

LAUDO ARBITRAL - Jurisdicción y competencia / LAUDO ARBITRAL - Procedencia

En materia de competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha dicho -lo cual se mantendrá-, en primer lugar, que se la han conferido los arts. 128.5 CCA. y el artículo 72 de la ley 80 de 1993, los cuales establecen que éste se surtirá ante esta Sección. No obstante, es necesario aclarar que la ley 1.150 de 2007 modificó el art. 72 de la ley 80 de 1993, variando algunos aspectos. Sin embargo, la nueva disposición mantuvo la competencia para que esta Sección conozca de este recurso. (...) Tanto en vigencia del art. 72 de la ley 80 de 1993, como con el art. 22 de la ley 1.150, esta Sección es competente para conocer de este recurso. Además del anterior criterio, y en segundo lugar, no debe olvidarse que el contrato de fiducia del caso concreto es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, porque fue celebrado por una entidad estatal - la FIDUCIARIA CENTRAL SA.-, lo que ratifica la competencia para conocer del recurso. En tercer lugar, esta conclusión se confirma con la ley 1.107 de 2006, en virtud de la cual esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la FIDUCIARIA CENTRAL SA., una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, y parte en el proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128.5 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22 / LEY 1107 DE 2006 - ARTICULO 82

ANULACION LAUDO ARBITRAL - Causales / RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Contrato estatal que se rige por el derecho privado. Causales de anulación

Para la Sala es necesario reiterar, una vez más, su criterio sobre este aspecto, a propósito del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que la FIDUCIARIA CENTRAL SA., al presentarlo, propuso las causales previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998. Se tiene que, conforme al régimen jurídico especial que gobierna a las entidades financieras, ellas aplican, en materia contractual, el derecho privado, según lo establecía el parágrafo primero del art. 32 de la ley 80 de 1993. De lo anterior se desprende que las causales de anulación del laudo, que rigen en el presente proceso, corresponden a las previstas en el Decreto 1.818 de 1998, es decir, las del derecho privado, cuestión ratificada por el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007. En esta perspectiva, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Sección, según la cual, tratándose de entidades estatales regidas por el derecho privado - entidades excluidas de la ley 80-, en materia contractual, las causales de nulidad de los laudos son las que contempla dicho régimen jurídico.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32. PARAGRAFO PRIMERO / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 22

NOTA DE RELATORIA: En este sentido ver sentencia de mayo 24 de 2006, expediente número 31024, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández, actor Acuanquioquia S.A. ESP.

RECURSO DE ANULACION - Causal cuarta. Pruebas / CAUSAL CUARTA RECURSO DE ANULACION - Condiciones. Alcance y estructura / RECURSO

DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Derecho de defensa. Pruebas / SOLICITUD DE PRUEBAS - Requisitos legales. Conducentes. Pertinentes y relevantes. Alcance limitado / SOLICITUD DE PRUEBA - Incidencia en la decisión

Causal 4: "Cuando sin fundamento legal se dejaren de practicar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas siempre que tales omisiones no tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos." Para que prospere esta causal de nulidad es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: i) que no se hayan decretado las pruebas oportunamente solicitadas o que se hubieren dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, lo anterior ii) siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. Sobre el alcance y la estructura de esta causal la Sala ha sostenido - advirtiendo que la explicación ofrecida se ha dado a propósito de la misma causal, pero contemplada en el art. 72 de la ley 80 de 1993 (...) Dado el carácter marcadamente procedimental que tiene el recurso de anulación, esta causal reivindica el derecho de defensa que tienen las partes en conflicto, ya que de esta manera se les garantiza la oportunidad de solicitar pruebas: para el convocante en la demanda y su corrección y para el demandado en el término concedido para contestar la misma. Cabe destacar, no obstante, que al tribunal no le basta decretar las pruebas; también debe agotar las diligencias necesarias para evacuarlas, sin olvidar, en todo caso, que la solicitud tiene que cumplir con los requisitos legales para su procedencia, es decir, que debe tratarse de pruebas conducentes, pertinentes y relevantes, y además que los medios solicitados no sólo estén permitidos por la ley, sino que tengan relación directa o indirecta con la controversia planteada. No obstante, no debe olvidarse que esta causal tiene alcance limitado, porque se configura sólo cuando la omisión del juzgador tiene incidencia en lo decidido. En tal sentido, ocurre en ocasiones que un medio probatorio que no se decretó no conduzca, inexorablemente, a la declaración de nulidad del laudo, como cuando simplemente redundaría en razones que coinciden con el sentido de la decisión -un testimonio por ejemplo-. Igual acontece con una prueba decretada, pero que no se practicó, tal es el caso del peritazgo no rendido, sin embargo el proceso se decide por caducidad de la acción. Estos y otros ejemplos muestran que la exigencia cualificante de la norma es razonable; de no ser así se anularían laudos arbitrales sin razón material que lo justifique, pues bastaría acreditar un error en materia probatoria para que se adopte una decisión como estas. (...) La Sala negará la solicitud de anulación del laudo, por la causal cuarta del art. 163 del decreto 1818 de 1998, porque es evidente que era innecesario practicar las pruebas que el recurrente considera que servían para demostrar los perjuicios recibidos por concepto perjuicios materiales, ya que el daño producido no provino de la conducta de los demandados - según sentenció el tribunal-. Y no cabe duda que carece de sentido reclamar la prueba del monto de la indemnización, cuando ni siquiera existe daño, ni nexo causal.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 72. NUMERAL 1 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163. NUMERAL 4

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance y estructura de la causal cuarta, pero contemplada en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, ver sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente número 28308, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández E., actor Empresa Electrificadora del Meta S.A E.S.P.- EMSA E.S.P. La Sección Tercera, en repetida jurisprudencia ha sido enfática en precisar que para tener derecho a ser indemnizado, se exige un daño - con las características

adiciones de ser directo, cierto y personal, y en materia de responsabilidad jurídica, incluida la contractual, es condición sine qua non su existencia para que proceda la indemnización, excepto tratándose del cobro de una cláusula penal o de una multa; en este sentido ver sentencia de 3 de diciembre de 2008, expediente número 16054, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, actor INCORA.

RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Causal sexta Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 / FALLO EN DERECHO - Noción / FALLO EN CONCIENCIA - Noción

Respeto de esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, solo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. En este orden de ideas, para que a un fallo se le considere en conciencia se exige que sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración al ordenamiento jurídico vigente. Con fundamento en lo señalado, y aplicado al caso concreto, considera la Sala que los argumentos formulados contra el laudo, por la causal sexta de anulación, no deben prosperar, porque no fue expedido en conciencia. En efecto, al impugnante no le asiste la razón, por cuanto el Tribunal de arbitramento llegó a la decisión basándose en el ordenamiento jurídico y no, como lo sostiene aquél, con absoluto desconocimiento de la normatividad que regula el negocio celebrado por las partes. (...) Así mismo está claro que las pruebas del proceso, sumado al estudio de los aspectos anteriores, soportaron la decisión del tribunal, de manera que es inaceptable que el recurrente considere que se produjo un fallo en conciencia, cuando existen medios probatorios de los hechos y de las excepciones analizadas en el proceso. De otro lado, olvida el recurrente que la prosperidad de esta causal también exige que la decisión en conciencia sea manifiesta en el laudo, lo que no se aprecia desde ninguna perspectiva en el caso concreto, ni en lo que se refiere al aspecto probatorio, que se observa válidamente sustentado, ni en otros ámbitos de la decisión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 163

NOTA DE RELATORIA: En relación con el fallo en derecho ver sentencia de 6 de julio 2005, expediente número 28990, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández E., actor INVIAS. En el sentido de la corrección de errores in procedendo y, sólo de manera excepcional, errores in iudicando, y que, en este último caso, los límites del juez estén claramente definidos en la ley, ver sentencia de 28 de noviembre de 2002, expediente número 22191, Consejero Ponente doctor Alier Eduardo Hernández E., impugnante Caja Nacional de Previsión E.P.S.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, DC., enero treinta y uno (31) de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-26-000-2009-00119-00(37788)

Actor: VICTOR RAUL ROMERO SILVA Y OTRO

Referencia: RECURSO DE ANULACION

Conoce la Sala del recurso de anulación interpuesto por Víctor Raúl Romero Silva y Guillermo Romero Silva, contra el laudo arbitral proferido el 9 de septiembre de 2009, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre estos -en adelante los convocantes- contra la Sociedad Fiduciaria Central SA., el señor Gustavo López García y la Sociedad Órbita Arquitectura e Ingeniería Ltda. -en adelante los convocados-, con ocasión de un contrato de fiducia mercantil en administración, suscrito el 9 de julio de 2003.

ANTECEDENTES

1. La cláusula compromisoria.

Se encuentra en el contrato de fiducia mercantil en administración, suscrito el 9 de julio de 2003, en la cláusula 24, según la cual:

“CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cualquier diferencia que surja entre las partes contratantes con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del presente contrato, será sometida a un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres (3) miembros, elegidos por las partes directamente y de común acuerdo. Si las partes no se pusieren de cuerdo en la elección de alguno o de todos los árbitros, éste o éstos serán designados por el Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá D. C. El procedimiento se sujetará a las normas vigentes al momento del arbitramento y la decisión del tribunal se proferirá en derecho.” (fl. 14 cdno. pbas. 1)

2. La demanda arbitral.

Los convocantes solicitaron al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 24 de noviembre de 2006, la convocatoria a un tribunal de arbitramento - fls. 1 a 105, cdno. principal No. 1-. Formularon pretensiones principales y subsidiarias. Aquellas fueron las siguientes:

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

“1) Que previa convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Compromisoria, el domicilio contractual y demás normas concordantes y complementarias, se declare que la **FIDUCIARIA**, el **GERENTE** y **ORBITA** y/o **BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** incumplieron las obligaciones contractuales a su cargo consagradas en la **FIDUCIA**, y como consecuencia de lo anterior se declare la terminación y liquidación de la misma (**FIDUCIA**)

“2) Que se declare que la **FIDUCIA** incumplió las siguientes obligaciones contractuales de medio que se encontraban a su cargo en la **FIDUCIA**:

“a) Decretó junto con el **GERENTE** la obtención del **PUNTO DE EQUILIBRIO** sin tener la certeza de contar con los recursos, ni con los soportes técnicos y financieros necesarios para cubrir la totalidad de los gastos y costos requeridos por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** para la ejecución de **PINO VERDE**, como lo exigía la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**.

“b) Ejecutó la **FIDUCIA** sin atender las instrucciones impartidas por el **FIDEICOMITENTE** y/o **BENEFICIARIO RAÚL ROMERO**, como lo ordenaba la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal a).

“c) No respetó los parámetros, ni las facultades que le fueron otorgadas en la **FIDUCIA**, como lo imponía la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal b).

“d) No llevó la personería para la protección y defensa de los bienes que formaban parte del **PATRIMONIO AUTÓNOMO**, como lo establecía la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal d)

“e) No efectuó la **RENDICIÓN DE CUENTAS** trimestral, completa, oportuna y sustentada de su gestión como Administradora de los Recursos y Vocera del **PATRIMONIO AUTÓNOMO** ante el **COMITÉ FIDUCIARIO**, como lo obligaba la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal l).

“f) No llevó, ni presentó ante el **COMITÉ FIDUCIARIO** la contabilidad del Fideicomiso acorde con las disposiciones legales, como lo consagró la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal m).

“g) No presentó Estados Financiero Trimestrales ante el **COMITÉ FIDUCIARIO**, como rezaba la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal m).

“h) No convocó oportuna y trimestralmente al **COMITÉ FIDUCIARIO** para la **RENDICIÓN DE CUENTAS**, como lo mencionó la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal n)

“i) No ejerció adecuadamente las funciones de Secretaria del **COMITÉ FIDUCIARIO** en materia de elaboración, presentación, discusión, aprobación y firma de Actas del mencionado comité, como se convino en la cláusula séptima (7ª) de la **FIDUCIA**.

“j) No presentó al **COMITÉ FIDUCIARIO** la rendición Final de Cuentas que incluyera la Liquidación del **PATRIMONIO AUTÓNOMO** a la fecha de expiración de la vigencia de la **FIDUCIA** (15 de abril de 2.006) como lo anotó la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**, literal p)

“k) No realizó los pagos de **PINO VERDE** de acuerdo con la relación de gastos y costos que debía enviarle periódicamente el **GERENTE** con la previa y escrita autorización del **FIDEICOMITENTE** y/o **BENEFICIARIO RAÚL ROMERO**, como lo precisaba la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, literal r)

“l) No realizó adecuada y oportunamente, las demás gestiones y actuaciones necesarias para el cabal cumplimiento del objeto de la **FIDUCIA**, como lo exigía la cláusula décima tercera (13ª) de la misma, literal s)

“3) Que se declare que el **GERENTE** incumplió las siguientes obligaciones contractuales a su cargo estipuladas en la **FIDUCIA**.

“a) Decretó junto con la **FIDUCIARIA** la obtención del **PUNTO DE EQUILIBRIO** sin tener la certeza de contar con los recursos, ni con los soportes técnicos y financieros necesarios para cubrir la totalidad de los gastos y costos requeridos por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** para la ejecución de **PINO VERDE**, como lo exigía la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**.

