

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGI-
CO - CAPRECAN**

VS.

JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO

ÍNDICE

PÁGINA

I. Antecedentes y Trámite del Proceso -----	4
A. Solicitud de convocatoria y trámite prearbitral -----	4
B. Trámite Inicial -----	6
C. Trámite Arbitral -----	7
II. Posiciones y Pretensiones de las Partes -----	16
A. Demanda -----	16
B. Contestación -----	24
C. Demanda de Reconvención -----	26
D. Contestación a la Demanda de Reconvención -----	35
III. Consideraciones del Tribunal -----	37
A. Aspectos Procesales -----	37
B. Objeción al Peritaje Contable -----	38
C. El Contrato y su ejecución. Incumplimientos recíprocos -----	43
D. Excepciones -----	53
E. Efectos del incumplimiento recíproco. Mutuo disenso -----	55
F. Costas -----	59
IV. Decisiones del Tribunal Arbitral -----	60

**CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN**

LAUDO

Medellín, 23 de Agosto de 2010

Según lo anunciado en auto No. 22 de Julio 14, 2010, el tribunal arbitral ("Tribunal o "Tribunal Arbitral") expide, por unanimidad, el laudo ("Laudo") que se expresa a continuación.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de convocatoria y trámite pre-arbitral

1. En Octubre 14, 2008, el Centro Antioqueño de Salud y Prevención del Cáncer - Caprecan ("Demandante" o "Caprecan") presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia ("Centro de Arbitraje") y mediante apoderado, una solicitud de convocatoria a fin de que se integrara un tribunal arbitral que resolviera las pretensiones formuladas en la demanda ("Demanda") que acompañó a tal petición.¹
2. A tal efecto, la Demandante se basó en la cláusula compromisoria contenida en el contrato ("Contrato") suscrito con Juan Pablo Aguirre ("Demandado") en Diciembre 18, 2007, cuyo tenor es el siguiente:

"CLAUSULA NOVENA. Cláusula compromisoria: Las partes convienen que en el evento que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por (sic) Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Medellín, Los arbitramentos que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en los Decretos 2279 de 1989 y 1818 de 1998, en la ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia."²

3. Dicha cláusula compromisoria, a su turno, fue modificada por las partes ("Partes") en el curso del presente proceso ("Proceso" o "Arbitraje"), así:

¹ Cuaderno No. 1 – Folios 001 y siguientes.

² Cuaderno No. 1 – Folio 048.

“Entre los suscritos, Clara Virginia Cuervo Rosa, mayor de edad, vecina de Medellín, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.879.744, actuando en su calidad de representante legal de CAPRECAN de una parte, y de la otra, Juan Pablo Aguirre Orozco, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 71.272.082, actuando en su propio nombre y representación legal, acordamos modificar la cláusula compromisoria contenida en el contrato de prestación de servicios profesionales por administración delegada para la construcción y adecuación de instalaciones físicas, obras preliminares, fundaciones, hormigones, acabados y amoblamiento de CAPRECAN, suscrito por las partes el dieciocho (18) de diciembre de 2007, adicionándole el siguiente texto:

Término de duración: El Tribunal deberá emitir laudo arbitral en un término no mayor de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días calendario, contados desde el siguiente día a la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de que las partes puedan ampliarlo de mutuo acuerdo. Lo anterior sin perjuicio de las suspensiones convencionales o legales que se hubieren dado o que den en el curso del proceso arbitral.

Para constancia se firma en Medellín a los 21 días del mes de mayo de 2010 por las partes.”³

4. Tras la presentación de la solicitud de convocatoria el Centro de Arbitraje procedió en Noviembre 5, 2008 a realizar el sorteo público de designación de los mismos habiendo sido nombrados los doctores Nicolás Gamboa Morales, Jesús Vallejo Mejía y Francisco Javier Tamayo Jaramillo como árbitros principales y los doctores Leonardo Uribe Correa, Beatriz María Arango Orozco y Luciano Barrientos García como árbitros suplentes.⁴

³ Cuaderno No. 1 – Folio 739.

⁴ Cuaderno No. 1 – Folio 285.

