" de postes y ductos en la Resolución CRC 4245 de 2013, y omite aplicar lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 206 del C.G.P., al determinar que no está probado más del 50% del juramento estimatorio.

5. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Con posterioridad a la admisión de la alzada, se puede destacar la siguiente:

5.1. Por auto del 13 de febrero de 2020 (fl. 14 c. del Tribunal), se dispuso reconocer como **sucesora procesal de la demandante** LAZUS COLOMBIA S.A.S. a la **SOCIEDAD COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S.**³

5.2. Mediante proveído datado el 09 de marzo de 2020 (fl. 16 c. del Tribunal) se dispuso la prórroga del término para proferir sentencia de segunda instancia, y el 3 de julio siguiente (fl. 19 lb.), una vez culminada la suspensión de los términos civiles dispuesta a nivel nacional por el Consejo Superior de la Judicatura con ocasión de la pandemia Covid-19, se corrió traslado para la sustentación escrita de la apelación, oportunidad en la que se pronunciaron ambos apelantes.

5.3. SUSTENTACIÓN DE LAS ALZADAS (fls. 26 a 36 y 39 a 42 c. del Tribunal). Los impugnantes presentaron sus respectivos memoriales, cuyos textos corresponden en esencia a los mismos escritos de reparos concretos allegados ante el Juez de primer nivel.

Además de lo anterior, el apoderado de la parte demandante presentó replica a la alzada incoada por su contraparte, señalando, que CAUCATEL no contestó el libelo y no acreditó por ningún medio los planteamientos esbozados de manera tardía en los alegatos de conclusión y a través del recurso de apelación, concretamente lo concerniente a la supuesta servidumbre tácita y gratuita que dice existe en su favor; que LAZUS se halla legitimada para demandar en virtud de las facultades otorgadas a través del contrato de colaboración empresarial y al amparo de la regulación expresa consagrada en la Resolución CRC 4245 de 2013, aplicable al acceso y uso de la infraestructura cuyos derechos de uso, goce y paso ostenta la demandante; que es equivocado considerar la improcedencia del enriquecimiento sin causa por no existir vínculo contractual entre las partes, pues es precisamente esa carencia de causa o contrato, el presupuesto principal para que opere tal detrimento patrimonial por el uso de la infraestructura por parte de CAUCATEL sin reconocer valor alguno a la actora; y con relación a la aplicación de lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 206 del C.G.P., reitera que el valor estimado en la demanda se ajusta a los topes señalados en la referida Resolución, por lo que la falladora erró en el cálculo del valor a cancelar por CAUCATEL, y en ese orden, la consecuencia procesal aludida sería improcedente en este caso.

³ Que según certificado de existencia y representación legal, absorbió mediante fusión a LAZUS COLOMBIA S.A.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales tales como la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la demanda en forma, están satisfechos en éste asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta éste momento ni en primera ni en segunda instancia, ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a ésta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de las apelaciones formuladas en contra del fallo proferido por la a quo bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del C.G.P., sin que se adviertan limitaciones para resolver la alzada como quiera que ambas partes apelaron la sentencia (inciso segundo del Art. 328 ibídem).

3. En principio y de acuerdo con los reparos concretos expuestos por los impugnantes, los **problemas jurídicos** que corresponde resolver a esta colegiatura se centran en determinar: i) si LAZUS COLOMBIA S.A.S. (hoy SOCIEDAD COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S.) se encuentra legitimada para promover la presente acción en contra de CAUCATEL S.A. E.S.P.; ii) si se encuentra acreditada la existencia de un contrato de arrendamiento o de suministro entre las partes, que permita acoger la pretensión declarativa principal y/o la primera subsidiaria y analizar las pretensiones consecuenciales derivadas de las mismas; en caso negativo, iii) si fue acertada la determinación de la funcionaria de primer nivel al reconocer el enriquecimiento sin causa de CAUCATEL S.A. E.S.P. en detrimento de la demandante; en cuyo evento se establecerá, iv) si es procedente acceder a la condena por los valores reclamados a título de compensación en la demanda; en caso negativo, v) si la condena impuesta por la a quo se encuentra ajustada a derecho, y de no ser así, si hay lugar a efectuar la corrección pertinente; y por último, vi) si es procedente imponer a la parte demandante la sanción de que trata el inciso cuarto del artículo 206 del C.G.P.