“b) No sustentó junto con **ÓRBITA** y/o **BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** ante el **COMITÉ FIDUCIARIO** la viabilidad de **PINO VERDE**, como tampoco el **PUNTO DE EQUILIBRIO**, tal como lo consagró la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**.

“c) No defendió, ni conservó los bienes fideicomitidos, en la medida en que no informó oportunamente al **FIDEICOMITENTE** y/o **BENEFICIARIO RAÚL ROMERO**, ni al **BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO**, acerca de los hechos que afectaron económicamente al **PATRIMONIO AUTÓNOMO**, como lo ordenaba la cláusula décima segunda (12ª) de la **FIDUCIA**, literal a)

“d) No desarrolló, ni coordinó técnica, legal ni financieramente a **PINO VERDE**, como lo imponía la cláusula décima segunda (12ª) de la **FIDUCIA**, literal d)

“e) No aprobó los desembolsos requeridos para la ejecución de **PINO VERDE** de acuerdo con la previa y escrita autorización del **FIDEICOMITENTE** y/o **BENEFICIARIO RAÚL ROMERO**, como lo establecía la cláusula décima segunda (12ª) de la **FIDUCIA**, literal g)

“f) No aportó al **PATRIMONIO AUTÓNOMO** los documentos, ni los estudios necesarios para el desarrollo de **PINO VERDE**, los cuales debían ser cedidos a favor del primero, como lo obligaba la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**, literal i) parágrafo primero.

“g) Cobró honorarios profesionales con posterioridad al otorgamiento de las escrituras públicas 31 (11 de enero de 2.005) y 182 (31 de enero de 2.005) por medio de las cuales se había obligado a no hacerlo hasta que se encontrara completamente pagado y satisfecho del “Crédito - Constructor” suministrado por **GRANAHORRAR**.

“4) Que se declare que **ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** incumplió las siguientes obligaciones contractuales a su cargo contraídas en la **FIDUCIA**:

“a) No sustentó junto con el **GERENTE** ante el **COMITÉ FIDUCIARIO** la viabilidad de **PINO VERDE**, como tampoco el **PUNTO DE EQUILIBRIO**, tal como lo consagró la cláusula décima (10ª) de la **FIDUCIA**.

“b) No realizó un debido manejo total de **PINO VERDE**, como tampoco un adecuado proceso de construcción, consecución de la financiación, ni comercialización de las unidades de vivienda que conformaron el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** como lo exigía la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, parágrafo segundo, literal a)

“c) No efectuó la terminación y entrega de las unidades de vivienda que conformaron el **PATRIMONIO AUTÓNOMO** dentro de los plazos, ni a los precios establecidos para **PINO VERDE**, como lo ordenaba la cláusula décima tercera (13ª) de la **FIDUCIA**, parágrafo segundo, literal c)

“d) Cobró honorarios profesionales con posterioridad al otorgamiento de las escrituras públicas 31 (11 de enero de 2.005) y 182 (31 de enero de 2.005) por medio de las cuales se había obligado a no hacerlo hasta que se encontrara completamente pagado y satisfecho del “Crédito - Constructor” suministrado por **GRANAHORRAR**.

“5) Que en virtud de lo anterior, se declare que la **FIDUCIARIA**, el **GERENTE** y **ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** son civil, comercial, contractual, solidaria y patrimonialmente responsables frente al **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO y BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO**, por concepto de los perjuicios morales y materiales causados a título de daño emergente y/o lucro cesante en su contra.

“6) Que se declare la responsabilidad civil, comercial, contractual, solidaria y patrimonial de la **FIDUCIARIA**, el **GERENTE** y **ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** frente al **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO y BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO**, comprende los perjuicios morales, el daño emergente y el lucro cesante causados en su contra y que se relacionan a continuación:

“a) Perjuicios Morales: Derivadas de haber sido reportados el **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO y BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO** ante las Centrales de Riesgo como deudores morosos sin haber lugar a ello, por el monto que resulte de la práctica del correspondiente dictamen pericial.

“b) Daño Emergente: Consistente en las sumas de dinero que por cualquier concepto hayan pagado y/o en el futuro se vean obligados a pagar el **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO y/o BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO**, que se deriven o sean consecuencia directa o indirecta de la culpa de la **FIDUCIARIA y/o GERENTE y/u ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR**, tales como “Crédito - Constructor, comisiones fiduciarias, impuestos prediales, contribuciones de valorización, etc., así como el valor de los honorarios profesionales cobrados por el **GERENTE y ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR** con posterioridad al otorgamiento de las escrituras públicas 31 (11 de enero de 2.005) y 182 (31 de enero de 2.005) por medio de las cuales se había obligado a no hacerlo hasta que se encontrara completamente pagado y satisfecho del “Crédito - Constructor” suministrado por **GRANAHORRAR**, por el monto que resulte de la práctica del correspondiente dictamen pericial.

“c) Lucro cesante: Representado en las sumas de dinero dejadas de percibir por parte del (i) **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO** por concepto del pago del **INMUEBLE** aportado por éste al **PATRIMONIO AUTÓNOMO** y de las utilidades dejadas de percibir de acuerdo con el **PRESUPUESTO** de **PINO VERDE**, cuyo monto será determinado a través de la práctica del dictamen pericial correspondiente, y, (ii) **BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO**, por concepto de utilidades dejadas de percibir de acuerdo con el **PRESUPUESTO** de **PINO VERDE**, así como cualesquiera otros beneficios que se hubieran podido generar a favor de mis representados, cuyo monto será determinado a través de la práctica del dictamen pericial a que hubiere lugar.

“7) Que se declare que ni el **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO**, ni **BENEFICIARIO GUILLERMO ROMERO** son deudores de sumas de dinero, partida o pagaré alguno que sea consecuencia directa y/o indirecta de la celebración de la **FIDUCIA** y/o del **PATRIMONIO AUTÓNOMO**, a ningún título, y que en consecuencia no pueden, ni deben ser reportados como deudores morosos ante las respectivas centrales de riesgo.

“8) Que sobre los montos que sean reconocidos a favor del **FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAÚL ROMERO y GUILLERMO ROMERO**, sean liquidados intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, y subsidiariamente, que dichos montos sean indexados de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) vigente a la fecha de expedición de la condena, pero con retroactividad a la fecha de ocurrencia de los hechos.

“9) Que como consecuencia de todo lo anterior, se condene a la **FIDUCIARIA**, al **GERENTE** y a **ORBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR**, al pago de las Costas Judiciales, incluidos los Honorarios de los Señores Árbitros, los Gastos del Centro de Arbitraje y Conciliación, las Agencias en Derecho, los Peritazgos y demás a que hubiere lugar, causados durante el Proceso Arbitral.”

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son los siguientes: El 9 de julio de 2003 otorgaron escritura pública el i) Fideicomitente y/o beneficiario Víctor Raúl

Romero Silva, ii) la Fiduciaria, iii) el señor Ricardo Vizcaino Silva - Gerente-, reemplazado luego por Gustavo López García, iv) la Sociedad Órbita Ltda. y/o beneficiario constructor y v) el beneficiario Guillermo Romero.

La finalidad de este contrato fue constituir un patrimonio autónomo y realizar las gestiones necesarias para construir un edificio de apartamentos, para la venta al público, denominado "Pino Verde", en virtud del cual el *fideicomitente* aportó el terreno donde realizaría la construcción la sociedad *Órbita Ltda.* Así mismo se contempló la designación de un *Gerente*, que dirigiera las tareas, entre algunas funciones asignadas a otras personas.

Para lograrlo la fiduciaria se encargaría de administrar las inversiones, los pagos y, en general, el manejo financiero del proyecto. Entre esas obligaciones se encontraba la de retribuir el valor del inmueble, y repartir las utilidades entre Víctor Raúl Romero, Guillermo Romero y Órbita Ltda.

Pero antes de iniciar la fase de construcción era necesario cumplir una etapa preliminar del proyecto: obtener el denominado por el contrato "Punto de equilibrio" - Cl. 10-, que debía declararse formalmente, previo cumplimiento de unos requisitos y condiciones allí previstos. No obstante, lo cierto fue que sin declararlo aún - el 15 de abril de 2004- se inició la construcción, incumpléndose lo pactado.

Además -denunció el actor-, la declaración misma del "Punto de equilibrio" del proyecto tuvo múltiples irregularidades: i) fue extemporánea, porque el plazo para hacerlo se excedió, ii) fue precipitada, toda vez que en "caja" no había dinero suficiente para adoptar esa decisión, y porque el crédito de Granahorrar -para ejecutar el proyecto- se otorgó en condiciones diferentes a las esperadas, iii) no hubo información oportuna para hacer seguimiento al proyecto, y iv) en los cálculos se incluyeron inmuebles que no debieron tenerse en cuenta.

También cuestionó que el constructor -Órbita Ltda.- y el Gerente del proyecto recibieron pagos a los cuales no tenían derecho, pues la condición y el tiempo en que inicialmente lo habían establecido se modificó mediante una reforma al contrato de fiducia inicial, la cual incumplieron.

Con fundamento en los hechos descritos, detallados en la demanda - aunque carece de interés para este recurso explicitarlos en exceso (por eso aquí se

describen brevemente)- consideró que la Fiduciaria incurrió en las siguientes irregularidades: i) La rendición trimestral de cuentas fue incumplida, ii) mala apreciación de las condiciones en que Granahorrar otorgó el crédito, iii) los contratos de promesa de compraventa sobre los apartamentos No. 302 y 402 no debieron tenerse en cuenta para determinar el punto de equilibrio, iv) omisión de requisitos para efectuar algunos desembolsos - falta de firma de los actores-, entre ellos varios a favor de Órbita Ltda., v) no se convocó al Comité de Seguimiento, previsto en el contrato, vi) realización de Comités Fiduciarios con irregularidades, vii) desorden, falta de conocimiento e ignorancia de la realidad financiera del proyecto, y viii) falta de citación a los actores al Comité Fiduciario

Del mismo modo, imputó los siguientes incumplimientos al Gerente del Proyecto, señor Gustavo López García, responsabilidad que deriva de la cláusula décima del contrato de fiducia: i) los contratos de promesa de compra venta sobre los apartamentos 302 y 402 no debió considerarlos para calcular el punto de equilibrio del proyecto, ii) no observó los requisitos para efectuar los desembolsos -entre ellos, omitió la firma de los actores-, iii) falta de presentación de informes, iv) tergiversación del presupuesto de la obra, flujo de caja y errores de codificación.

También le imputa a Órbita Ltda., con fundamento en las cláusulas 10 y 13 del contrato de fiducia, los siguientes incumplimientos: i) no tuvo en cuenta que los contratos de promesa de compra venta sobre los apartamentos 302 y 402 no debían considerarse para calcular el punto de equilibrio del proyecto, ii) recibió honorarios sin cumplir el requisito para tener derecho a ellos, iii) falta de presentación de informes financieros, administrativos, organizacionales, entre otros, y iv) errores en la programación de obra, atrasos y sobrecostos.

3. Contestación de la demanda.

La Fiduciaria, el señor Gustavo López y Órbita Ltda., se opusieron a las pretensiones de la demanda, negando unos hechos, aceptando otros y proponiendo excepciones de fondo.

4. Laudo arbitral.

El Tribunal de Arbitramento profirió el laudo el 19 de mayo de 2009 -fls. 280 a 567, Cdno. Ppal-.

En la *primera parte* resolvió las objeciones por error grave que presentaron los sujetos procesales, haciendo un estudio, punto a punto, para negar la mayoría y acceder a algunas.

En la *segunda parte* se ocupó del contrato de fiducia del caso concreto, para señalar que las partes fueron el fideicomitente señor Víctor Raúl Romero, la fiduciaria Central SA. y los beneficiarios. De esta manera, declaró que no hacen parte del negocio jurídico el Gerente ni el Constructor - Órbita Ltda.-.

También concluyó que se trata de una "fiducia inmobiliaria", de la modalidad "al costo", atendiendo a sus características, y también apoyada en la clasificación que la Circular Externa de la Superintendencia Bancaria hizo de ella. De manera que los riesgos por sobrecostos del proyecto inmobiliario radican en los fideicomitentes y en los beneficiarios Guillermo Romero y Orbita Ltda.; pero para los compradores de inmuebles era a "precio fijo", de allí que los sobre-costos del proyecto no se les trasladan - fls. 373 y ss.-

Concluyó que los bienes fideicometidos eran: i) el lote de terreno, que aportó el señor Víctor Romero, donde se construirían los apartamentos, pero su valor se debía reembolsar al finalizar el proyecto. ii) Este bien se hipotecó luego al banco Granahorrar, para garantizar un crédito, con destino al desarrollo del proyecto. Además, la fiduciaria entregó el inmueble a la constructora Orbita Ltda., a título de comodato, para que lo desarrollara. iii) También hacían parte los recursos provenientes de los encargos fiduciarios - es decir, de los compradores de las viviendas-; y iv) los rendimientos de las inversiones.

Luego hizo un análisis de los derechos y las obligaciones de los distintos participantes del negocio inmobiliario: el fideicomitente, los beneficiarios, la fiduciaria - entre sus obligaciones el tribunal hizo énfasis en la de decretar el "punto de equilibrio" (fl. 379, cdno. ppal.)-, del constructor y del Gerente - fl. 382-.