5. El Centro de Arbitraje informó a los doctores Gamboa Morales, Vallejo Mejía y Tamayo Jaramillo sobre su designación y los dos primeros la aceptaron en tanto que el tercero la declinó, motivo por el cual el Centro de Arbitraje le comunicó lo pertinente al doctor Leonardo Uribe Correa, quien aceptó el nombramiento dentro del término legal.⁵
6. Previas las correspondientes citaciones, se instaló en audiencia celebrada en Febrero 2, 2009, donde se designó como secretario al doctor Nicolás Henao Bernal, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.⁶

B. Trámite Inicial

7. Mediante auto de Febrero 2, 2009, el Tribunal admitió la Demanda y ordenó notificar y correr traslado de la misma al Demandado.
8. Este, a través de apoderado, le dio respuesta en Febrero 16, 2009 ("Contestación" o "Contestación de la Demanda"),⁷ donde propuso varias excepciones ("Excepciones") y presentó demanda de reconvencción ("Reconvencción" o "Demanda de Reconvencción").⁸
9. Mediante auto de Marzo 3, 2009,⁹ el Tribunal corrió traslado de las Excepciones a Caprecan, quien lo recorrió mediante escrito presentado en Marzo 6, 2009.¹⁰ Igualmente, mediante traslado secretarial de Marzo 18, 2009,¹¹ se corrió traslado a Juan Pablo Aguirre Orozco de las Excepciones propuestas por Caprecan, quien no recorrió dicho traslado.

⁵ Cuaderno No. 1 – Folios 287 a 297.

⁶ Cuaderno No. 1 – Folios 316 y 317.

⁷ Cuaderno No. 1. – Folios 321 a 398.

⁸ Cuaderno No. 2 – Folios 1 a 65.

⁹ Cuaderno No. 2 – Folio 269 y 270.

¹⁰ Cuaderno No. 1 – Folios 402 a 410.

¹¹ Cuaderno No. 1 – Folios 411 y 412.

10. En tal auto,¹² además, se convocó a las Partes a la audiencia de fijación de gastos y honorarios, que efectivamente se llevó a cabo en Marzo 30, 2009,¹³ donde se establecieron las sumas a cargo de las Partes por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario, gastos de funcionamiento del Tribunal y gastos de administración a favor del Centro de Arbitraje.
11. Cada una de las Partes consignó oportunamente los montos a su cargo.
12. Mediante auto de Marzo 30, 2009 se convocó a las Partes para Mayo 8, 2009 con el objeto de llevar a cabo audiencia de conciliación y, de fracasar ésta, realizar la primera audiencia de trámite.¹⁴
13. En tal oportunidad se surtió –y fracasó– el intento de conciliación, motivo por el cual se procedió a continuar con el Proceso.¹⁵

C. Trámite Arbitral

14. En Mayo 8, 2009 tuvo lugar el inicio de la primera audiencia de trámite en la cual, cumplido lo dispuesto en el artículo 124 (1) de la Ley 446 de 1998, el Tribunal se pronunció sobre su competencia y manifestó tenerla para conocer de las cuestiones puestas a su consideración tanto en la Demanda como en la Reconvenición, disponiendo, además, el pago a los árbitros y al secretario del 50% de los honorarios a ellos correspondientes.¹⁶

¹² Cuaderno No. 2 – Folio 170.

¹³ Cuaderno No. 1 – Folios 413 a 417.

¹⁴ Cuaderno No. 1 – Folio 415.

¹⁵ Cuaderno No. 1 – Folio 426.

¹⁶ Cuaderno No. 1 – Folio 428.

15. Mediante auto No. 8 de Mayo 8, 2009, se suspendió la primera audiencia de trámite y se fijó como fecha para su continuación Mayo 19, 2009.¹⁷
16. Reanudada la audiencia, y a través del auto No. 9,¹⁸ el Tribunal procedió a tener y decretar como pruebas las aportadas y solicitadas por las Partes que consideró pertinentes y conducentes, así:
 - a. Los documentos allegados por las Partes en las distintas presentaciones y fases del Proceso surtidas hasta el momento.
 - b. Las solicitudes de información mediante oficios a ser cursados al Servicio Seccional de Salud de Antioquia, a Liberty Seguros S.A., a Procil S.A., a Tecnisuelos Ltda. y a Cimientos Ltda.
 - c. El reconocimiento de documentos a cargo de Gabriel Cardona, Luis Guillermo Hincapié y Franc Montoya;
 - d. Los testimonios de Carlos Andrés Silva, Gabriel Cadavid, Handel Saravia, Victoria Meza, José Aníbal Cuervo, Alba Lucía Arboleda, Ana María Arboleda, Gabriel Cardona, John Orozco, Luz Margarita Caro, Marta Bedoya, Jorge Maya, Henry Alejandro Arenas, Aníbal Henao y Cristina Peláez.
 - e. La declaración de parte a cargo del representante legal de la Demandante.
 - f. Los peritajes contable y técnico solicitados.
 - g. Un informe técnico a cargo de la Sociedad Colombiana de Arquitectos.