4. La tesis de la Sala es, que la demandante carece de legitimación en la causa para accionar por la vía civil en contra de CAUCATEL S.A. E.S.P., pues a la no acreditación de la existencia de los contratos por ella deprecados –en lo que puede considerarse atinado el fallo impugnado–, fue desacertado el reconocimiento del enriquecimiento sin causa pedido por la actora –aunque no propiamente por lo

argüido por la demandada-, lo que conlleva a denegar todas las pretensiones de la demanda.

4.1. Para soportar la anunciada tesis, sea lo primero retomar el concepto general de **legitimación en la causa**, que la jurisprudencia define en los siguientes términos:

*"La legitimación en la causa, elemento material para la sentencia estimatoria –o, lo que es lo mismo, una de las condiciones sustanciales para el éxito de las pretensiones–, denota la correspondencia entre los extremos activo y pasivo del derecho sustancial reclamado, con los extremos activo y pasivo de la relación procesal mediante la cual se pretende su instrumentalización. **La legitimatio ad causam se estructurará cuando coincidan la titularidad procesal afirmada en la demanda y la sustancial que otorgan las normas jurídicas de ese linaje.***

No basta, pues, con la auto atribución o asignación del derecho por parte del demandante en su escrito inicial, lo cual explica que la legitimación se ubique en los presupuestos materiales para la sentencia de fondo estimatoria, y no en los presupuestos procesales de la acción –que son condiciones formales para el válido desarrollo de la relación instrumental–.

Sobre esta temática, la Corte ha expuesto, reiteradamente, que

*«la legitimación en la causa (...) "es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto **alude a la pretensión debatida en el litigio** y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste" (Cas. Civ. Sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), en tanto, "según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la 'legitimatio ad causam' consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)" (CXXXVIII, 364/65)» (CSJ SC, 13 oct. 2011, rad. 2002-00083).*

Más recientemente se insistió en que la legitimación en la causa

*«corresponde a "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)" (...), aclarando que "el acceso a la administración de justicia como garantía de orden superior (artículo 229 de la Constitución Política), para su plena realización, requiere **que quien reclama la protección de un derecho sea su titular, ya sea que se pida a título personal o por sus representantes, pues, no se trata de una facultad ilimitada.** Ese condicionamiento, precisamente, es el que legitima para accionar y, de faltar, el resultado solo puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión" (CSJ SC14658, 23 oct. 2015, Rad. 2010-00490-01; en ese mismo sentido: CSJ SC, 1º jul. 2008, Rad. 2001-06291-01).*

*Y añadió: "la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto **conciene con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia***

desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo" (CSJ SC, 14 Mar. 2002, Rad. 6139)» (CSJ SC16279-2016, 11 nov.)"⁴ (Resaltado fuera del texto)

Quiere decir lo anterior, que la legitimación – bien sea activa o pasiva- deberá examinarse a la luz de la pretensión que se persigue, pues constituye un presupuesto sustancial para la prosperidad de lo pedido.

4.2. En el asunto de marras, la parte demandada a través del recurso de apelación cuestiona la legitimación en la causa por activa de LAZUS COLOMBIA S.A.S., bajo el argumento de que aquella es una simple "mandataria" de la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P., que no existe ningún vínculo contractual entre las partes que justifique las pretensiones elevadas en contra de CAUCATEL, que la demandante no es la titular de la infraestructura que la demandada viene utilizando de manera ininterrumpida desde hace más de 20 años con la aquiescencia de la dueña CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. – CEDELCA S.A. E.S.P., y que si acaso las únicas personas jurídicas legitimadas para efectuar alguna reclamación serían CEDELCA S.A. E.S.P. o la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.

4.2.1. Del texto de la demanda se advierte, que la sociedad LAZUS COLOMBIA S.A.S., funda su derecho a reclamar el pago de renta, precio o compensación por el uso que CAUCATEL viene realizando de la infraestructura para servicios de telecomunicaciones, en el **"contrato de colaboración empresarial No. GG-169A-2011"** (fls. 18-48) suscrito el 01 de agosto de 2011 entre PROMIGAS TELECOMUNICACIONES S.A. - PROMITEL (quien luego cambió su razón social a LAZUS COLOMBIA S.A.S. según certificado de existencia y representación legal –fl. 3, y otro sí de fecha 26 de febrero de 2015 – fl. 50) y **COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P.**, mediante el cual esta última le cede a la primera *"los derechos de uso, goce, y paso sobre la infraestructura SRT y la infraestructura SRT futura para la instalación de redes de telecomunicación"*, prerrogativa que al tenor de la cláusula segunda del referido convenio comprende **"la facultad de utilizar directamente de manera exclusiva o contratar con terceros la facultad de utilizar la infraestructura SRT"**.