En cuanto a los derechos del fideicomitente - pago del lote y entrega de utilidades- y de los beneficiarios - entrega de utilidades-, indicó que estaban condicionados a que hubiera "punto de equilibrio" y remanentes de liquidez, luego de pagar el "crédito constructor" - fl. 384-.

También analizó el funcionamiento del denominado por el contrato “Comité del Fideicomiso”. Debía reunirse, al menos, una vez al mes, y sus funciones principales eran: aprobar los estudios técnicos, el presupuesto, el plan de inversión, decidir la prolongación de la etapa preliminar, declarar que se cumplían los requisitos para iniciar la fase de construcción, entre otros - fl. 385-. Agregó que en la práctica este comité no operó - por lo menos durante el primer año-, siendo reemplazado, de facto, por otros mecanismos de discusión y deliberación.

El laudo, a continuación, hizo un estudio sobre el “Desarrollo del proyecto y sus etapas” - fl. 386-. Indicó que constaba de dos: i) la preliminar, que iba hasta la declaración del “Punto de equilibrio” - por parte de la fiduciaria-, e incluía la promoción del proyecto -a cargo del Gerente-, la gestión del crédito-constructor, la obtención de la licencia de construcción y de urbanismo, el permiso de ventas, la aprobación de la minuta de promesa de compraventa, el presupuesto de la obra, la elaboración de los planos, entre otros requisitos necesarios para desarrollarlo. ii) La segunda etapa, de 14 meses de duración, consistía en el desarrollo físico de la obra, previo cumplimiento de la primera fase.

La *tercera parte* del laudo estudió la responsabilidad de las instituciones fiduciarias en los contratos de fiducia - fls. 388 y ss.-, tanto desde un punto de vista teórico como desde una perspectiva aplicada al caso concreto.

Finalmente, analizó los incumplimientos alegados por los convocantes, de la siguiente manera:

a) *El comportamiento de la Fiduciaria Central SA.* Sobre la indebida declaratoria del “Punto de equilibrio”, cuya definición hizo el mismo contrato - Cl. décima, entre otras, fls. 409 y ss.-, el tribunal echó de menos que no se hubiera elaborado un documento que formalmente lo hubiera declarado, y en particular le imputó a la Fiduciaria Central la falta de atención de las obligaciones que le correspondían en este aspecto - fl. 413-. De esta manera le concedió la razón a los convocantes.

No obstante -pese a que no hubo declaración expresa de ese hecho-, el tribunal no le reprochó a la fiduciaria, ni a las demás partes del contrato -como lo pretendían los convocantes-, que hubieran tenido en cuenta, para calcularlo, la venta de los apartamentos 302 y 402, pues existía certeza de esos dos negocios.

Tampoco reprocharon los jueces que el punto de equilibrio no se hubiera mantenido durante el desarrollo del proceso constructivo - como lo pedían los actores-, toda vez que esa situación no es razonable que se imponga a los constructores y al Gerente, pues son inevitables las contingencias que sobrevienen luego de la obtención del punto de equilibrio.

Del mismo modo - contrario también a lo pretendido por los convocantes-, se declaró que no constituía una exigencia contractual, para los responsables de decretarlo, que en "caja" estuvieran los recursos con los cuales se conformaba ese punto de equilibrio. En definitiva, si bien el tribunal admitió la existencia de irregularidades en la declaración de este hecho, entendió que, finalmente, no determinó el desarrollo del proyecto, por varias razones, entre ellas porque los trabajos de construcción se iniciaron antes de ese momento, con anuencia, incluso, de los convocantes, es decir, con anterioridad a la declaración formal del mismo - fls. 426, 428 a 429 y 440-.

En estos términos, concluyó el tribunal que si bien son evidentes las irregularidades en la declaración de la obtención del punto de equilibrio, también es cierto que, con su conducta, todos los involucrados en el contrato le restaron fuerza a la decisión, además de que los convocantes tampoco probaron que esa sola circunstancia - anómala- hubiera producido un daño indemnizable -cierto y real- ni existe relación de causalidad entre ese hecho y la conducta culpable de la fiduciaria - fls. 429 y 436-.

El tribunal indicó, enfáticamente, que "... los promotores fallaron a la hora de demostrar la existencia del daño y que, en todo caso, está ausente del expediente la evidencia de que este se haya producido...", por eso agregó que tampoco se demostró que la obligación a cargo de los involucrados en la fiducia, de hacer aportes adicionales al proyecto, no tiene relación de causalidad con los defectos relacionados con el punto de equilibrio - fl. 431 y 433-. En estos términos, entre otros analizados allí, se negó la pretensión indemnizatoria que se quería hacer derivar de la irregular declaración del punto de equilibrio: "... Desde el punto de vista del material probatorio acopiado se registra un hiato entre el cumplimiento defectuoso y el supuesto daño que, por otra parte, no está demostrado..." - fl. 433-.

Por las razones expuestas declaró que la *ausencia de utilidades del proyecto*, que afectó a los convocantes - desde luego este era uno de los propósitos que motivaron el negocio para ellos-, no es imputable a la fiduciaria, porque es ajena a la empresa constructiva misma, ya que su labor es de medios y no de resultados. Por eso mismo el tribunal se esforzó en mostrar que la irregularidad aneja a la declaración del punto de equilibrio no fue la causa de la falta de obtención de utilidades, sin negar la existencia del incumplimiento de aquella obligación, por parte de la fiduciaria. De hecho -agregó-, la expectativa de obtención de utilidades estaba más atada al negocio de la construcción, que al de fiducia - fl. 443-.

El tribunal de arbitramento culminó el análisis de este asunto, señalando que los argumentos expuestos hasta ahora aplican a la responsabilidad que por los mismos hechos pretenden los convocantes que se declare frente al Gerente del proyecto y al Veedor - fl. 445-.

Sin embargo, en relación con el Gerente, señor Gustavo López García, de quien también se pretendió la declaración de responsabilidad, por la frustración del proyecto, el tribunal declaró la falta de legitimación por pasiva, porque el demandado no fue el Gerente en la época en que ocurrieron los hechos cuestionados, sino una persona jurídica - la sociedad Frizo SA.-.

El siguiente aspecto que estudió el tribunal fue el posible incumplimiento de la fiduciaria, por no atender las instrucciones del fideicomitente - fl. 446-. Resulta que durante la ejecución del proyecto se presentaron muchos problemas, que amenazaban la ejecución satisfactoria de la construcción de Pino Verde. Esto condujo a que los diferentes participantes del proyecto tuvieran que sumar los esfuerzos para resolverlos, al paso que los convocantes se separaron de los temas, lo que llevó a los demás a tomar decisiones donde, efectivamente, estos últimos no participaron, lo que para el tribunal tiene justificación, atendiendo al hecho de que el negocio de fiducia tiene entre sus propósitos la culminación satisfactoria del proyecto que se tiene planeado: "... en consecuencia el tribunal encuentra que la FIDUCIARIA actuó como debía hacerlo un profesional, con toda diligencia y sentido gerencial al pretermitir formalidades que eran prácticamente imposibles de conseguir. No hubo incumplimiento, una actuación distinta sí habría comprometido su responsabilidad" - fl. 449-.

Sobre la obligación a cargo de la Fiduciaria Central SA., de consultar las dudas que surgieran durante la ejecución del proyecto, ante el Comité Fiduciario o ante la entonces Superintendencia Bancaria - cl. 13, lit. b)-, señaló que esta obligación se incumplió, porque la fiduciaria no hizo las gestiones necesarias para ello; sin embargo, declaró -a continuación- que ese hecho no es constituido de los daños económicos que reclaman los convocantes, sencillamente porque ningún perjuicio de los reclamados se deriva de allí - fls. 453 a 454-. En este lugar precisó que la causa de los perjuicios, es decir, de no haber obtenido las utilidades esperadas, así como el derecho al pago del inmueble aportado a la fiducia, fueron: los imprevistos que se presentaron durante la construcción, la existencia de sobrecostos del proyecto y la falta de recursos para afrontar lo anterior -fls. 487 y ss.-.

En relación con la defensa y protección de los bienes fideicomitidos, que los convocantes consideran que la fiduciaria no protegió, consideró el tribunal que no se especificó de qué manera se violó esta obligación, y por eso rechazó la pretensión - fl. 455-.

En cambio, sobre la rendición de cuentas y la entrega de los estados financieros y la contabilidad, a las partes del contrato de fiducia -en forma oportuna y eficiente (cl. 13)-, se declaró incumplido el contrato, porque la fiduciaria lo hizo extemporáneamente. No obstante, a continuación precisó que pese a ello esto no constituye el daño alegado por los convocantes - fl. 461-.

Lo mismo se aplicó a la obligación que tenía la Fiduciaria Central SA., de convocar trimestralmente al Comité Fiduciario, lo cual incumplió - fl. 467-, de manera que la toma de decisiones que correspondía a esta instancia fue cambiada por otra. No obstante, el tribunal tampoco le asigna a este incumplimiento ser la causa de los daños reclamados por los convocantes - fl. 470-.

Por el contrario, la Fiduciaria sí cumplió la obligación de ejercer la Secretaría de los Comités -consideró el tribunal- (fl. 471); al igual que la realización de las demás gestiones necesarias para el cumplimiento del contrato - fl. 476-.

b) El comportamiento de los Fideicomitentes - convocantes-. El tribunal se ocupó luego de analizar las actuaciones de los fideicomitentes - fl. 478 y ss.-. Encontró que durante la ejecución del proyecto se abstuvieron de participar de los Comités, conducta que calificó de grave, porque afectó el normal desarrollo de la

empresa. Por esto la Fiduciaria debió continuar sin su participación, para proteger el patrimonio autónomo, "situación que este tribunal calificó como prudente y diligente."

Con la misma perspectiva se analizó el deber de *aportar recursos para adelantar la construcción*, lo cual tampoco cumplieron los convocantes -siendo su obligación-, y que a su vez, en parte, fue la causa de los sobre-costos del proyecto - fls. 484 a 485-. En general, se calificó la conducta de los convocantes como inadecuada, porque no colaboraron con el avance del proyecto - fls. 485 y ss.-; por el contrario, lo entorpecieron, al punto de convertirse en causa directa de los daños reclamados - fl. 493-.

Para concluir, se indicó que los sobre-costos del proyecto, que afectaron la utilidad de los convocantes, se debió: i) a la aparición de una roca en la excavación del sótano, ii) a la ejecución de las obras Transmilenio, porque restringió el acceso al inmueble, iii) el accidente de los niños del Colegio Agustiniiano, que impuso restricciones vehiculares muy severas, iv) modificaciones al proyecto inicial, v) separación de apartamentos por parte de los mismos convocados y/o familiares, pero quienes incumplieron los pagos, vi) falta de colaboración, y vii) falta de aporte de recursos.

En este orden de ideas, se declaró que las circunstancias descritas no son imputables a los demandados, y por eso no se puede acceder a las pretensiones de la demanda. Además -se reiteró-, los incumplimientos imputables constituyen el nexo causal suficiente para originar los daños reclamados; además de que, finalmente, el daño no se demostró - fl. 496-.

c) El comportamiento del Gerente del proyecto. La conducta de este se analizó por separado, y se concluyó que las obligaciones que los convocantes le imputan como incumplidas - cl. 12 del contrato de fiducia- no estaban a su cargo sino de la Fiduciaria - fl. 499-. Por esta razón, si alguien podía exigir alguna responsabilidad del Gerente era la Fiduciaria Central SA., y no los convocantes, de allí que no prosperaron las pretensiones que lo involucraban.

Incluso, siendo suficiente la razón expuesta, el tribunal se entregó a la tarea de analizar la ejecución de las obligaciones a cargo del Gerente, para concluir que

fue diligente, lo que lo releva de estudiar el daño y el nexo de causalidad en relación con el perjuicio que se le reclama.

No obstante, el tribunal admitió que se autorizaron desembolsos sin cumplir los requisitos contractuales, pero lo justificó porque en la condiciones en que ocurrió no se generó responsabilidad a su cargo - fl. 508-.

d) El comportamiento del constructor - Orbita Ltda.-. Su responsabilidad también se analizó por separado. Pero al igual que en los casos anteriores, el tribunal no encontró pruebas del incumplimiento que se le imputó, ni por concepto del “manejo del proyecto”, ni por la terminación y entrega de los inmuebles, ni por el cobro excesivo de honorarios, de manera que por sustracción de materia no analizó el perjuicio reclamado, ni el nexo causal.

No obstante, sí declaró el incumplimiento en relación con los pagos efectuados al constructor, por concepto de honorarios, pues se hicieron cuando no tenía derecho a ellos. Sin embargo, consideró que quien podía reclamar por esto, una vez más, era la Fiduciaria, no los convocantes - fl. 247-. Por eso tampoco se estudio el perjuicio y el nexo de causalidad.

De otro lado, el daño moral reclamado por los hechos de este proceso también fue negado, porque no se demostró que los convocantes hubieran sufrido una conmoción emocional especial - fls. 536 y 542-.

La misma suerte corrió el daño emergente, -fl. 544-, pues el valor del lote y las utilidades se deben reconocer cuando el proyecto culmine, y a la fecha se encuentra en desarrollo, de allí que no es posible anticipar estos derechos económicos - fl. 548-. Incluso, se concluye que tampoco se acreditaron las condiciones del daño y el nexo causal - fl. 549-.