¹⁷ Cuaderno No. 1 – Folio 429.

¹⁸ Cuaderno No. 1 – Folios 454 a 460.

17. Se aplazó, de conformidad con el inciso tercero del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil ("C.P.C."), la decisión sobre la inspección judicial y exhibición de documentos solicitada por el Demandado¹⁹ y se negó la práctica del testimonio de la Hermana Teresa Libia Gómez, solicitado por la Demandante.
18. El apoderado del Demandado solicitó reposición de la providencia que suspendió el decreto de la inspección judicial y de la exhibición de documentos, y mediante auto No. 10 de Mayo 19, 2009, el Tribunal ordenó la práctica de aquella.²⁰
19. Las pruebas se practicaron en la forma que se detalla a continuación:
 - a. En Agosto 24, 2009 se posesionaron los peritos Gonzalo Echeverri (técnico) y John Jairo Restrepo (contable), y se practicaron los testimonios de Gabriel Darío Cardona, con reconocimiento de documentos, Henry Alejandro Arenas, José Aníbal Cuervo y Gabriel Cadavid.²¹
 - b. En Agosto 31, 2009, se rindieron los testimonios de Handel Augusto Saravía, Luz Margarita Caro, Luis Aníbal Henao, Ana María Arboleda, Carlos Andrés Silva y Cristina Peláez. Además se practicó el reconocimiento de los documentos por parte del señor Franc Montoya y se puso en conocimiento de las Partes la respuesta al oficio dirigido a Liberty Seguros S.A.²²
 - c. En Septiembre 15, 2009,²³ se practicaron los testimonios de Alba Lucía Arboleda, Martha Elena Bedoya y Jorge Eliecer Maya, así como la declaración de parte de la representante legal de Caprecan, Clara Virginia

¹⁹ Cuaderno No. 1 – Folio 459.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ Cuaderno No. 1 – Folios 485 a 496.

²² Cuaderno No. 1 – Folios 499 a 506.

²³ Cuaderno No. 1 – Folios 528 a 535.

Cuervo, quien aportó once (11) documentos, los cuales se incorporaron al Proceso, poniéndolos en conocimiento de las Partes por el término fijado en el artículo 208, inciso 5 del C.P.C.

- d. Adicionalmente se aceptó el desistimiento del testimonio de John Orozco.²⁴
- e. En Noviembre 3, 2009, se recibió el testimonio de Victoria Meza y, asimismo, se puso en conocimiento de las Partes las respuestas a los oficios dirigidos a Tecnisuelos S.A. y al Servicio Seccional de Salud de Antioquia.²⁵
- f. La práctica de los dictámenes periciales tuvo múltiples incidencias posteriores a la posesión de los peritos, como se refiere a continuación:
 - i. En Septiembre 18, 2009, el perito técnico presentó el dictamen pericial²⁶ y mediante auto de Octubre 19, 2009,²⁷ el Tribunal corrió traslado del mismo.
 - ii. La Demandante solicitó en Octubre 22, 2009 aclaración y complementación del dictamen y el apoderado del Demandado hizo lo propio en Octubre 23, 2009.
 - iii. El Tribunal, mediante auto de Noviembre 3, 2009,²⁸ negó la solicitud de aclaración y complementación presentada por Caprecan y accedió a decretar la solicitud de aclaración y complementación presentada por el Demandado.

²⁴ Cuaderno No. 1 – Folio 607.

²⁵ Cuaderno No. 1 – Folio 642 a 647.

²⁶ Cuaderno No. 5 – Folios 1 a 10.

²⁷ Cuaderno No. 1 – Folio 624.

²⁸ Cuaderno No. 1 – Folio 645.

- iv. El perito técnico presentó el escrito de aclaración y complementación en Noviembre 10, 2009,²⁹ y el Tribunal, mediante auto de Noviembre 23, 2009,³⁰ ordenó correr el correspondiente traslado.
- v. El Demandado mediante escrito de Noviembre 27, 2009, solicitó *"complementación y/o aclaración del dictamen técnico por puntos nuevos y subsidiariamente objeción por error grave"* y el Tribunal, mediante auto de Febrero 18, 2010,³¹ le ordenó al perito aclarar y complementar el dictamen en los términos solicitados.
- vi. El perito dio respuesta en Febrero 26, 2010,³² y el Tribunal mediante auto de Marzo 2, 2009,³³ puso en conocimiento de las Partes la respuesta. Ninguna de ellas objetó el dictamen pericial técnico.
- vii. En Septiembre 21, 2009, el perito contador John Jairo Restrepo presentó un escrito manifestando que *"el cuestionario que se debía responder en la prueba pericial.... no es posible responderlo"*.³⁴

²⁹ Cuaderno No. 5 – Folios 36 a 40.