4.2.2. Los derechos de los que dispuso la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. E.S.P. en favor de PROMITEL, los obtuvo en virtud del **"contrato de gestión"** suscrito el 28 de junio de 2010 con CENTRALES ELÉCTRICAS DEL CAUCA S.A. E.S.P. –

⁴ CSJ SC3598-2020, 28 sept. 2020, rad. No. 73001-31-03-006-2011-00139-01 MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

CEDELCA S.A. E.S.P. (fls. 239 a 277), mediante el cual la segunda como titular de las redes de infraestructura, entregó a la primera a título de "arrendamiento", **"los activos y el uso y goce de la infraestructura de los servicios públicos de distribución y comercialización"**, y esa Compañía a quien se denomina en el contrato como "EL GESTOR", por su cuenta y riesgo asumió *"la gestión administrativa, operativa, técnica y comercial, la inversión, ampliación de coberturas, rehabilitación y mantenimiento preventivo y correctivo de la infraestructura, y demás actividades necesarias para la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento del Cauca"* (cláusula tercera).

4.2.3. En la cláusula 8.2. del precitado contrato se establecieron las siguientes **LIMITACIONES:**

*"8.2. Limitaciones y prohibiciones en relación con la infraestructura: **EL GESTOR no podrá subarrendar o entregar, a cualquier título, todo o parte de la infraestructura.***

*Lo anterior, **salvo lo relacionado con la infraestructura de Postería la cual por norma regulatoria podrá ser arrendada a otros operadores de servicios públicos, en los términos y condiciones señaladas en la regulación respectiva.***

Así mismo, tampoco podrá enajenar, gravar ni limitar de cualquier forma el derecho de dominio, transferir la propiedad, o entregar a cualquier título, todo o parte de los activos del GESTOR..."

4.2.4. Analizado el contenido de ambos convenios, considera la Sala que aunque no le asiste la razón a la demandada cuando plantea que solo la COMPAÑÍA DE ENERGÍA DE OCCIDENTE o CEDELCA –y principalmente esta última-, estarían autorizadas para presentar alguna reclamación en su contra, por el uso que viene haciendo desde antaño de la denominada **infraestructura SRT (Soporte de Redes de Telecomunicaciones)**, a la postre la aquí demandante carece de la legitimación requerida para accionar directamente por la vía judicial en la forma en la que lo hizo.

4.2.5. Para lo primero basta remitirse tanto al clausulado como al historial de tales negociaciones para verificar que CEDELCA -propietaria de la infraestructura y a quien la empresa demandada reconoce como tal ¡-, fue intervenida desde hace más de dos décadas por la Superintendencia de Servicios Públicos, entidad que tomó posesión de aquella en los años 1999 y 2005 ⁵, siendo dentro de dicho contexto que posteriormente CEDELCA S.A. E.S.P. ⁶ y la COMPAÑÍA ENERGÉTICA DE OCCIDENTE S.A.S. –en adelante CEO- suscribieron el denominado "contrato de

⁵ Cláusula 2 o de "antecedentes" del Contrato de Gestión.

⁶ A través de quien fuera designada por la Superintendencia de Servicios públicos como Agente Especial y representante legal.

gestión" en junio de 2010, en virtud del cual ésta última no solo recibió a título de arrendamiento, el uso y goce de la infraestructura de aquella, sino que quedó habilitada para a su vez arrendar la infraestructura de postería "**a otros operadores de servicios públicos, en los términos y condiciones señaladas en la regulación respectiva**".

4.2.6. También por vía contractual, esta vez a través del denominado "contrato de colaboración empresarial No. GG-169A-2011" las señaladas prerrogativas para el uso y goce de la mencionada infraestructura pasaron de CEO a PROMITEL (Laxus) en los términos atrás reseñados y pactando además entre las mismas como obligaciones a cargo de PROMITEL (LAZUS) de manera taxativa las siguientes:

"realizar todas las gestiones necesarias frente a terceros para la utilización de la infraestructura SRT para tendido de redes de telecomunicaciones, así como adelantar todas las acciones judiciales y extrajudiciales para proteger sus derechos. LA COMPAÑÍA colaborará con PROMITEL en esta labor, proporcionándole información y otorgándole los poderes que para ello requiera" (literal c. sección 4.0.1. artículo 4); "suscribir contratos con terceros mediante los cuales les permita el uso de la infraestructura SRT para tendido de redes de telecomunicaciones y hacer las gestiones necesarias para realizar las renegociaciones que considere pertinentes plantear a dichos contratos. PROMITEL deberá permitir el uso de la infraestructura SRT y la infraestructura SRT Futura a otros operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, siempre y cuando cumplan con las condiciones del presente contrato, se tenga la disponibilidad correspondiente, sea técnicamente viable, exista acuerdo sobre las contraprestaciones a pagar y las condiciones de uso" (literal d. lb.); e "iniciar y tramitar las acciones tendientes a que los terceros operadores de telecomunicaciones, retiren los cables de su propiedad cuando se configure incumplimiento del contrato de arrendamiento de infraestructura eléctrica y/o se ponga en riesgo la operación eléctrica" (literal e. lb.)

4.2.7. A tono con lo anterior, la conmutatividad del indicado "contrato de colaboración empresarial No. GG-169A-2011", se ve reflejado entre otras en el literal b) de la sección 4.03 del mismo, en el que aparece estipulada entre CEO y PROMITEL (LAZUS) la distribución de los dineros que se recaudaran por el "uso de infraestructura SRT por parte de terceros" a partir de la firma del convenio, en porcentaje del 60% para PROMITEL y 40% para la Compañía.

4.2.8. Con todo ese amplio soporte, que respalda la legitimación de la demandante para por lo menos intentar las reclamaciones a terceros por el uso que estos hacen de la mencionada infraestructura SRT, en donde además se evidencia que LAZUS no era una mera mandataria de CEO, como

equivocadamente llega a manifestarlo la demandada –pues el contrato de colaboración empresarial entre estas, expresamente se diferenciò de dicha tipología contractual ⁷- no es de recibo por tal aspecto la impugnación de CAUCATEL.

4.3. Pero el hecho de reconocer en términos amplios la legitimación que de manera general –más no específica como se seguirá viendo- le asiste a LAZUS COLOMBIA S.A.S. para reclamar contra CAUCATEL por el uso de la denominada infraestructura SRT, no permitía por sí solo despachar favorablemente sus primeros pedimentos, como acertadamente lo resolvió respecto de estos la *a quo*, en donde a la postre, no llegó a acreditarse la titularidad del derecho sustancial específicamente reclamado en tales segmentos de la demanda, pues como pasa a verse, pese a sus esfuerzos argumentativos, la demandante no logró demostrar las invocadas calidades de arrendadora o proveedora a las que por vía de presunción aspiró a acceder.

4.3.1. De manera principal y como primera pretensión subsidiaria, la actora pretende que se declare la existencia de un contrato de arrendamiento o de suministro entre las partes, debiendo demostrar los elementos esenciales de esos dos tipos de contratos, de donde se desprenda su presunta calidad de arrendadora o proveedora de la infraestructura de la cual viene haciendo uso CAUCATEL S.A. E.S.P., y la condición de arrendataria o suministrada de esta última, para la prosperidad de sus pedimentos.

4.3.2. Frente a este punto, la parte demandante plantea que ante la falta de contestación de la demanda, en aplicación de la presunción de certeza sobre los hechos de libelo susceptibles de confesión de que trata el artículo 97 del Estatuto Adjetivo ⁸, y el comportamiento que asumió CAUCATEL frente a los requerimientos que LAZUS efectuó en su oportunidad (art. 824 C.Co. ⁹), resulta suficiente para tener por demostrados los presupuestos de cualquiera de los dos tipos de contratos cuyo reconocimiento se deprecia, aseveración con la que no concuerda esta Colegiatura por las siguientes razones:

⁷ Sección 5.02, literal C del referido Contrato, cuyo tenor expresa: “El presente contrato se suscribe para cumplir fines económicos diferentes, de conveniencia mutua, a favor de ambas partes,...**en ningún caso se considerará que exista entre ellas un nexo de subordinación, laboral o comercial, ni de representación, que dé lugar a obligaciones surgidas del mandato, representación o agencia...**”.

⁸ “ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA. **La falta de contestación de la demanda** o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, **harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda**, salvo que la ley le atribuya otro efecto...”

⁹ El principio de consensualidad en materia comercial.

4.3.3. De conformidad con lo previsto en el artículo 1973 del C.C., el **arrendamiento** es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

En el caso concreto, y aclarado como está para la judicatura que LAZUS COLOMBIA S.A. estaba facultada para "conceder" el uso de la infraestructura efectivamente ocupada por CAUCATEL, en todo caso no se logró acreditar el vínculo contractual concreto con el que se dice fue desplegada tal facultad, ni la contraprestación a la que presuntamente se obligó "voluntariamente" CAUCATEL por dicho uso.