Finalmente el laudo resolvió las excepciones de fondo propuestas por la Fiduciaria, de las cuales prosperaron algunas, pero no es del caso relacionarlas aquí -para los exclusivos propósitos de esta providencia-. Las excepciones de fondo propuestas por el Gerente no se estudiaron, porque no se le declaró culpable de los incumplimientos.

En conclusión, el tribunal de arbitramento decidió, en la parte resolutive del laudo: i) negar la mayor parte de las objeciones por error grave propuestas contra el dictamen pericial, salvo en algunos aspectos bien determinados del proceso; ii) declaró el incumplimiento parcial de las obligaciones de la Fiduciaria Central SA.; iii) negó la declaración de terminación y liquidación del contrato; iv) negó la declaración de incumplimiento a cargo del Gerente, señor Gustavo López García; v) declaró un incumplimiento parcial a cargo de Órbita Ltda.; y vi) negó las demás pretensiones - fls. 564 y ss.-.

El laudo fue objeto de solicitud de aclaración por parte de los convocantes - fl. 571- , la cual fue resuelta mediante auto de 30 de septiembre de 2009, accediendo a una aclaración, y negando las demás - fls. 575 a 594-.

5. El recurso de anulación

Para mayor claridad, en este apartado se resumirán los cuestionamientos contenidos en dicho recurso -distinguiendo cada criterio propuesto-; seguido, inmediatamente, y frente a cada punto cuestionado, de la posición que respecto al mismo adoptó la parte actora; para señalar luego, con igual metodología, el concepto que ante ellos tiene el Ministerio Público, todo con la finalidad de ofrecer claridad en el tema, gracias a la inmediatez que produce la apreciación que todos los actores tienen sobre un mismo punto.

En tal sentido, el 7 de octubre de 2009, los convocantes interpusieron el recurso de anulación -fl. 595, Cdo. Ppal.-, invocando las causales contempladas en los numerales 4 y 6 del art. 163 del decreto 1818 de 1998.

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debido.”

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. (Lo resaltado corresponde al texto original del recurrente)

5.1. Causal 4. “Cuando sin fundamento legal... se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debido.”

a) Argumentos del recurrente. Hizo un análisis detallado sobre la manera como se decretaron las pruebas solicitadas y la forma como se practicaron, pero haciendo énfasis en el dictamen pericial contable, que pidió para demostrar el perjuicio que sufrió con los hechos expuestos en la demanda. El debate consiste en determinar si esta prueba se dejó de practicar, por lo menos parcialmente en la forma en que fue pedida y también decretada por el tribunal, teniendo en cuenta que el recurrente considera que el peritazgo incurrió en el siguiente problema.

En el literal D, numerales 1, 2 y 3, del acápite de pruebas de la demanda, se solicitó un dictamen pericial, para tasar los perjuicios morales y materiales - daño emergente y lucro cesante- causados a los convocantes, por parte de Órbita Ltda., del Gerente del proyecto y de Fiducentral SA.

El daño emergente se hizo consistir en las sumas de dinero que hubiera pagado o llegaren a pagar los convocantes, derivados de la culpa de los demandados, tales como: comisiones fiduciarias, crédito-constructor, impuestos prediales, contribución de valorización, valor de los honorarios profesionales cobrados por el Gerente y Órbita Ltda., entre otros.

El lucro cesante consiste, para los actores, en las sumas dejadas de percibir por concepto de: pago del inmueble aportado al proyecto, utilidades dejadas de percibir por la frustración del negocio inmobiliario, y cualquier otra que se probara.

El tribunal decretó esta prueba, y ordenó al Banco BBVA que remitiera al proceso toda la información relacionada con el denominado "crédito-constructor", en lo cual el convocante fundaba la posibilidad de demostrar gran parte de los perjuicios materiales que padeció.

El perito contable, al rendir el dictamen, no se refirió a los perjuicios sufridos, salvo al valor del inmueble aportado al proyecto inmobiliario, motivo por el cual los convocantes solicitaron la aclaración y complementación pertinente. Pidieron que se ordenara a los bancos BBVA y BANCAFÉ - en éste se manejó una cuenta de ahorros del proyecto, denominada "cuenta-socios", de la cual se hacían los pagos, entre otros beneficiarios, al Gerente- que enviaran, con destino al proceso arbitral, la documentación solicitada.

El tribunal accedió a la solicitud, lo que evidencia que no existía la información necesaria para producir el dictamen. De esta manera, el recurrente pretende demostrar que reclamó oportunamente por las circunstancias que afectaron la práctica normal de la prueba, pues tan pronto advirtió el problema lo puso en conocimiento del tribunal. Incluso, solicitó que se concediera un tiempo adicional para practicar la prueba en la cual insistía, pero el tribunal lo negó.

No obstante, la perito, en la aclaración y complementación al dictamen, no incluyó los perjuicios, desatendiendo la prueba pedida y decretada por el tribunal. En estas palabras, "... a pesar de haber decretado la práctica del dictamen pericial en los términos planteados en la demanda, y a pesar de haber solicitado al banco BBVA el envío de la totalidad del expediente con destino al proceso arbitral... sin fundamento legal dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar la prueba pericial oportunamente solicitada, decretada y ejecutoriada, en la medida en que no le permitió al perito contable contar, ni tener acceso oportuno a información vital y fundamental que no había sido aportada por el banco BBVA ni por Bancafé para la tasación completa y cabal de perjuicios solicitados en la demanda..." - fls. 612 a 613, cdno. Ppal.-.

Los convocantes presentaron contra el dictamen objeciones por error grave, ya que ni la información de BANCAFÉ ni la del BBVA se aportó para rendir el informe pericial, de manera que en el proceso no se conocieron los perjuicios sufridos por los convocantes, los cuales sólo se calculaban observando la información de las dos instituciones financieras.

Semanas después, procedente del BBVA, llegó al proceso una información muy breve sobre la historia del crédito, pero no se aportó "el resto del expediente" - fl. 613-. A partir de ese momento los convocantes enviaron otras comunicaciones al tribunal, pidiéndole que insistiera ante los bancos para que remitieran la información deprecada, sin resultados satisfactorios. En síntesis: "Tal como se puede apreciar claramente..., el tribunal, a pesar de haber decretado la práctica del dictamen pericial en los mismos términos planteados en la demanda, a pesar de haber solicitado al banco BBVA el envío de la totalidad del expediente con destino arbitral (sic) mediante 'Auto de decreto de pruebas'..., sin fundamento legal dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar la prueba pericial oportunamente solicitada, decretada y ejecutoriada, en la medida en que no le permitió al perito contable contar ni tener acceso oportuno a información vital y

fundamental que con fecha posterior a la fecha de rendición del dictamen y de su respectiva complementación (puesto que faltaba toda la información decretada referente a los soportes contables de los pagos realizados al GERENTE con posterioridad al mes de enero de 2005 a título de 'avance de obra' a través de la respectiva cuenta) para la tasación completa y cabal de los perjuicios solicitados en la demanda a título de daño emergente (honorarios cobrados en exceso por ORBITA y el GERENTE, etc.) ni había sido aportada información completa por parte del banco BBVA (puesto que únicamente se recibió una lacónica comunicación de 6 folios) para la tasación completa y cabal de los perjuicios solicitados en la demanda a título de daño emergente (saldo crédito constructor, responsables del mismo, valor de la dación en pago, intereses causados, honorarios cobrados en exceso por ORBITA y el GERENTE, etc.) y lucro cesante (valor del lote, utilidades esperadas, etc.) conforme a las pretensiones planteadas, aún a pesar de la multiplicidad (sic)." (fl. 616) -el original está en negrillas-

En conclusión, la falta de práctica de las pruebas aludidas impidió decretar una condena por perjuicios, a cargo de los demandados.

b) Posición de la parte convocante. Considera que no es claro cuál fue la prueba que no se evacuó correctamente, en atención a que en ocasiones el recurrente alude a la pericial - contable- y en otras a la documental - fl. 631-.

En cualquier caso, estima que ninguna de las dos pruebas se dejó de practicar, ya que el peritazgo se adelantó en los términos que establece el art. 233 CPC., y el recurrente lo contradijo conforme lo autoriza la ley. Agregó que la negación a ampliar el plazo para su práctica no equivale a dejar de practicar la prueba.

Ahora, si se trata de los documentos pedidos a los bancos, advierte que esta prueba no fue solicitada por los convocantes, sino decretada de oficio, y esto debe tener como consecuencia, para el recurso de anulación, que no se configure la causal alegada.

También negó que se hubiera reclamado, en tiempo oportuno, la práctica de estas pruebas, pues hacerlo al momento de solicitar las aclaraciones o complementaciones del peritazgo no satisface el requisito.

c) Concepto del Ministerio Público. Considera que no debe prosperar la solicitud de anulación. Luego de hacer un análisis sobre el alcance de la causal, precisó que la prueba pericial sí se decretó y practicó, y que para ello se adelantaron las diligencias necesarias a efectos de evacuar la prueba. En el fondo, pretende el recurrente cuestionar la valoración probatoria, lo cual no procede a través de este recurso.

5.2. Causal 6. “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”-

a) Posición del recurrente. En su criterio, el laudo se dictó en conciencia, por dos razones:

1) Por “... la violación de leyes procedimentales que han debido observarse en la práctica de las diligencias necesarias para evacuar las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas.” - fl. 622-

Señaló que en varios numerales -18, 33, 22 y 32- de la solicitud de aclaración y complementación del laudo, se le pidió al perito que anexara al dictamen la información documental que acredite y soporte contable, económica y financieramente la forma como se realizó la dación en pago, la obtención del punto de equilibrio, costos totales del proyecto inmobiliario, lo cual atendió el tribunal al ordenar la respectiva complementación del dictamen.

Sin embargo, la perito contable no atendió la orden - fl. 625-, porque no practicó las diligencias necesarias para evacuarlas. No obstante, el tribunal aceptó la actuación de la perito, e incumplió sus propios autos de prueba, toda vez que a continuación dictó el laudo, aunque no se satisfizo la prueba correspondiente. “El tribunal ‘revocó en su totalidad’ los autos inicialmente ejecutoriados y se plegó a los argumentos del perito, con lo cual renunció al principio constitucional del ‘debido proceso y cosa juzgada’, al permitir que el perito cambiara el sentido de las decisiones adoptadas por el Tribunal.

“En conclusión el tribunal incurrió en un ‘fallo en conciencia’ y no en derecho, al haber permitido que el perito contable dejara de practicar las diligencias necesarias para evacuar las aclaraciones y/o complementaciones que había decretado mediante providencias en firme, y de las cuales no sólo se separó, sino

que obró en contra, sin fundamento legal, todo lo cual aparece manifiesto en el laudo.” - fl. 627-

2) También el laudo se dictó en conciencia, porque los hechos sobrevinientes, sobre-costos, imprevistos y demás circunstancias que el tribunal consideró que eximieron de responsabilidad a los convocados carecen de soporte probatorio.

El recurrente se pregunta: ¿de dónde dedujo el tribunal la existencia de estos hechos, su incidencia en el proceso, los costos, entre otros aspectos que requerían la prueba de su existencia y de su incidencia en el caso concreto?. Sin embargo, añadió que de ninguna manera se pretende que el Consejo de Estado valore las pruebas del proceso, sino que se dé cuenta que no existen, no obstante que el tribunal los dio por probados - fls. 628 a 629-.

b) Posición de la parte actora. Indicó que los argumentos que justificaron esta causal son los mismos de la anterior, y es claro que el carácter incompleto de una prueba - de presentarse- no configura un fallo en conciencia. Por eso rechazó esta causal, porque el laudo sí se apoyó en normas aplicables al caso en estudio, como las que rigen el contrato de fiducia y la responsabilidad del fiduciario, entre otras.

Finalmente, sobre las causas de los mayores costos del proyecto, señaló que los imprevistos e incumplimientos tienen respaldo en las pruebas que constan en el proceso, y fueron analizadas en el laudo - fl. 636-.

c) Concepto del Ministerio Público.

Solicita que también se desestime esta casual, porque “... verificado el contenido del laudo acusado de nulidad se evidencia que los árbitros, contrario a lo sostenido por el recurrente, analizaron todas y cada una de las pruebas allegadas al plenario, entre ellas los dictámenes periciales practicados por un contador y un siquiatra, frente a los cuales las partes expresaron su inconformidad por considerar que contenían errores graves, imputaciones que fueron individualmente estudiadas por los árbitros para concluir que no prosperaban las objeciones planteadas en contra de los referidos experticios por cuanto ellas se fundamentan en divergencias de opinión o apreciación del problema planteado entre los apoderados y los profesionales que practicaron la prueba.

“Pero es que además la simple lectura del laudo permite inferir que, contrario a lo que afirma la convocante la providencia recurrida no puede calificarse como laudo en conciencia toda vez que el Tribunal de Arbitramento realizó un análisis minucioso de todos los extremos de la litis teniendo en cuenta para ello lo pactado por las partes en el contrato y apoyando su decisión en criterios jurisprudenciales, doctrinales y de derecho positivo lo que conduce a la conclusión de que la decisión fue proferida en derecho y que no se originó en la íntima convicción de los árbitros, como lo plantea el recurrente.

(...)