³⁰ Cuaderno No. 1 – Folio 654.

³¹ Cuaderno No. 1 – Folios 690 y 691.

³² Cuaderno No. 5 – Folio 84.

³³ Cuaderno No. 1 – Folios 692 y 693.

³⁴ Cuaderno No. 5 – Folios 11 a 12.

- viii. Mediante auto de Octubre 19, 2009,³⁵ el Tribunal corrió traslado de lo anterior y el Demandado solicitó la designación de un nuevo perito.
- ix. El Tribunal, mediante auto de Noviembre 3, 2009, requirió al perito para que en el término de 10 días rindiera el dictamen pericial, pero éste, mediante escrito de Noviembre 19, 2009,³⁶ solicitó el relevo del cargo.
- x. El Tribunal, mediante auto de Noviembre 23, 2009,³⁷ removió al perito y designó a José María Rodríguez y a Jorge Castrillón, como peritos, principal y suplente, respectivamente. El señor Castrillón no aceptó el cargo,³⁸ motivo por el cual el Tribunal, mediante auto de Diciembre 3, 2009,³⁹ reemplazó a los peritos y designó, como principal, a Héctor Manuel Montoya y como suplente a Gladys Mora. El perito Montoya Gómez se posesionó el día Febrero 2, 2010,⁴⁰ y, en Febrero 16, 2010,⁴¹ radicó el dictamen pericial.
- xi. El Tribunal, mediante auto No. 14 de Febrero 18, 2010,⁴² ordenó correr traslado del mismo. Únicamente el Demandado desconoció el traslado, solicitando el relevo del perito y, en subsidio, objeción por error grave.

³⁵ Cuaderno No. 1 – Folio 624.

³⁶ Cuaderno No. 5 – Folio 41.

³⁷ Cuaderno No. 1 – Folio 654 y 655.

³⁸ Cuaderno No. 1 – Folio 662.

³⁹ Cuaderno No. 1 – Folio 663 y 664.

⁴⁰ Cuaderno No. 1 – Folio 679 a 681.

⁴¹ Cuaderno No. 5 – Folios 45 a 69.

⁴² Cuaderno No. 1 – Folios 690 y 691.

- xii. El Tribunal mediante auto No. 15 de Marzo 2, 2009,⁴³ denegó la solicitud de reemplazo del perito y tomo nota de la objeción por error grave.
- xiii. El Demandado presentó recurso de reposición contra el auto No. 15 y el Tribunal le corrió traslado a la Demandante, quien lo descorrió en Marzo 15, 2010.
- xiv. El Tribunal mediante auto No. 16 de Marzo 17, 2009,⁴⁴ repuso el auto, decretando el relevo del perito Montoya Gómez y designando a Gladys Mora. Ésta se posesionó en Marzo 18, 2010 y rindió el dictamen pericial en Mayo 11, 2010.⁴⁵
- xv. Mediante auto No. 18 de Mayo 12, 2010,⁴⁶ el Tribunal corrió traslado del mismo a las Partes. El Demandado, mediante escrito de Mayo 19, 2010,⁴⁷ solicitó complementación y aclaración del dictamen.
- xvi. Por auto No. 19 de Mayo 21, 2010,⁴⁸ el Tribunal decretó la aclaración y complementación del dictamen y la perito dio respuesta en Junio 8, 2010.⁴⁹
- xvii. Mediante auto de Junio 9, 2010,⁵⁰ se ordenó correr traslado de la susodicha respuesta y el Demandado, mediante escrito de Junio 22, 2010,⁵¹ objetó por error grave el dictamen contable.

⁴³ Cuaderno No. 1 – Folios 692 y 693.

⁴⁴ Cuaderno No. 1 – Folios 702 y 703.

⁴⁵ Cuaderno No. 5 – Folios 100 a 114.

⁴⁶ Cuaderno No. 1 – Folio 723.

⁴⁷ Cuaderno No. 5 – Folios 115 a 124.

⁴⁸ Cuaderno No. 1 – Folios 730 y 731.

⁴⁹ Cuaderno No. 5 – Folios 125 a 139.