En efecto, **de lo expuesto en la demanda de ninguna manera se deduce una aceptación, conformidad o allanamiento de la parte demandada, a "pagar" o "reconocer" una renta o precio por la utilización de la infraestructura en favor de la demandante o de un tercero**, por el contrario, como se señala enfáticamente en el libelo, LAZUS no recibió respuesta alguna por parte de CAUCATEL frente a los múltiples requerimientos realizados por la demandante tendientes a formalizar esa supuesta relación contractual y concertar el pago de un precio, y tal silencio en lo absoluto puede entenderse como un reconocimiento tácito o implícito de una obligación pecuniaria a cargo de la demandada, ni mucho menos permite inferir su intención o disposición de celebrar algún convenio con la contraparte.

4.3.4. Misma conclusión aflora respecto a la pretensión de declaración del contrato de **suministro**, que según el artículo 968 del C.Co. también requiere una "contraprestación" a cargo del suministrado por el hecho de recibir la prestación periódica o continuada de cosas o servicios, obligación ésta que como se indicó en párrafo anterior, no se puede deducir del comportamiento silente o desentendido que asumió CAUCATEL frente a las misivas de LAZUS.

4.3.5. Por lo tanto, al tratarse de contratos bilaterales que exigen la exteriorización de voluntades de ambos contratantes respecto de las obligaciones a su cargo, y en vista de que no se cuenta con ningún medio suasorio de donde se desprenda inequívocamente la intención de la demandada de pagar una renta o precio por el uso de la infraestructura a la demandante, o al menos del reconocimiento expreso o tácito que hiciere a esta última como su arrendadora o proveedora, se tiene que las pretensiones declarativas de esos negocios jurídicos están llamadas al fracaso.

4.3.6. Es insuficiente para tales fines, en lo que al caso en concreto se refiere tanto la presunción derivada del artículo 97 del CGP -que para el sub examine se vio reiterada por la del numeral 4° del 372 del C.G.P., como quiera que CAUCATEL además de no contestar la demanda tampoco asistió a la audiencia inicial ¹⁰- como la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio del 2010 invocada por la parte actora en apoyo de sus primeras pretensiones.

4.3.7. La primera, porque al erigirse la presunción de certeza respecto de los hechos de la demanda que pudieran admitir confesión y no propiamente en relación de las pretensiones, los hechos del libelo incoatorio del presente juicio, por más ciertos que se les tenga por vía de presunción, lejos quedan de acreditar la celebración de cualquiera de los contratos que unilateralmente aduce la parte actora.

4.3.8. Basta remontarse a los hechos de la demanda, para constatar que los intentos de la demandante para formalizar mediante la celebración de un contrato de arrendamiento, la utilización de la infraestructura de postes de propiedad de CEDELCA que la demandada venía haciendo con anterioridad incluso a que LAZUS se legitimara para adelantar cualquier reclamación al respecto ¹¹, no llegó a cristalizar ni en esa forma, ni bajo la especie contractual que subsidiariamente se demanda (el suministro), pues tales intentos no pasaron de la presentación de la propuesta que fuera cursada con tal propósito por la accionante, a la que no dio aceptación ni expresa, ni tácita la demandada, que simplemente conservó el *statu quo* preexistente, lo que en modo alguno, y ni siquiera por la vía del art. 97 del CGP puede tenerse en el caso concreto como *"un hecho inequívoco de la ejecución del contrato propuesto"* (Art. 854 C. de Co.).

4.3.9. Tan patente es la ausencia de cualquier contrato que mediara entre las partes, que antes de acudir a la jurisdicción, la propia demandante acudió

¹⁰ "ARTÍCULO 372. AUDIENCIA INICIAL... 4. **Consecuencias de la inasistencia.** La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; **la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda**".

¹¹ Hecho 4 de la demanda, conforme al cual: **"CAUCATEL como compañía de telecomunicaciones, se encontraba utilizando la infraestructura de postes de CEO para la fecha en que se celebró el contrato de colaboración y cuyo derecho de uso y goce fue conferido a LAZUS, quien en virtud de la titularidad conferida sobre dicha infraestructura presentó una propuesta de contrato de arrendamiento de infraestructura a CAUCATEL..."**.

coadyuvada por su antecesora (CEO) a la vía policiva en pos de la restitución de la mencionada infraestructura (Hecho 14 de la demanda).