“Entonces, no puede afirmarse como lo hace la recurrente, que el Laudo haya sido pronunciado en conciencia, puesto que surge de manera evidente el contenido jurídico que sustenta la decisión, sin que resulte procedente, entrar a juzgar en este proceso el acierto o desacierto de los razonamientos jurídicos y de la aplicación que de la ley haya efectuado el Tribunal; pues aún en el evento de que tal aplicación hubiera sido equivocada - hecho que no está contemplado dentro de las causales de nulidad de los laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias en materia de contratación estatal-, ello no daría pie para afirmar que se configuró la causal aducida sino todo lo contrario: reafirma la realidad advertida de que el fallo sí fue en derecho, porque esta exigencia, es decir que el fallo sea en derecho, no equivale a decir que deba ser jurídicamente correcto.”

CONSIDERACIONES

Previo a realizar el estudio que corresponde, advierte la Sala que el laudo no se anulará, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia. Para fundamentar ésta conclusión se analizarán los siguientes temas: *i)* primero, la competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso, *ii)* luego, el régimen aplicable de las causales de anulación de este tipo de laudos, *iii)* y finalmente se estudiará el caso concreto, previa consideración general sobre las causales cuarta y sexta de anulación del art. 163 del decreto 1818 de 1998, para analizar, a continuación, su aplicación específica al asunto objeto de debate.

1. Competencia para conocer del recurso de anulación.

La Sección Tercera ratificará una vez más la tesis que desde hace bastante tiempo sostiene, según la cual, el juez de los recursos de anulación, donde son parte las entidades estatales, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia del régimen jurídico sustantivo que rige el contrato.

Esta idea se ha aplicado a distintas entidades estatales, de las cuales las regidas por la ley 80 no han ofrecido discusión académica ni jurisprudencial, pero tratándose de las que se gobiernan por el derecho privado han dado lugar a algunos debates, que en los últimos años han cesado.

Según se ha dicho hasta ahora, el laudo arbitral que se estudia dirimió las controversias surgidas entre las sociedades Víctor Raúl Romero Silva y Guillermo Romero Silva contra la Sociedad Fiduciaria Central SA., el señor Gustavo López García y la Sociedad Orbita Arquitectura e Ingeniería Ltda. -en adelante los convocados-, con ocasión de un contrato de fiducia mercantil en administración, suscrito el 9 de julio de 2003.

En materia de competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales, la Sala ha dicho -lo cual se mantendrá-, *en primer lugar*, que se la han conferido los arts. 128.5 CCA.¹ y el artículo 72 de la ley 80 de 1993, los cuales establecen que éste se surtirá ante esta Sección². No obstante, es necesario aclarar que la ley 1.150 de 2007 modificó el art. 72 de la ley 80 de 1993, variando algunos aspectos. Sin embargo, la nueva disposición mantuvo la competencia para que esta Sección conozca de este recurso. Señala la nueva disposición, vigente para la fecha de expedición de este fallo, que:

“Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento

¹ Dispone el art. 128 del CCA. que “El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)”

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causas y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de revisión.”

² El art. 72 de la ley 80 fue reproducido por el artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, el cual compila las diferentes normas relacionadas con los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

“El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”. (Negrillas fuera de texto)

En conclusión, tanto en vigencia del art. 72 de la ley 80 de 1993, como con el art. 22 de la ley 1.150, esta Sección es competente para conocer de este recurso.

Además del anterior criterio, y *en segundo lugar*, no debe olvidarse que el contrato de fiducia del caso concreto es de naturaleza estatal, en los términos del artículo 32 de la ley 80 de 1993, porque fue celebrado por una entidad estatal - la FIDUCIARIA CENTRAL SA.-, lo que ratifica la competencia para conocer del recurso.

En *tercer lugar*, esta conclusión se confirma con la ley 1.107 de 2006, en virtud de la cual esta jurisdicción conoce de las controversias donde sea parte una entidad estatal, de modo que, aplicado al caso concreto, resulta claro que por el sólo hecho de ser la FIDUCIARIA CENTRAL SA., una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria del Estado³, y parte en el proceso, la competencia queda asignada a esta jurisdicción⁴.

³ Esto lo dispone el certificado de la Superintendencia Financiera, a fl. 108 del cdno. ppal. No. 1. En el mismo sentido, en la página web de la Fiduciaria Central SA. se informa que esta es su naturaleza, que la entidad pertenece al orden departamental, y que el socio mayoritario es el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA-, que es un establecimiento público.

⁴ Dispone esta norma que “Art. 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

2. Régimen de las causales de anulación aplicables a los contratos estatales regidos por el derecho privado.

Para la Sala es necesario reiterar, una vez más, su criterio sobre este aspecto, a propósito del presente recurso de anulación, teniendo en cuenta que la FIDUCIARIA CENTRAL SA., al presentarlo, propuso las causales previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998.

Se tiene que, conforme al régimen jurídico especial que gobierna a las entidades financieras, ellas aplican, en materia contractual, el derecho privado, según lo establecía el párrafo primero del art. 32 de la ley 80 de 1993⁵. De lo anterior se desprende que las causales de anulación del laudo, que rigen en el presente proceso, corresponden a las previstas en el Decreto 1.818 de 1998, es decir, las del derecho privado, cuestión ratificada por el artículo 22 de la ley 1.150 de 2007.

En esta perspectiva, se mantiene vigente la jurisprudencia de la Sección, según la cual, tratándose de entidades estatales regidas por el derecho privado - entidades excluidas de la ley 80-, en materia contractual, las causales de nulidad de los laudos son las que contempla dicho régimen jurídico. Es así como se expuso en la sentencia de mayo 24 de 2006 - exp. 31.024- que:

“Definida la competencia de esta Corporación para conocer del presente recurso, la Sala analizará, por petición expresa del recurrente, si las causales aplicables para la anulación de un laudo arbitral proferido en relación con un contrato estatal regido por el derecho privado - como es el caso de los que celebran las ESPD, las Empresas Sociales del Estado, las Universidades Públicas, etc.-,

“Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.

Sobre el alcance de esta norma puede consultarse, entre otros, el análisis realizado por la Sección Tercera en el auto de febrero 8 de 2007 -Exp. 30.903. Actor: Aguas de la Montaña-.

⁵ Disponía el art. 32, párrafo 1, de la ley 80 de 1993 -modificado luego por el artículo 15 de la ley 1.150 de 2007- vigente en la época en que se celebró el contrato de fiducia objeto de este proceso:

“PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”

son las contenidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993, o mas bien las previstas en el artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Nadie discute que las causales que se deben invocar para solicitar la anulación de un laudo arbitral, cuando el contrato se rige por la ley 80 de 1993, son las contenidas en su artículo 72. La duda surge cuando el contrato estatal es de aquellos que se rigen por el derecho privado; en ese caso, según lo dicho, quien debe conocer del recurso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pero las causales de anulación aplicables serán las del artículo 163 del decreto 1818 de 1998. (...)

“Un nuevo análisis del asunto induce a la Sala a reconsiderar este criterio porque, en casos como el presente, las causales de anulación aplicables deben ser las contenidas en el art. 163 del decreto 1818 de 1998, dado que el contrato suscrito el 16 de junio de 1997, entre ACUANTIOQUIA SA. ESP. EN LIQUIDACIÓN y el Consorcio Francisco Velásquez Ingeniería Civil y Sanitaria Cia. SA., se rigió por el derecho privado, según lo disponía el artículo 31 original de la ley 142 de 1994. Esta conclusión se apoya en los siguientes fundamentos:

“De un lado, porque el artículo 32 de la ley 142 establece que el régimen jurídico aplicable a los actos que expiden las empresas de SPD es el derecho privado, disposición que complementa al artículo 31 de la misma ley. Según aquella norma, resulta lógica la remisión a las causales de anulación del derecho privado, pues esa es la filosofía recogida en dicha disposición.

“De otro lado, las causales del art. 72 de la ley 80 se aplican, con exclusividad, a los contratos que, en su parte sustantiva, se rigen por dicha ley, de manera que no es procedente aplicarlas a los contratos que se rigen por el derecho privado. Dicho de otra manera, si, como es sabido, la ley 80 no rige los contratos de las empresas prestadoras de SPD, la exclusión de dicha norma debe ser total. De modo que no encuentra explicación razonable el hecho de que, por un lado se sostenga rotundamente la inaplicación de la ley 80 y, por el otro, se decida la aplicación de una de sus normas: el artículo 72, relativo a las causales de anulación del laudo arbitral.

“La proposición, así expuesta, no resulta coherente; por el contrario, lo razonable es que la normación aplicable corresponda a la propia del régimen jurídico que tutela el contrato, así el juez que deba resolverla controversia sea el juez especial, como ocurre en el sub judice.

“Esto último es posible porque la competencia del juez depende de la atribución legal y, como se ha visto, el conocimiento de los recursos de anulación de laudos arbitrales sobre contratos estatales fue atribuido por el legislador al juez contencioso administrativo sin que, para ello, sea determinante el régimen, público o privado, del contrato estatal.

“La variación del juez, sin embargo, no lleva insito el cambio de régimen jurídico. En otras palabras, pese a que la competencia es,

en estos casos, del juez administrativo, el régimen del contrato será el que, legalmente, le corresponde, es decir el de derecho privado.

“De esta manera, no tiene asidero la conclusión de que las causales de anulación del laudo arbitral pronunciado en relación con un contrato estatal sometido al derecho privado - es decir, con exclusión de la ley 80-, sean sin embargo, las del artículo 72 de dicha ley que, por definición, no resulta aplicable al caso.”

Esta idea se ratificó en la sentencia de la Sección Tercera, de 18 de febrero de 2010, en la que se sostuvo: “Se afirma que se conserva la jurisprudencia citada, porque la ley 1.150 sólo extendió a los contratos estatales regidos por la ley 80 las causales de anulación del derecho privado, ya que esta normatividad regulaba autónomamente otras. Sin embargo, allí no se dispuso que los contratos de las entidades estatales que no se rigen por esas disposiciones - sino por el derecho privado- también se gobiernan por las causales del derecho privado. La nueva ley, así como la anterior, guardó silencio al respecto.

“De esta manera, no puede extenderse la aplicación del artículo 22 de la ley 1.150 a las ESE - ni a otra entidad estatal regida por el derecho privado-, sencillamente porque no les aplica esa ley. Por esto, la jurisprudencia sigue considerando que a esta clase de entidades les aplican las causales de anulación de laudos arbitrales previstas en el derecho privado.

“En cambio, esta conclusión ahora es más clara tratándose de las entidades estatales gobernadas por ley 80, porque el art. 22 de la ley 1.150 de 2007 dispone, precisamente, que las causales de nulidad de los laudos arbitrales donde sean parte las entidades estatales regidas por la ley pública de contratación son las del derecho privado⁶. De allí que, hoy no existe un régimen dual de causales de anulación para los laudos donde son parte las entidades estatales, sencillamente porque uno desapareció.

⁶ “Artículo 22. Del recurso de anulación contra los laudos arbitrales. El artículo 72 de la Ley 80 de 1993, quedará así:

“Artículo 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

“El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

“Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan”. (Negritas fuera de texto)

“Sin embargo -se insiste-, la razón de ser de esta conclusión, descendiendo al presente proceso, no es por aplicación del art. 22 de la ley 1.150, pues al fin y al cabo las Empresas Sociales del Estado no se rigen por la ley 80 ni por la ley 1.150 de 2007 - pese a que apliquen los principios de la función administrativa y los de la gestión fiscal (art. 13 de la ley 1150⁷)-, sino porque la jurisprudencia antes citada mantiene su vigor.”

Las mismas ideas aplican al caso presente, pues la entidad estatal contratante no se rigió por la ley 80 de 1993.

3. El caso concreto.

Los convocantes interpusieron el recurso de anulación invocando las causales contempladas en los numerales 4 y 6 del art. 163 del decreto 1818 de 1998, es decir:

“4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debido.”

“6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo. (Lo resaltado corresponde al recurrente)

3.1. Causal 4: “Cuando sin fundamento legal se dejaren de practicar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas siempre que tales omisiones no tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.”

⁷ “Art. 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

Para que prospere esta causal de nulidad es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: i) que no se hayan decretado las pruebas oportunamente solicitadas o que se hubieren dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, lo anterior ii) siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y iii) que el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.