- xviii. El Tribunal corrió traslado de la objeción al Demandante en Junio 24, 2010 y éste lo descorrió en Junio 29, 2010.
- g. El Tribunal puso en conocimiento de las Partes el informe presentado por la Sociedad Colombiana de Arquitectos,⁵² sin que éstas formularan reparo al respecto.
- h. Todos los testimonios y la declaración de parte fueron grabados y las correspondientes transcripciones puestas en conocimiento de las Partes, quienes no hicieron observación alguna.
- i. En Junio 24, 2009, Cimientos Ltda. dio respuesta al oficio solicitado por el Tribunal,⁵³ y en Mayo 10, 2010 Procil S.A. procedió en igual forma.⁵⁴
20. Mediante auto No. 20 de Junio 9, 2010, el Tribunal fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, la cual tuvo lugar en Julio 14, 2010, cuando las Partes expusieron sus argumentos.
21. En virtud de la modificación de la cláusula compromisoria y por existir término especial pactado en ella, el presente Arbitraje tiene duración de nueve (9) meses o doscientos setenta (270) días calendario contados desde el día siguiente a la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las suspensiones convencionales o legales que se dieran en el curso del Proceso.

⁵⁰ Cuaderno No. 1 – Folios 740 y 741.

⁵¹ Cuaderno No. 5 – Folios 140 a 147.

⁵² Cuaderno No. 3 – Folio 298 a 306.

⁵³ Cuaderno No. 3 – Folio 2 a 16.

⁵⁴ Cuaderno No. 3 – Folio 296 y 297.

22. Toda vez que la primera audiencia de trámite finalizó en Mayo 19, 2009, el término para concluir las actuaciones del Tribunal se habría extinguido en Febrero 13, 2010. Sin embargo, las Partes solicitaron en varias oportunidades la suspensión del Proceso y el Tribunal las decretó, tal como se relaciona a continuación:
- a. Mediante Auto No. 10 de Mayo 19, 2009, desde Mayo 29 hasta Agosto 18, 2009, ambas fechas inclusive, esto es, durante 82 días comunes;
 - b. Mediante Auto No. 12 de Septiembre 15, 2009, desde Septiembre 25 hasta Octubre 18, 2009, ambas fechas inclusive, esto es, durante 24 días comunes;
 - c. Mediante Auto de Diciembre 3, 2009, desde Diciembre 4, 2009 hasta Enero 30, 2010, ambas fechas inclusive, esto es, durante 58 días comunes;
 - d. Mediante Auto No. 16 de Marzo 17, 2010, desde Marzo 19 hasta Abril 25, 2010, ambas fechas inclusive, esto es, durante 39 días comunes;
 - e. Mediante Auto No. 17 de Abril 26, 2010, desde Abril 26 hasta Mayo 10, 2010, ambas fechas inclusive, esto es, durante 14 días comunes; y
 - f. Mediante Auto No. 22 de Julio 14, 2010, desde julio 15, 2010 hasta Agosto 22, 2010, ambas fechas inclusive, esto es, durante 39 días comunes.
23. En consecuencia, al término de duración inicialmente pactado se adicionan los **256 días comunes** de suspensión antes detallados y, por tanto, el término establecido para terminar las actuaciones arbitrales expira en **Octubre 27, 2010**, motivo por el cual el Laudo es proferido dentro del término legal.

II. POSICIONES Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

A. Demanda

1. La Demanda, amén de identificar a las Partes (incluyendo direcciones para notificaciones), señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, referirse a la competencia del Tribunal y a la cuantía del Proceso, trae una larga y no muy bien clasificada versión de los hechos, **a la cual se remite el Tribunal**, pero que para fines de este Proceso se sintetiza así:⁵⁵

PRIMERO: Los señores JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO y JOHN OROZCO PULGARÍN formularon una oferta comercial de prestación de servicios a nombre de su establecimiento de comercio denominado DISEÑO INDUSTRIAL de propiedad del señor JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO... previa invitación a CAPRECAN, junto con dos arquitectos más, la señora Martha Helena Bedoya Valencia... y el señor Gustavo Marín Ramos.... Dicha propuesta incluyó esencialmente la remodelación y adecuación de la actual sede de CAPRECAN.... La oferta comercial fue seleccionada por haber sido aceptadas por ellos las mismas condiciones de los otros proponentes..... que era [sic]: un porcentaje de honorarios del 10%, el no cobro de honorarios por concepto de ingeniero calculista, por estar este incluido en el staff de profesionales....

SEGUNDA: La oferta comercial fue definida mediante contrato.... el cual originalmente se suscribió el 6 de agosto de

⁵⁵ A continuación se citan los hechos en la forma presentada en la Demanda, pero omitiendo, en aras de la brevedad, algunas partes del relato, la transcripción de los documentos allí mencionados y corrigiendo, cuando se ha estimado indispensable, algunos errores de forma. Se ha conservado, desde luego, la forma e identificación que se da en la Demanda a las Partes y a las entidades mencionadas en los hechos.