4.3.10. Por razones semejantes, es que no cambia en nada el panorama de esta litis, con los conceptos jurisprudenciales de la sentencia invocada por la demandante, la cual, además de no comportar analogía fáctica con el caso sub examine, sirve incluso más, para refrendar la negativa de la declaratoria aquí pedida que para acogerla. En el caso del que allí conoció la Sala de Casación Civil ¹², se deprecó la declaratoria de una "sociedad de hecho" y condenar a la demandada en ese pleito a pagar utilidades por lo mismo, pretensiones que no prosperaron ni en las instancias ni en sede de casación, pese a que la Corte luego de exponer sobre la teoría de las "relaciones contractuales de hecho" y de concluir que *"salvo norma en contrario el acto dispositivo podrá expresarse por los hechos, el simple contacto, el comportamiento, la conducta o la ejecución práctica de sus elementos esenciales, y toda otra forma idónea admitida por el ordenamiento, usos y prácticas del tráfico jurídico, en cuanto evidencie y contenga la disposición de intereses."*, encontró que la validez de tal premisa no llevaba en todo caso a cambiar la suerte de ese litigio, como igualmente puede predicarse de este, en donde **brilla por su ausencia la ejecución práctica que en algún momento, anterior o posterior a la propuesta de contrato de arrendamiento que le hiciera la demandante, desarrollara la demandada los elementos esenciales de dicha figura contractual, o que se evidenciara por los hechos, de manera inequívoca la disposición de sus intereses bajo dicho marco negocial.**

4.3.11. No hay lugar a rebatir por lo tanto, lo decidido por la *a quo* en relación con las pretensiones principales y primeras subsidiarias de la demanda de la referencia.

4.4. Persiste la polémica en las pretensiones que sí fueron acogidas –parcialmente– por la funcionaria de primer nivel, concernientes al **enriquecimiento sin causa**, sobre cuyos presupuestos teóricos no existe divergencia con lo expuesto en el fallo apelado, que para el efecto se apoyó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de junio del 2002, que trae un completo recuento de la línea jurisprudencial sobre dicho tema ¹³ y que no hace falta volver a citar en extenso, como quiera que ya lo hizo la *a quo*, quien tuvo por sentada la presencia de dichos postulados, básicamente el **enriquecimiento de la demandada**, el

¹² Bajo el expediente radicado con la referencia 08001-3103-014-2000-00290-01, con la ponencia del doctor William Namen Vargas.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha siete (07) de junio de dos mil dos (2002), Expediente No. 7360 SC-103-2002, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

empobrecimiento de la demandante, la correlatividad entre ambos, la ausencia de causa o de fundamento jurídico capaz de justificar el enriquecimiento; y la carencia de cualquier otra acción del interesado para remediar el comentado desequilibrio.

4.4.1. Aunque es de entrada inexacto el planteamiento de la parte demandada según el cual *"al no encontrarse probada la relación contractual entre LAZUS y CAUCATEL, tampoco puede predicarse un enriquecimiento sin causa por parte de esta última"*, **de todas formas la regla de subsidiariedad que en apariencia creyó cumplida la a quo con la negativa de las pretensiones de declaración de existencia contractual** –las principales y las primeras subsidiarias- **NO SE ENCUENTRA PRESENTE**, toda vez, que contrariamente a lo afirmado en su fallo, sí existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos para que la demandante le reclamara a la demandada por la utilización de la mencionada infraestructura.

4.4.2. Ello como quiera que con la **Ley 1341 del 2009**, se hicieron expresas una serie de reglas para la solución de controversias como la aquí sostenida, de competencia de la **CRC (Comisión de Regulación de Comunicaciones)**, que se explican en los considerandos de la **Resolución 4245 del 2013** expedida por dicha comisión, *"por medio de la cual se definen las condiciones de acceso, uso y remuneración para la utilización de la infraestructura del sector de energía eléctrica en la prestación de servicios de telecomunicaciones..."*, las cuales conviene citar con alguna extensión para mayor claridad del punto, máxime que en dicha normatividad dijo afinarse el fallo recurrido al hacer la concesión parcial de las pretensiones "segundas subsidiarias" y es también sobre la misma que la parte demandante deprecia el otorgamiento total de lo pretendido:

"Que de acuerdo con lo anterior, las funciones otorgadas a la CRC en los numerales 3 y 5 del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, relativas a la posibilidad de expedir toda la regulación tanto general como particular en las materias relacionadas con la remuneración por el acceso y uso de redes e infraestructura, así como la de definir las condiciones en las cuales podrá ser utilizada infraestructura y redes de otros servicios en la prestación de servicios de telecomunicaciones bajo un esquema de costos eficientes, se tornan así mismo aplicables a la prestación del servicio público de televisión. Que teniendo en cuenta que la CRC posee plenas facultades para definir, tanto por vía de resoluciones generales como particulares, las condiciones remuneratorias en que debe surtirse el acceso y utilización de redes e infraestructura en la prestación de servicios de telecomunicaciones y televisión, le asiste a esta Comisión la competencia para resolver mediante acto administrativo las diferencias que existan entre los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones o los operadores de televisión frente a los propietarios de la infraestructura que pretende ser utilizada por aquellos en la prestación de sus servicios, a efectos de lo cual deberá darse aplicación a lo previsto en el artículo 41 y siguientes de la Ley 1341 de 2009, que definen el procedimiento legal que en sede administrativa deberá ser observado para resolver las controversias que impidan a un proveedor de

redes y servicios de telecomunicaciones o a un operador de televisión acceder a la infraestructura eléctrica, **O DIRIMIR LAS DIVERGENCIAS QUE SE SUSCITEN DURANTE EL DESENVOLVIMIENTO DEL ACCESO Y USO A LA INFRAESTRUCTURA DEL SECTOR DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR PARTE DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** o de los operadores de televisión **PARA LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS UNA VEZ EL ACCESO SE HAYA PRODUCIDO.**

(...)

Que la determinación de la remuneración por concepto de compartición de la infraestructura susceptible de ser utilizada para la provisión de servicios de telecomunicaciones y/o de televisión será la que resulte de la libre negociación entre los propietarios de dicha infraestructura y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y/o de televisión que las llegasen a solicitar, estando la misma sujeta en todo caso a los topes establecidos en la regulación aplicable. Así las cosas, **en caso de no alcanzarse mutuo acuerdo entre las partes, la CRC definirá las condiciones en que la compartición será llevada a cabo, con base en la metodología de contraprestación económica que se determina en la presente resolución** (...). (Resaltados de la Sala).

4.4.3. Y ya en el texto de su articulado, tanto la ley como la resolución en cita, consagraron expresamente reglas para la solución de este tipo de controversias, la primera en sus arts. 41 y ss.¹⁴ y la segunda, al remitir a aquella para disponer que en caso de que el proveedor de infraestructura y el proveedor de servicios de telecomunicaciones **"no logren llegar a un acuerdo sobre las condiciones que han de regir la utilización de la infraestructura solicitada, cualquiera de las partes podrá solicitar a la CRC que inicie, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 43 de la Ley 1341 de 2009, el trámite administrativo correspondiente para dirimir la controversia surgida"** (Art. 5, parágrafo 2º, Res. 4245/2013).

4.4.4. Refulge así, que la funcionaria de primer nivel accedió a esa segunda pretensión subsidiaria de LAZUS, sin percatarse de que, contrariamente a lo que dejó sentado en su fallo, ese cuarto requisito de la acción *in rem verso* no llegó a configurarse, pues la sola negativa de declarar la existencia de los negocios jurídicos enunciados en las pretensiones principales y primer grupo de subsidiarias¹⁵ no lo actualizaba automáticamente, al existir desde antaño el mecanismo expresamente dispuesto por el legislador para ventilar ese tipo de reclamaciones y que a todas luces se muestra más idóneo para dirimir la temática planteada, dada la naturaleza técnica de la misma. Lo anterior sin dejar de mencionar que

¹⁴ En donde se establecen las reglas aplicables "a las **actuaciones administrativas de solución de controversias**", entre las que pueden destacarse, que "si no se ha logrado un acuerdo, el Director Ejecutivo de la CRC, previa solicitud de parte, iniciará el **trámite administrativo para dirimir en la vía administrativa la controversia surgida**" y que "Si alguna de las partes no presenta su oferta final en el plazo establecido, **la CRC decidirá la controversia teniendo en cuenta únicamente la oferta de la parte que cumplió y lo previsto en la regulación, con lo cual se le da fin al trámite**". (Arts. 41 a 43, Ley 1341 del 2009).