Sobre el alcance y la estructura de esta causal la Sala ha sostenido -advirtiendo que la explicación ofrecida se ha dado a propósito de la misma causal, pero contemplada en el art. 72 de la ley 80 de 1993- que:

“Ahora es necesario recordar el texto de la norma que contiene la causal invocada, numeral 1º, artículo 72 de la ley 80 de 1993: “Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar las pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y el tiempo debidos”. Del análisis de la norma en cita, la Sala ha reiterado que la causal está dada para dos eventos: por la omisión en el decreto de la prueba, o por la omisión en la práctica de la prueba; y cualquiera de esos dos eventos requiere del cumplimiento de los siguientes supuestos: - la prueba debió ser oportunamente solicitada; -la omisión en el decreto o práctica de la misma debe incidir en la decisión; y -el interesado debió reclamar esas omisiones, en la forma y tiempo debidos. Y no debe perderse de vista que la norma exige que lo omitido debió ser producto de una decisión ‘sin fundamento legal’, elemento modal que afecta la procedencia de la causal. La Sala ve que el Tribunal tomó esa decisión con fundamento legal y no sin fundamento legal, porque el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil facultaba a los árbitros para actuar de ese modo. Aparece entonces, desde otro punto de vista, que no se da ninguno de los supuestos de hecho de la causal 1º del artículo 72 de la ley 80 de 1993, para anular el laudo impugnado; se reitera que esta causal señala: ‘Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar las pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y el tiempo debidos ‘frente a la realidad probatoria, la práctica de la inspección judicial, no habría cambiado la decisión de los árbitros, quienes se apoyaron en el dictamen, el cual consideraron suficiente. Por ello, se reitera, que el legislador facultó al juez para aplazar y negar el decreto de la inspección judicial, respectivamente, hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y cuando considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existan en el proceso.’⁸

⁸ Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Exp 28.308

Dado el carácter marcadamente procedimental que tiene el recurso de anulación, esta causal reivindica el derecho de defensa que tienen las partes en conflicto, ya que de esta manera se les garantiza la oportunidad de solicitar pruebas: para el convocante en la demanda y su corrección y para el demandado en el término concedido para contestar la misma.

Cabe destacar, no obstante, que al tribunal no le basta decretar las pruebas; también debe agotar las diligencias necesarias para evacuarlas, sin olvidar, en todo caso, que la solicitud tiene que cumplir con los requisitos legales para su procedencia, es decir, que debe tratarse de pruebas conducentes, pertinentes y relevantes, y además que los medios solicitados no sólo estén permitidos por la ley, sino que tengan relación directa o indirecta con la controversia planteada⁹.

No obstante, no debe olvidarse que esta causal tiene alcance limitado, porque se configura sólo cuando la omisión del juzgador tiene incidencia en lo decidido. En tal sentido, ocurre en ocasiones que un medio probatorio que no se decretó no conduzca, inexorablemente, a la declaración de nulidad del laudo, como cuando simplemente redundaría en razones que coinciden con el sentido de la decisión - un testimonio por ejemplo-. Igual acontece con una prueba decretada, pero que no se practicó, tal es el caso del peritazgo no rendido, sin embargo el proceso se decide por caducidad de la acción.

Estos y otros ejemplos muestran que la exigencia cualificante de la norma es razonable; de no ser así se anularían laudos arbitrales sin razón material que lo justifique, pues bastaría acreditar un error en materia probatoria para que se adopte una decisión como estas.

Para aplicar estas ideas al caso concreto es necesario verificar, *primero*, si el tribunal de arbitramento se abstuvo de decretar alguna prueba oportunamente solicitada, o si acaso se dejaron de practicar las diligencias necesarias para evacuarla y, *segundo*, si cumplido lo anterior tales omisiones tienen incidencia en la decisión.

La Sala encuentra que en la demanda se solicitaron varias “1. Pruebas en contra

⁹ En este sentido puede verse la sentencia de la Sección Tercera de mayo 2 de 2002 -Exp. 20.472-

de la Fiduciaria”, entre ellas: algunos testimonios, un interrogatorio de parte, una inspección judicial y:

“D. Dictamen pericial a través de un (1) contador público, para tase (sic) el valor de los perjuicios morales y materiales causados en contra del FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAUL ROMERO y GUILLERMO ROMERO a título de daño emergente y lucro cesante conforme a las pretensiones principales y subsidiarias...” - fl. 99, cdno. ppal. No. 1-

También solicitó varias “2. Pruebas en contra del GERENTE”, entre ellas: testimonios, un interrogatorio de parte, un experticio, y:

“D. Dictamen pericial a través de un (1) contador público, para tase (sic) el valor de los perjuicios morales y materiales causados en contra del FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAUL ROMERO y GUILLERMO ROMERO a título de daño emergente y lucro cesante conforme a las pretensiones principales y subsidiarias...” - fl. 101, cdno. ppal. No. 1-

Además solicitó varias “3. Pruebas en contra de ÓRBITA y/o BENEFICIARIO CONSTRUCTOR”, entre ellas: algunos testimonios, un interrogatorio de parte, un experticio, y:

“D. Dictamen pericial a través de un (1) contador público, para tase (sic) el valor de los perjuicios morales y materiales causados en contra del FIDEICOMITENTE y/o BENEFICIARIO RAUL ROMERO y GUILLERMO ROMERO a título de daño emergente y lucro cesante conforme a las pretensiones principales y subsidiarias...” - fl. 103, cdno. ppal. No. 1-

Como se observa, entre las pruebas solicitadas y aportadas no se encuentra la que los recurrentes echan de menos en el recurso de anulación, es decir: la información procedente de los bancos BBVA y Bancafé, con las cuales esperaban tasar los perjuicios morales y materiales que afirmaron sufrir los actores.

Estas pruebas fueron decretadas por el tribunal, mediante auto No. 12 - fl. 481, cdno. ppal. No. 1- donde se ordenó la práctica de los dictámenes periciales y se designó una profesional para ello. No obstante, de ese peritazgo contable se excluyó la determinación del perjuicio moral, porque el tribunal consideró que el contador carecía de la formación adecuada para determinarlo.

Luego, por medio del Auto No. 14 - incorporado en el Acta No. 11- el tribunal

adicionó las pruebas, decretando de oficio:

“Décimo. ... oficiar al Banco BBVA a efectos de que se envíe con destino con destino al presente trámite arbitral, copia de la totalidad del expediente del crédito otorgado al Proyecto Pino Verde. De igual manera se solicita enviar una certificación en la que conste el estado actual de dicho crédito.” - fl. 225, cdno. ppal. No. 2-

Luego, el perito rindió el dictamen, contra el cual la parte convocante propuso la solicitud de aclaración, complementación y objeción por error grave - fls. 404 y ss.-, aduciendo que no se pronunció sobre los perjuicios materiales - daño emergente y lucro cesante-. Para sustentarlo señaló que no se recopiló la información contable y financiera suficiente, y por eso solicitó: i) que se oficie a BANCAFE, para que remita toda la información relacionada con la “cuenta-socios”, que se tenía en la primera entidad bancaria; y ii) que se oficie al BBVA, para que remita todo el expediente del proyecto inmobiliario, específicamente lo relacionado con la “dación en pago” realizada por la Fiduciaria Central a favor del BBVA - fl. 405-. Adicionalmente, en relación con este banco, pidió -en el numeral 18 del memorial- que se “... verifique el valor del saldo insoluto del denominado ‘crédito-constructor’ y los responsables contables del mismo, para que tasen todos y cada unos de los perjuicios solicitados en la demanda a título de daño emergente y/o lucro cesante...” - fl. 412, cdno ppal. No. 3-.

El tribunal accedió a que se complementara y aclarara el peritazgo, en consecuencia, en el Acta No. 24 dispuso decretar la prueba del numeral 18 de la petición de aclaraciones y complementaciones. En esto términos, del análisis de las solicitudes y decisiones que se hicieron al interior del proceso arbitral, en este aspecto, se desprende lo siguiente:

- Que las pruebas pedidas por la parte convocante fueron decretadas, y que entre ella no se hallaba la solicitud de oficiar a los Bancos BBVA y Bancafé para que remitieran información especial sobre el tema.
- Que fue el tribunal, de oficio, quien decretó la prueba documental consistente en “oficiar al Banco BBVA a efectos de que se envíe... copia de la totalidad del expediente del crédito otorgado al Proyecto Pino Verde. De igual manera se solicita enviar una certificación en la que conste el estado actual de dicho crédito.”
- Que al momento de presentar la solicitud de aclaraciones y complementaciones

contra el peritazgo contable -uno de los tres peritazgos decretados en el proceso- la parte convocante hizo dos solicitudes: i) una que denominó "petición especial", que incluía: a) oficiar a BANCAFE para que se solicite la remisión de toda la información relacionada con la "cuenta-socios", que se tenía en la primera entidad bancaria; y b) oficiar al BBVA para que remitiera todo el expediente del proyecto inmobiliario, específicamente lo relacionado con la "dación en pago" realizada por la Fiduciaria Central a favor del BBVA - fl. 405-. ii) Adicionalmente, en relación con el BBVA, pidió -en el numeral 18 del memorial- que se "... verifique el valor del saldo insoluto del denominado 'crédito-constructor' y los responsables contables del mismo, para que tasen todos y cada unos de los perjuicios solicitados en la demanda a título de daño emergente y/o lucro cesante..." - fl. 412, cdno ppal. No. 3-.

- Que al decidir la solicitud el tribunal accedió a que la señora perito aclarara y complementara el peritazgo, en los términos del numeral 18 de la petición.

La Sala infiere de allí que el tribunal no acogió la denominada "petición especial", contenida en la solicitud de aclaraciones, porque sólo ordenó la complementación y aclaración del laudo, en los términos de la identificada como "petición No. 18", es decir, sólo en relación con el banco BBVA para que se "... verifique el valor del saldo insoluto del denominado "crédito-constructor" y los responsables contables del mismo, para que tasen todos y cada unos de los perjuicios solicitados en la demanda a título de daño emergente y/o lucro cesante..." - fl. 412, cdno ppal. No. 3-.

En estos términos, la Sala no encuentra que el Tribunal hubiera decretado como prueba documental ni como parte de la pericial, la obligación de que BANCAFÉ remitiera información con destino al proceso. En efecto, revisadas las Actas del proceso - con los Autos dictados por el tribunal, allí contenidos-, no se halla en ninguna de las numeradas entre la 1 y la 24 alguna decisión que contemplara para esta entidad financiera la obligación de reportar información.

De allí que, resulta improcedente el recurso de anulación, en relación con esta prueba - por lo menos en lo referente a BANCAFE- que se afirma que no se practicó, pues no sólo no se le impuso a la señora perito contable que la tuviera en cuenta, sino que tampoco se decretó como prueba documental independiente. Por tal razón, exigiendo el art. 163.4 del Decreto 1818 de 1998, para la procedibilidad

de esta causal, que la prueba se haya decretado para poder practicarla, entonces, por sustracción de materia, resulta improcedente reclamar por la prueba que no se decretó.

Cosa distinta acontece con la ordenada de oficio en el Auto No. 14 - contenido en el Acta No. 11- que adicionó las pruebas inicialmente decretadas: "Décimo. ... oficiar al Banco BBVA a efectos de que se envíe con destino al presente trámite arbitral, copia de la totalidad del expediente del crédito otorgado al Proyecto Pino Verde. De igual manera se solicita enviar una certificación en la que conste el estado actual de dicho crédito." - fl. 225, cdno. ppal. No. 2-

En relación con esta sí se cumple el requisito formal de procedibilidad de la causal de anulación que se analiza, aunque conviene hacer una precisión. Resulta que el numeral 4 del art. 163 establece que la nulidad procede:

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debido."

Resulta que la prueba que se echa de menos no fue solicitada por la parte convocante, sino decretada de oficio -como expresamente lo declaró el tribunal-. Por esta circunstancia los convocados consideran que no se configura la causal alegada, porque el medio probatorio no fue pedido en la demanda sino decretado de oficio.

La Sala entiende que la causal transcrita contiene dos supuestos, perfectamente diferenciables, aunque ambos producen la nulidad del laudo: i) la falta de decreto de las pruebas pedidas - con las condiciones que más adelante se indican-, y ii) la falta de práctica de las pruebas decretadas - con las mismas condiciones que indica la norma adelante-.

En estos términos, el primer supuesto exige que la parte solicite el decreto de algunas pruebas, cuya negación podría conducir a la anulación del laudo; pero no basta eso, es necesario que por negarla la decisión arbitral se afecte - por tener incidencia en ella-, y también se necesita que el interesado reclame por esa circunstancia. En este orden de ideas, esta situación nunca se presenta con las pruebas de oficio, pues no habiéndolas sugerido la parte, mal puede alegar la

anulación del laudo por la desatención a lo que no solicitó.

Además, está claro que esta causal hace abstracción del tipo de prueba que se deja de decretar, es decir, que en principio cualquiera puede dar al traste con el laudo - testimonios, peritazgo, inspección judicial, documentos, etc.-, porque la ley no cualificó este aspecto. Por tanto, ninguna distinción cabe al respecto, y sólo quedará en manos del juez de la anulación determinar si la prueba pedida y no decretada incide en la decisión, y siempre que se haya discutido el asunto ante el tribunal.

Se trata de una libertad o margen de apreciación bastante amplia, que la Sección Tercera debe ejercer con rigor, para determinar si la ausencia de la prueba incidió o no en la decisión, arbitrio judicial que debe razonarse en la sentencia.

Además urge otra precisión. Las etapas previstas por la ley procesal para pedir y/o aportar las pruebas suele ser, por regla general, la presentación de la demanda - para los convocantes-, y la contestación a la misma -para los convocados-. Sin embargo, esto no es absoluto, toda vez que extraordinariamente las partes pueden pedir pruebas en etapas distintas, pero autorizadas por la ley -como aconteció en este proceso-. De allí deviene la oportunidad para solicitar que se aclare o complemente un peritazgo, y con mayor razón cuando se objeta por error grave, en cuyo caso así lo establece el artículo 238 CPC¹⁰, momento en el que el

¹⁰ “Art. 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

“1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.

“2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.

“3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.

“4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.

“5. En el escrito de objeción se precisará el error **y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas.** El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.