2007.... y luego por disolución de la sociedad de hecho de JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO y JOHN OROZCO PULGARÍN... fue suscrito el contrato en la mismos términos con JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO el 18 de diciembre de 2007.... CON LA FINALIDAD DE DARLE CONTINUIDAD A LA PROPUESTA INICIALMENTE APROBADA Y BAJO LAS MISMAS CONDICIONES CONTRACTUALES....

Ambos textos respetaban la unidad de la oferta hecha por el CONTRATISTA. El segundo contrato se elaboró para precisar que solo actuaría en CAPRECAN como CONTRATISTA el señor JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO....

TERCERO: En la cláusula séptima del contrato suscrito entre las partes el 18 de diciembre 2007 antes aludido... se estableció como valor prefijado del mismo para realizar la ejecución del objeto contractual pactado la suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000) valor por el cual igualmente se regularía lo atinente a los honorarios del CONTRATISTA que correspondería la [sic] 10% real de la inversión....

CUARTO: No existe acta alguna suscrita donde se autorice alguna modificación del contrato en el rubro antes especificado; ni por el arquitecto señor JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, ni por quien ejerce la representación legal de CAPRECAN, señora CLARA VIRGINIA CUERVO ROSA y, mucho menos por el interventor....

QUINTO: La obra no comienza con el contrato inicial que contemplaba un presupuesto inicial de \$97.465.000 millones [sic] de pesos... para la remodelación de primer y segundo piso, porque para efectos de legalizar la iniciación de la obra, los arquitectos comienzan las gestiones ante la Curaduría Cuarta Urbana de Medellín, obteniendo para ello la licencia No C4-5617/2007.... para la construcción de primero y segundo piso.

SEXTO: El cambio de la imagen de la entidad tenía como fundamento o razón de ser la certeza de que habría suficiente afluencia de público y contratación de servicios que permitiría realizar el resto de la obra para construir y arrendar oficinas o aparta estudios para ayudar a cumplir con el objetivo social. Es importante resaltar que la corporación tuvo que vender un inmueble de su propiedad para realizar esta obra y pagar deudas que tenía, pues no contaba con recursos generados por su actividad para ello.

SÉPTIMO: Durante la etapa de construcción de columnas en el segundo piso y de la plancha, por recomendación del ingeniero Cardona, se tomó la decisión de terminar el segundo piso de la casa intervenida, que era de inferior tamaño, en vez del primer piso como se había acordado inicialmente y solo intervenir la recepción CON LO CUAL SE AHORRARÍA EL DINERO DE SEIS PILAS, Y CON ESTE DINERO DARLE LOS ACABADOS AL SEGUNDO PISO.....

OCTAVO: (....).

NOVENO: El día 9 de octubre de 2007 se realiza la primera junta de obra. El ingeniero interventor Gabriel Cadavid Arbeláez propone que se realice un estudio de suelos por un ingeniero geólogo porque una obra de esas dimensiones así lo requiere.... pide además el interventor un presupuesto de la obra, la logística para la construcción y las alternativas para realizar la obra....

DECIMO: En noviembre 26 de 2007 se realiza una segunda junta de obra donde se informa sobre la disolución de la sociedad de hecho existente entre los arquitectos.... El interventor decide cotizar y contratar directamente el estudio de suelos pues los arquitectos no lo hicieron....

DÉCIMO PRIMERO: (....)

DÉCIMO SEGUNDO: El día 4 de enero se realiza otra reunión de junta de obra a la que asisten el arquitecto y la representante legal donde se presentan posibles proveedores..... También se cambia la logística de la obra comenzando por la casa que prestará los servicios de salud....

DÉCIMO TERCERO: El día 16 de enero se realiza otra junta de obra... donde se fija el inicio de obra para el lunes 21 de enero de 2008 y de acuerdo con el estudio de los suelos, se recomienda la construcción de pilotes a 10 mts. de profundidad, teniendo que redimensionarse los planos estructurales y las fundaciones y por ende reajustar el presupuesto en el ítem de cimentación de la edificación, sin que ello afectara el valor de contrato original....

DÉCIMO CUARTO: El día 30 de enero se realiza la junta de obra donde el interventor le solicita al arquitecto terminar el presupuesto pues le falta datos.... el interventor se queja por el incumplimiento por parte del arquitecto en la entrega de planos, presupuestos y programación de la obra.