¹⁵ Negativa que desde una perspectiva integral de la demanda, estaba incluso dentro de las previsiones de la parte actora, que por lo mismo elevó un segundo grupo de pretensiones subsidiarias.

de la demanda se desprende que se llevó a cabo la "etapa de arreglo directo" (hecho 10 del libelo) que hace parte precisamente del preámbulo a la actuación administrativa prevista en la ley y la resolución mencionada, y sin que sea menester profundizar en los reparos sobre la ausencia de prueba idónea del desequilibrio económico o "empobrecimiento" que alega la parte actora a consecuencia del obrar de la demandada, y que pretendió suplir aquella con el mismo juramento estimatorio formulado para las pretensiones principales y primeras subsidiarias, al no abrirse paso tampoco las segundas subsidiarias.

4.4.5. Cabe entonces volver a retomar los predicados de la línea jurisprudencial aplicables al requisito en comento:

"...La más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso sólo en la medida en que no haya otro remedio que venga en pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa. Subsecuentemente, en el punto no es de recibo la coexistencia de acciones" (Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Exp. No. 5208).

"Por lo demás, a los elementos atrás enunciados han sido incorporadas aún otras dos condiciones, que más que componentes de la figura son requisitos para ejercer la acción a que da origen el fenómeno del enriquecimiento ilícito, como son: QUE ELLA NO SE INTENTE CONTRA DISPOSICIÓN IMPERATIVA DE LA LEY y que, dado su carácter netamente subsidiario, no se haya contado con otro medio para obtener satisfacción por la lesión injusta que le ha sido ocasionada" (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Exp. No. 7061).

Y finalmente, que,

"4) PARA QUE SEA LEGITIMADA EN LA CAUSA la acción de in rem verso, SE REQUIERE QUE EL DEMANDANTE, A FIN DE RECUPERAR EL BIEN CAREZCA DE CUALQUIERA OTRA ACCIÓN originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.

***"Por lo tanto, CARECE IGUALMENTE DE LA ACCIÓN DE IN REM VERSO EL DEMANDANTE QUE POR SU HECHO O POR SU CULPA PERDIÓ CUALQUIERA DE LAS OTRAS VÍAS DE DERECHO. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia".*"¹⁶**

4.4.6. Sirven las citas jurisprudenciales últimamente hechas, para decir que de cara al caso la demandante no se encuentra legitimada en la causa tampoco para agotar la acción de enriquecimiento incausado, al haber contado y contar aún con los mecanismos legales ya indicados para los fines por ella pretendidos.

¹⁶ En la ya citada sentencia del 7 de junio del 2002, del pie de pág. 13 ut supra.

5. Así las cosas, se responden negativamente los tres primeros problemas jurídicos propuestos, en el sentido de señalar que LAZUS COLOMBIA S.A.S. carece de legitimación en la causa para incoar la presente acción en contra de CAUCATEL S.A. E.S.P., puesto que no se demostró la existencia de contrato de arrendamiento o de suministro entre las partes, y tampoco era procedente la subsidiaria pretensión de enriquecimiento sin causa. En tal virtud y por sustracción de materia, no hay lugar a adentrarse en los subsiguientes problemas jurídicos formulados a partir de los restantes planteamientos y reparos de los apelantes.

En consecuencia, se revocarán los ordinales primero a cuarto y sexto del fallo apelado, para en su lugar negar las segundas pretensiones subsidiarias de la demanda que habían sido parcialmente concedidas en el proveído impugnado, del cual solo se confirma la negativa hecha a las pretensiones principales y al primer grupo de subsidiarias.

Por las resultas del juicio, deberá condenarse en costas de ambas instancias a la parte demandante como vencida en el mismo (núm. 1, art. 365 C.G.P.).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: REVOCAR los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto y sexto de la sentencia proferida el 24 de abril de 2019 por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, para en su lugar NEGAR las pretensiones de declaratoria de enriquecimiento sin causa y sus derivadas, allí concedidas.

Segundo: Confirmar el ordinal quinto de la providencia impugnada.

Tercero: Condenar en costas de ambas instancias a la demandante LAZUS COLOMBIA S.A.S. (hoy SOCIEDAD COLUMBUS NETWORKS DE COLOMBIA S.A.S.). Cuando a ello se proceda por parte de la Secretaría del despacho de primer grado (Art. 366 C.G.P.), inclúyase como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Acuerdo PSAA16-10554 de 2016).

Las agencias de la primera instancia serán fijadas por la Juez de primer nivel.

Cuarto: Una vez ejecutoriado el presente proveído, DEVUELVASE el expediente al despacho de origen, previas las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado
(Con aclaración de voto)

AB / JLCHP