“6. La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen, salvo que la ley disponga otra cosa; el juez podrá acoger como definitivo el practicado para probar la objeción o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos, que será inobjetable, pero del cual se dará traslado para que las partes puedan pedir que se complemente o aclare.

tribunal de arbitramento tiene el deber de apreciar, una vez más, la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba, y cuya decisión reactiva la posibilidad de que se configure la causal de anulación del laudo.

En efecto, no existe ningún reparo para que la falta de decreto o de práctica de una prueba ordenada en esta ocasión también produzca la nulidad del laudo, siempre y cuando se cumplan las dos condiciones que contempla la causal cuarta que se analiza.

El segundo supuesto, en cambio, hace abstracción acerca de si la prueba decretada fue pedida por alguna de las partes u ordenada de oficio, como quiera que en este caso lo determinante es que “se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas”, es decir, que las decretadas no se practicaron.

En este orden, no tienen razón los convocados, al sugerir que se desestime esta causal, porque la información pedida al BBVA no la solicitaron los convocantes. La *ratio*, además de lo analizado, también consiste en que la prueba decretada pertenece al proceso, lo que se conoce en el derecho probatorio como el principio de la “comunidad de la prueba”, en virtud de la cual pedida u oficiosa, una vez decretada y practicada pertenece al proceso y no a quien la insinuó, y es por eso que cualquiera de las partes puede reclamar que se cumpla su práctica, ya que si el juez la ordenó es válido exigir que se aporte.

Desde luego, y una vez más se indica y enfatiza, para que proceda la anulación por esta circunstancia se necesita que la falta de práctica incida en la decisión, y que se hubiere reclamado oportunamente por la omisión.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala encuentra que, efectivamente, se decretó de oficio una prueba que tenía por objeto que el banco BBVA “envíe con destino al presente trámite arbitral, copia de la totalidad del expediente del crédito otorgado al Proyecto Pino Verde. De igual manera se solicita enviar una certificación en la que conste el estado actual de dicho crédito.”

Asimismo está acreditado que no se practicó la prueba, por causas no imputables

“7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.” (Resaltos fuera de texto)

a la parte convocada. Sin embargo, no basta constatar este hecho, es necesario analizar si se reclamó oportunamente por esta circunstancia, y si la omisión incidió en la decisión.

Al estudiar la segunda condición se apreciará que la causal de anulación no se configura, porque la falta de la prueba no incidió en la decisión, lo que, a su vez, eximirá a la Sala de estudiar la primera condición que establece la causal - por razones de economía procesal-.

Para los recurrentes, la perito, en la aclaración y complementación al dictamen, no incluyó los perjuicios, desatendiendo la prueba pedida y decretada por el tribunal. En estas palabras, "... a pesar de haber decretado la práctica del dictamen pericial en los términos planteados en la demanda, y a pesar de haber solicitado al banco BBVA el envío de la totalidad del expediente con destino al proceso arbitral... sin fundamento legal dejó de practicar las diligencias necesarias para evacuar la prueba pericial oportunamente solicitada, decretada y ejecutoriada, en la medida en que no le permitió al perito contable contar, ni tener acceso oportuno a información vital y fundamental que no había sido aportada por el banco BBVA ni por Bancafé para la tasación completa y cabal de perjuicios solicitados en la demanda..." - fls. 612 a 613, cdno. Ppal.-.

De esta manera, se destaca en el recurso de anulación que la prueba que no se practicó era necesaria para calcular los perjuicios padecidos por ellos, concretamente los materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante. Y tendrían razón en insistir en su práctica si el tribunal hubiera declarado en el laudo que sufrieron un daño patrimonial, pero que no fue posible estimarlo para condenar a la indemnización.

Sin embargo, lo que se tiene establecido - con lo cual se le concede parcialmente la razón a los convocantes- es que se declaró que Fiducentral SA. incumplió las siguientes obligaciones: i) declarar correctamente la obtención del punto de equilibrio del proyecto, ii) elevar consultas a la Superintendencia Bancaria, iii) rendir oportunamente las cuentas e informes sobre el estado financiero del proyecto, ante el Comité Fiduciario, convocar al Comité Fiduciario, en los términos acordados en el contrato.

Además se declaró que ÓRBITA LTDA., incumplió su obligación de cobrar los

honorarios profesionales cuando se hubiera pagado el crédito al BBVA, pues lo hizo antes de eso.

Asimismo se negó la declaración de incumplimiento a cargo del Gerente del Proyecto, y las demás pretensiones principales y subsidiarias, entre ellas la pretensión indemnizatoria por concepto de perjuicios morales y materiales.

Contra esta decisión es que se opone el recurrente, al considerar que de haberse practicado la prueba que echa de menos se habría conocido el monto de la indemnización a que tenía derecho. Sin embargo, su razonamiento es equivocado, porque para tener derecho a ello se exige un daño - con las características adicionales de ser directo, cierto y personal-; se sabe que en materia de responsabilidad jurídica, incluida la contractual, es condición *sine qua non* su existencia para que proceda la indemnización - excepto tratándose del cobro de una cláusula penal o de una multa-. En tal sentido ha expresada esta Sección:

“En el asunto *sub examine*, el daño antijurídico no está acreditado...; en ese orden, la parte actora desconoció el postulado contenido en el artículo 177 del C.P.C.¹¹, precepto que establece la carga probatoria de los hechos o supuestos en cabeza de quien los alega y, por consiguiente, tratándose de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en precisar que la acreditación del daño incumbe, en todos los casos, a la parte demandante sin que opere respecto de este elemento de la responsabilidad teorías o instrumentos de aligeramiento probatorio¹².

“Desde otro ángulo, si hipotéticamente se partiera del supuesto de la existencia de un daño antijurídico, no hay prueba que permita la imputación invocada en la demanda, razón que impone aún más la necesidad de confirmar la sentencia recurrida, puesto que, se aprecia una ausencia total de demostración de los elementos de la responsabilidad.

“Se impone, entonces, mantener la decisión apelada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, ya que, como se señaló, no existe prueba de los elementos configurativos de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, lo que obliga a resolver desfavorablemente las súplicas de la demanda.”
(Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2010. Exp. 18.478)

En el mismo sentido se puede indicar que sin daño no surge la responsabilidad, se

¹¹ “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2008, exp. 16054.

trata del primer elemento que la configura, tanto que es innecesario estudiar aspectos como la imputabilidad cuando aquél no existe. O lo que es igual “En lo que respecta al daño hay que acreditar su existencia. Corresponde probar el mismo a quien lo sufre, ello tiene su fundamento en la ley y además constituye un presupuesto ontológico-, no bastan las afirmaciones sobre la realidad el daño, se requiere su constatación fenoménica, o sea, la prueba de su materialización, que no es más que el menoscabo patrimonial que sufre quien lo padece...”¹³

En el caso concreto, la futilidad de la prueba que se analiza tiene que ver, precisamente, con este hecho, pues el tribunal de arbitramento declaró que la mayoría de los incumplimientos que los convocantes denunciaron no prosperaron, y los pocos que lo hicieron - ya relacionados- son de una envergadura tan pequeña para el *a quo* que declaró que no causaron daños materiales ni extrapatrimoniales.

En este orden de ideas, la declaración de incumplimiento parcial que se declaró no tuvo la entidad suficiente para producir perjuicios, de ahí que se negaron las pretensiones en este sentido, y por ello es innecesario examinar la eventual nulidad del laudo. Por ende, si se accediera a la solicitud de anulación se mostraría que en nada cambiaría la decisión, porque igualmente si no existe daño no habrá indemnización. En otras palabras, una cosa es la existencia del daño y otra cosa la cuantificación del perjuicio, y a este se le mide y tasa sólo cuando el primero existe, lo cual no ocurrió en el caso concreto, y por eso la prueba no incide en el laudo arbitral.

Como si fuera poco, el tribunal declaró, en relación con este tema, que parte de las causas del fracaso del proyecto eran imputables a los mismos convocantes, ya que con su actuación habían desfinanciado el proyecto inmobiliario, y condujeron a que no funcionaran las instancias de decisión que se habían creado en el contrato para administrarlo. En muchos lugares del laudo, el tribunal declaró lo siguiente:

“Pero, por otra parte, el tribunal consideró que los incumplimientos detectados no tuvieron la entidad suficiente para causar el daño que se les endilga, puesto que ni estos se demostraron, ni se probó una relación de causa efecto con los daños pretendidos por los

¹³ Enrique Gil Botero. Responsabilidad extracontractual del Estado. Ed. Ibáñez. Cuarta edición. 2010. pág. 77.

DEMANDANTES. En consecuencia no se configuran los elementos necesarios para declarar una responsabilidad y mucho menos solidaria en cabeza de la FIDUCIARIA, del GERENTE, ni del CONSTRUCTOR y a favor de los DEMANDANTES, que los obligue a resarcir los daños invocados.” - fl. 531, cdno. ppal.-

Algo similar se expresó a folio 536, 540 y 542, para negar la existencia del daño moral, que también se reclamó en la demanda.

En relación con el lucro cesante, señaló el tribunal que tampoco existe daño indemnizable, porque el proyecto aún no ha culminado, luego se desconoce si los convocantes tienen derecho al pago del inmueble aportado al proyecto, y a las utilidades que resulten del mismo:

“Atendiendo a lo señalado en los arts. 1608 y 1615 del código civil, para que proceda la declaración de responsabilidad contractual es preciso que el deudor se encuentre en mora, lo cual no ocurre en este caso, ya que el momento para conocer si esa es o no la situación no ha llegado. Por cuanto el proyecto Pino Verde aún se encuentra en ejecución, no puede señalarse si ello acaeció o no, y, menos, en caso negativo, por qué razón.

“mal haría entonces el Tribunal en anticipar el momento para la exigibilidad del deber respecto de las utilidades, accediendo a la pretensión de los CONVOCANTES.” - fls. 547 a 548, cdno. ppal.-

Y más adelante agrega, en una serie innumerable de referencias al mismo tema, que:

“A pesar de la anterior claridad, es necesario recalcar que, además, en el caso que nos ocupa, no se acreditaron las condiciones de daño (sic) indemnizable cierto para el no pago del valor del lote y la no generación de utilidades.” - fl. 549. En el mismo sentido ver fls. 431, 433¹⁴-

El tribunal de arbitramento agrega, incluso, que tampoco existe nexo de causalidad entre los hechos imputados a los demandados y el daño reclamado - fls. 429, 436, 438, 440, 441, 444, 445¹⁵, 453¹⁶, 461¹⁷, 470¹⁸ -, de manera que no se

¹⁴ En este lugar se expresó “Desde el punto de vista del material probatorio acopiado se registra un hiato entre el cumplimiento defectuoso y el supuesto daño que, por otra parte, no está demostrado, sin que sea válido el intento... de establecer la causalidad fundándola en el razonamiento según el cual sino hubiera sido declarado el punto de equilibrio la obra no habría sido acometida... porque sería apenas una condición, y no una causa eficiente de uno u otro desenlace.” -fl. 433-

configura otro elemento de la responsabilidad contractual, que desde luego también impide la prosperidad del recurso de anulación, porque no tiene sentido anular un laudo por la práctica de una prueba que no incide en el resultado del proceso.

En esta línea de pensamiento, señaló el tribunal que “en el expediente existe abundante evidencia, relacionada en detalle a lo largo del laudo, de que el proyecto nunca estuvo en punto de producir utilidades, tanto por el incremento en los costos, como por la disminución de los ingresos” - fl. 550-, porque “El daño cuyo resarcimiento reclama el demandante sin probarlo, tuvo su causa en los sobrecostos que se presentaron por causas ajenas (hechos de terceros, culpa de la víctima, imprevistos). El no se deriva de forma directa del incumplimiento que se predica de la fiduciaria; no hay una relación de causalidad que se haya demostrado ni aparezca evidente en el proceso, por lo tanto los incumplimientos que reconoce el Tribunal no tiene mérito para decretar una condena.” - fl. 478-

De hecho, a folios 478 y siguientes el tribunal estudió la conducta de los convocantes, en relación con el desarrollo del proyecto, y concluyó que, entre otras causas del fracaso - imprevistos (existencia de una roca en el suelo, que hizo más costos los trabajos) las ejecución de obras Transmilenio (que afectaron la movilidad de los vehículos del proyecto), el accidente de los estudiantes del Colegio Agustiniiano (que impuso restricciones en las obras por parte del Distrito)- la conducta suya fue constitutiva de él: i) porque no participaron del Comité Fiduciario, ii) no aportaron recursos para la construcción - fl. 484-, iii) no

¹⁵ “Por último el tribunal encuentra necesario advertir que los análisis y consideraciones que lo conducen a declarar que no existe daño indemnizable a cargo de la FIDUCIARIA son, mutatis mutandis, aplicables a los otros agentes que debían concurrir a la declaración del punto de equilibrio, considerados claro está, la naturaleza de la intervención que competía a cada una de ellas, a saber, el Veedor y el Gerente

¹⁶ En relación con el incumplimiento a cargo de la FIDUCIARIA por la “... no consulta formal a la Superintendencia Bancaria, no constituye una conducta que pueda predicarse como causa de los daños alegados, más no probados, puesto que ellos fueron consecuencia de toros factores tales como los imprevistos, sobrecostos, ausencia de recursos, todo lo cual impide que de tal conducta se derive una responsabilidad de la fiduciaria con consecuencias resarcitorias.”