DÉCIMO QUINTO: El 14 de marzo se realiza la junta de obra.... donde el interventor recibe los planos de fundaciones y le hace requerimientos al ingeniero Cardona para que cumpla con la norma NRS, no recibe la información anteriormente solicitada al contratista y por ende lo requiere para que en la próxima reunión actualice el presupuesto con base en el avance de las obras....

DÉCIMO SEXTO: En la junta de obra con fecha 8 de abril.... nuevamente se queja el interventor por el incumplimiento por parte de Juan Pablo con las solicitudes de entrega de planos y presupuestos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Se recibe una comunicación del INGENIERO GABRIELCAVID con fecha 9 de abril de 2008, donde expone su concepto respecto a la construcción de las columnas que ya

estaban hechas para ocho pisos y del rediseño del primer piso.....

DÉCIMO OCTAVO: El señor JUAN PABLO AGUIRRE acomete dicha obra a pesar de su costo cambiando las originales motivaciones del contrato y sin haber sido autorizado por el interventor ni el contratante y sobrepasando el valor normal asignado originalmente a la cimentación de la obra.....

DÉCIMO NOVENO: (....)

VIGÉSIMO: El 12 de abril, el arquitecto le presenta a la representante legal un presupuesto por \$ 345.251.688 millones que ya no se ajusta al valor contratado....

VIGÉSIMO PRIMERO: EL CONTRATISTA fue requerido en varias oportunidades para dar información sobre el avance de la obra y las condiciones económicas de la misma con base en los dineros entregados, y no solo no asistió a varias reuniones posteriores sino que no se vuelven a elaborar actas pues el arquitecto siempre estaba muy ocupado y su asistente era la encargada de legalizar las cuentas con el contador. (....)

VIGÉSIMO SEGUNDO: Finalizado este mes de mayo de 2008, el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO vuelve a pedir un desembolso. La representante legal de CAPRECAN lo requiere por la compra del porcelanato y este le responde que se le acabó el dinero y no lo pudo comprar.... Para finales de mayo lo único totalmente terminado son las cimentaciones, estando inconclusas las instalaciones físicas, las de amoblamiento, los acabados y todo aquello que comúnmente se denomina obra blanca, por lo cual, había temor de no poderse culminar.

VIGÉSIMO TERCERO: En junio 18 el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, presenta un nuevo presupuesto por \$166.754.500 millones que al ser analizado, tenían pendiente una serie de ítems... Presenta otro presupuesto de lo que fal-

taba por ejecutar en la obra el 21 de junio de 2008 por un valor de \$150.214.474 millones [sic]. No solo estaba incompleto sino que deja por fuera áreas de la casa intervenida.... Su intención era continuar engañando al contratante....

VIGÉSIMO CUARTO: Después de la suspensión de la obra se pagaron veintidós millones de pesos (22.000.000).... por concepto de proveedores que no se habían relacionado ni pagado por el arquitecto. Esta situación ocultada por el citado CONTRATISTA, cambia en forma unilateral el valor pactado en la cláusula séptima del contrato en forma desproporcionada, pues se requieren CUATROCIENTOS CINTUENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$450.000.000) para concluir el objeto originalmente contratado..... En reuniones realizadas entre el 17 y 20 de junio entre el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, el contador de CAPRECAN Carlos Andrés Silva y la Representante Legal Clara V. Cuervo, se trató de cuantificar los gastos realizados en la obra a que rubros del presupuesto correspondían y se verificó que se duplicaban en excavaciones y cimentaciones, faltando a la buena fé [sic] del contrato. Se le solicitó además la legalización de los anticipos y un estado actual de las cuentas. Para el 27 de junio ya el arquitecto había suspendido las labores de construcción, aún no entregaba documentación requerida y estaba en mora con los trabajadores contratados en pago de la seguridad social y salarios.....

VIGÉSIMO QUINTO: La obra en mención para mediados de JUNIO de 2008, cinco meses después de iniciada, tenía un incumplimiento en el cronograma de actividades que contemplaba la finalización de las obras en abril. Se acordó con el arquitecto.... que a más tardar la penúltima semana de mayo entregaría la obra. En reunión del Concejo [sic] Directivo del 29 de mayo de 2008.... dan como plazo máximo de entrega el 20 de junio.....

VIGÉSIMO SEXTO: El arquitecto abandona la obra unilateralmente dejando la losa sin bajantes, el techo de barro de la ca-

sa no intervenida cortada en toda la fachada y cuya demolición afectó la estabilidad del techo original dejando a la sede ante infinidad de calamidades por la renuente situación de la temporada invernal de este año, ocasionando inundaciones al segundo piso que ocasionaron la aparición de humedades, goteras y hongos en el hall de acceso, recepción y consultorios de atención a los pacientes....