¹⁷ Sobre el incumplimiento de la fiduciaria en la rendición de cuentas, luego de declararla, se indicó que “No obstante, la falla de la FIDUCIARIA, ella no fue la causa, ni así se demostró, de los supuestos daños pretendidos. El proyecto afrontó dificultades posteriores... En consecuencia, aunque se declarará el incumplimiento, no se decretará una consecuente condena por faltar el requisito esencial de la conexidad del daño con la conducta culposa.” -fls. 461 a 462-

¹⁸ En forma similar a la descrita en los anteriores numerales, el tribunal concluyó lo mismo frente al incumplimiento de la fiduciaria en la rendición oportuna de las cuentas, es decir que esta no fue la causa de los daños reclamados -fl. 470-.

colaboraron con los demás participantes del proyecto en la búsqueda de soluciones a las dificultades que fueron presentando - fl. 486-, y iv) la falta de pago de los apartamentos que ellos o sus familiares separaron - fl. 491-

A conclusiones similares llegó el tribunal para negar la responsabilidad del Gerente del Proyecto, de quien incluso se declaró que no había legitimación por pasiva, porque el ingeniero demandado no fue quien inicialmente participó del proyecto, de manera que con mayor razón de éste no se podía esperar una condena. Y como si fuera poco, también se concluyó que si alguien podía reclamar de éste alguna responsabilidad era la Fiduciaria, no los convocantes - fideicomitentes- de modo que cualquier análisis de su responsabilidad sobra - fls. 497 y ss., especialmente fl. 501-.

Se reitera con esto que la prueba que echan de menos los convocantes no tiene incidencia en la decisión que el tribunal adoptó frente al Gerente, y por eso se insiste en que no se anulará el laudo.

Finalmente, se estudió la responsabilidad del constructor - ORBITA LTDA.-. El tribunal señaló que no se demostraron la mayoría de los incumplimientos que los demandantes le imputaron, de allí que no se estudió ni el daño ni la relación de causalidad con los perjuicios reclamados - fls. 518, 520, 521, 523, cdno. ppal.-

No obstante, sí se declaró que este participante del proyecto inmobiliario sí desconoció la cláusula del contrato que establecía las condiciones relativas al pago de sus honorarios, porque accedió al dinero que aún no tenía derecho a recibir. Pese a ello, el tribunal también encontró que si alguien podía reclamar de éste alguna responsabilidad era la Fiduciaria, no los convocantes - fideicomitentes- de modo que cualquier análisis de su responsabilidad también era innecesario - fls. 526 a 527-.

En estos términos, la Sala negará la solicitud de anulación del laudo, por la causal cuarta del art. 163 del decreto 1818 de 1998, porque es evidente que era innecesario practicar las pruebas que el recurrente considera que servían para demostrar los perjuicios recibidos por concepto perjuicios materiales, ya que el daño producido no provino de la conducta de los demandados - según sentenció el tribunal-. Y no cabe duda que carece de sentido reclamar la prueba del monto de la indemnización, cuando ni siquiera existe daño, ni nexo causal.

Esta conclusión aplicaría, incluso, a la documentación solicitada a DAVIVIENDA, si en gracias de discusión se admitiera que también fue decretada por el tribunal, pues de la misma manera sólo serviría para acreditar un aspecto donde no existe daño imputable a los convocados.

3.2. Causal 6. “Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”

Respeto de esta causal el Consejo de Estado ha sostenido, en múltiples ocasiones, que el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de manera que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley¹⁹.

En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, solo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. En tal sentido, en el año 2000 el Consejo de Estado indicó que:

“El estudio de esta causal requiere de algunas consideraciones previas, acerca de las condiciones necesarias para que se configure -deducidas de lo que la Jurisprudencia de esta Sala ha dicho al respecto-, a fin de evaluar si, en el presente caso, resulta aplicable, atendiendo al hecho de que los más fuertes argumentos de los recurrentes giran en torno a este punto.

“En primer lugar, resulta especialmente importante constatar que, mientras el artículo 115 del decreto 1818 de 1998 contempla la posibilidad que los arbitramentos privados sean en derecho, en equidad o técnicos; los que se profieren en relación con los contratos estatales sólo pueden ser en derecho - art. 70, inciso 2²⁰, ley 80-, o técnicos - art. 74, ley 80²¹-.

¹⁹ Sentencia de 6 de Julio de 2005. Exp. 28.990.

“Sin embargo, la circunstancia de que, de ninguna manera, sea permitido por el ordenamiento jurídico administrativo un fallo en conciencia, en los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir controversias en contratos de carácter estatal, no puede llevar a pensar que cualquier tipo de falencia en un laudo equivalga a un fallo en conciencia.

“Al respecto, ha dicho esta Sala que: ‘Debe agregarse, por lo demás, que, conforme a lo anterior, es claro que la decisión equivocada no se identifica con la decisión en conciencia, de manera que la causal de anulación citada no puede justificar la revisión de la argumentación jurídica elaborada por el Tribunal de Arbitramento, por parte del juez del recurso. De otra manera, so pretexto de su interposición, se abriría paso para desconocer la convención celebrada por las partes, en el sentido de no acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sometiendo la controversia a la decisión de árbitros, que deben fallar en única instancia. De allí que, como se ha expresado, el recurso de anulación no dé lugar al trámite de una nueva instancia; que, además, las causales previstas para su interposición estén dirigidas a corregir errores *in procedendo* y, sólo de manera excepcional, errores *in judicando*, y que, en este último caso, como también se ha dicho, los límites del juez estén claramente definidos en la ley.’”²²

En este orden de ideas, para que a un fallo se le considere en conciencia se exige que sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración al ordenamiento jurídico vigente.

Con fundamento en lo señalado, y aplicado al caso concreto, considera la Sala que los argumentos formulados contra el laudo, por la causal sexta de anulación, no deben prosperar, porque no fue expedido en conciencia. En efecto, al impugnante no le asiste la razón, por cuanto el Tribunal de arbitramento llegó a la decisión basándose en el ordenamiento jurídico y no, como lo sostiene aquél, con absoluto desconocimiento de la normatividad que regula el negocio celebrado por las partes.

²⁰ Dice esta norma que “El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.”

²¹ Dice esta norma que “Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.”

²² Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, exp. 22.191

Es así como, la actuación del Tribunal se dirigió a establecer, en primer lugar, las razones por las que la mayoría de las objeciones contra los dictámenes periciales no prosperaban: porque no daban cuenta de una equivocación de los expertos. Otra objeción prosperó, para lo cual, en uno y otro caso, los árbitros expusieron, apoyados en las normas del CPC., en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en la sana crítica - fls. 332 y ss.-, las razones por las que adoptaban estas decisiones.

Luego se ocupó del estudio jurídico del contrato de fiducia, desde una doble perspectiva: i) Analizó los elementos del contrato de fiducia objeto del proceso arbitral - partes del contrato (fl. 368), objeto del negocio (fl. 370), bienes fideicomitidos, obligaciones del fideicomitente, obligaciones de los beneficiarios, obligaciones de la fiduciaria, obligaciones y derechos del constructor y del Gerente, el Comité Fiduciario-, y ii) hizo un estudio general de esa modalidad de contrato.

En forma muy especial, para centrar el objeto de la fiducia, se apoyó en la doctrina jurídica - fls. 370 y 389- y en la Circular Básica de la Superintendencia Bancaria que define este contrato - fls. 374 y 390-, para concluir que era una "fiducia inmobiliaria al costo para el fideicomitente".

Con la misma intensidad argumentativa el tribunal estudió la responsabilidad de las fiduciarias, apoyado en el contrato *sub iudice* -con sus modificaciones-, en la doctrina y en las normas que rigen la materia. Por ello, es evidente que el análisis del proceso no se basó en la conciencia del juez o en su pura apreciación de la justicia, no mediada por el pensamiento jurídico, sino que razonó con apoyatura en las normas y en las cláusulas del contrato, donde se establecieron los derechos y las obligaciones de las partes, así como las condiciones de ejecución del proyecto inmobiliario.

Así mismo está claro que las pruebas del proceso, sumado al estudio de los aspectos anteriores, soportaron la decisión del tribunal, de manera que es inaceptable que el recurrente considere que se produjo un fallo en conciencia, cuando existen medios probatorios de los hechos y de las excepciones analizadas en el proceso.

De otro lado, olvida el recurrente que la prosperidad de esta causal también exige que la decisión en conciencia sea manifiesta en el laudo, lo que no se aprecia desde ninguna perspectiva en el caso concreto, ni en lo que se refiere al aspecto probatorio, que se observa válidamente sustentado, ni en otros ámbitos de la decisión.

En general, considera la Sala que el tribunal dedujo la decisión con fundamento en el estudio del contrato de fiducia, lo cual es adecuado, teniendo en cuenta que la aplicación de las cláusulas de un negocio hacen parte de aquellas "normas" en las cuales también puede y debe apoyarse el tribunal de arbitramento, para decidir en derecho la controversia. En tal sentido, tiene dicho esta Sección - sentencia de julio 6 de 2005. Exp. 28.990- que:

“3.1.3. Las cláusulas de un contrato, y no sólo las normas positivas, constituyen derecho, para efectos de la causal segunda de anulación. Del recuento hecho en el subnumeral anterior, vale la pena aclarar algunos aspectos que confirman a la Sala la conclusión de que el fallo no se produjo en conciencia, sino en derecho.

“Un fallo en derecho, en materia contractual, no es aquél que se apoya única y exclusivamente en normas con rango de ley, o en decretos, o similares -como parecen entenderlo los recurrentes-; puede estar sustentado en las cláusulas del contrato, y en los documentos que forman parte del negocio jurídico -pliegos de condiciones, cartas, actas, etc.-.

“En efecto, en este campo, el derecho no es sólo el producido por los órganos institucionalmente establecidos para el efecto - tal como ocurre con las materias reservadas a la ley, o con la exclusividad que tienen otras normas, fundamentalmente reglamentos de diversas autoridades, para regular algunos temas-, sino que en esta materia el derecho mismo puede ser, y de hecho tiene que serlo, de creación de las partes.

“Téngase presente, además, que la causal segunda de anulación que se analiza, se estructura sobre la base de que el fallo debe ser en “derecho”, con lo que se quiere significar que el “derecho” es mucho más amplio y omnicomprensivo que las solas normas producidas por el legislador, entre otras normas creadas por órganos formalmente establecidos.

“Incluso el propio Código Civil -al cual remite la ley 80 de 1993, en los arts. 13 y 40- es el que establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602), y más adelante agrega que “los contratos deben cumplirse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan

precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” (art. 1603)

“De estas normas se desprende que, efectivamente, la capacidad creadora de derecho - con efecto exclusivo entre las partes-, a través de un contrato, es una de las fuentes normativas, a través de las cuales se resuelve, en derecho, un conflicto contractual. Incluso puede ser la más importante fuente de derecho para realizar este cometido encomendado al juez.

“He aquí una diferencia importante, en relación con otras instituciones jurídicas -como por ejemplo la material laboral, o la impositiva, etc.-, cuyo derecho es eminentemente externo a las partes; mientras que en materia contractual, buena parte de su contenido es definido libremente por ellas - desde luego que con una debida cobertura legal-, lo que hace que al momento de definir las controversias el juez se deba ajustar, primero, a los acuerdos alcanzados, por supuesto que manteniendo una permanente observancia de las normas legales con incidencia sobre la relación negocial, y que no pueden ser alteradas por las partes - como es el caso de la ampliación o la creación de causales de anulación del laudo-, según se analizó arriba.

“En el caso objeto de este recurso se aprecia, precisamente, que el fallo se fundamentó en derecho, y, principalmente, en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el contrato - junto con sus aclaraciones, modificaciones y en el pliego de condiciones-, lo que hace que por este aspecto se encuentre apoyado en el derecho.”

Ahora bien, se insiste en esto, el apoyo y la valoración probatoria realizada por el juez fue intensa y pormenorizada. Así, por ejemplo, se hizo un estudio detallado de los diversos documentos allegados al proceso, como también del peritazgo. Esto demuestra que no fue la libre apreciación del Tribunal, sino su respeto a las pruebas lo que le condujo a tomar la decisión que adoptó. Esto conduce a la Sala a sostener que el laudo no se expidió en conciencia sino en derecho, de manera que no es ajeno a la realidad probatoria y normativa correspondiente. Además, no desconoció la existencia del contrato celebrado entre las partes, ni el alcance las obligaciones pactadas.

Estas razones son suficientes para sostener que el cargo no prosperará.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE INFUNDADO el recurso de anulación interpuesto por Víctor Raúl Romero Silva y Guillermo Romero Silva, contra el laudo arbitral proferido el 9 de septiembre de 2009, por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre estos contra la Sociedad Fiduciaria Central SA., el señor Gustavo López García y la Sociedad Órbita Arquitectura e Ingeniería Ltda., con ocasión de un contrato de fiducia mercantil en administración, suscrito el 9 de julio de 2003.

Segundo. CONDÉNASE a Víctor Raúl Romero Silva y a Guillermo Romero Silva a pagar las costas del recurso de anulación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

OLGA DEL VALLE DE DE LA HOZ