Desde mediados de junio el CONTRATISTA empezó a presionar con la suspensión de la obra y el 24 de junio de 2008, la suspendió manifestando el hecho de no tener dineros para continuar con los gastos de la obra encomendada.... situación de la cual hacía responsable al CONTRATANTE; desconociendo que para dicha época se le había advertido la situación de precariedad en el estado de la obra, los incumplimientos reiterados en concluirla con el valor y presupuesto pactado.....

El 4 de agosto de 2008 el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, envía por correo certificado una comunicación de que se encuentra a la espera de una respuesta para darle continuidad a la obra... La representante legal responde la carta con fecha agosto 6 de 2008...

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Finalizado el mes de julio el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, le lleva a la representante legal una copia de una denuncia contravencional ante la inspectora de policía María Unes [sic] Duque. Inspección

VIGÉSIMO OCTAVO: El día 25 de junio se da noticia del siniestro por incumplimiento del contrato de administración delegada a Liberty Seguros S.A.... El día 10 de septiembre se envían los documentos que solicita Liberty Seguros S.A. y el día 11 del mismo mes la ingeniera civil Gladis Arango Peláez de Ingeniería realiza el informe de inspección.....

VIGÉSIMO NOVENO: La SUPERSALUD y la Secretaría de Salud de Medellín, realizan una visita a las instalaciones de CAPRE-

CAN. Los días 11 y 12 de agosto de 2008. El día 13 de agosto se recibe la visita de la Secretaría de la Salud que otorga un mes de plazo para arreglar las goteras y el techo... Ante esta situación, se convocó al Concejo [sic] Directivo y tomó la decisión de cerrar temporalmente la entidad mientras se realizan las adecuaciones. Para culminar las obras y pagar gastos fijos por dos meses de cierre deciden vender el consultorio de las vegas, inmueble que subsidia los gastos fijos de la entidad.

TRIGÉSIMO: (...)

2. Apoyada en los hechos allí consignados, la Demanda trae las siguientes pretensiones:⁵⁶

"1. Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento mediante laudo arbitral que el señor arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO en calidad de contratista incumplió legalmente el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES FÍSICAS, OBRAS PRELIMINARES, FUNDACIONES, HORMIGONES, ACABADOS Y AMOBLAMIENTO FÍSICO celebrado en el año 2007 con CAPRECAN, entidad sin ánimo de lucro

2. Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.

3. Que igualmente y a consecuencia del incumplimiento, se condene al señor JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO al pago de los perjuicios [sic] correspondientes a daño emergente por los siguientes ítems:

Finalización de la construcción: \$150.000.000

⁵⁶ Cuaderno No. 1 – Folios 14 y 15.

Pago de vigilantes junio-septiembre: \$9.000.000

Pago de nómina y prestaciones sociales al vigilante Federico Osorio y de la seguridad social de los trabajadores, aún sin desafiliar al sistema y sin haberlos entregados para su pago por parte de CAPRECAN.

Pago gastos fijos por dos meses de cierre: \$46.055.722...

Sanción económica de Supersalud a la fecha sin definirse

Deteriorada imagen ante la comunidad por el retraso y el estado en que dejó la entidad.

Como lucro Cesante mínimo:

Facturación de los dos meses de cierre: \$60.000.000

Baja facturación a partir de marzo debido a la demora en la entrega de la obra: \$12.200.000

Cánones de arrendamiento del local dejados de percibir a partir de mayo \$7.200.000

Y el lucro cesante respectivo teniendo los gastos contingentes durante la realización y ejecución del Tribunal de Arbitramento.”

B. Contestación

3. En la Contestación el Demandado procedió como sigue:
 - a. Dio respuesta a los hechos de la Demanda, precisando su versión de lo acontecido, rechazando y negando varios de ellos, aceptando algunos,

total o parcialmente, y manifestando desconocer o no constarle otros. Asimismo expresó los fundamentos de derecho que estimó aplicables.⁵⁷

b. Asimismo, propuso y denominó las Excepciones, que a continuación se expresan:⁵⁸

- i. Prescripción;
- ii. Compensación;
- iii. Incumplimiento contractual de la Convocante (Excepción de contrato no cumplido);
- iv. Inexistencia de la obligación [sic] indemnizar a cargo del Convocado;
- v. Falta de interés legítimo para actuar;
- vi. Inexistencia de nexo de causalidad;
- vii. Inexistencia de los perjuicios reclamados;
- viii. Buena fe del Convocado; y
- ix. Mala fe de la Convocante.

4. Con fundamento en las referidas Excepciones, el Demandado se opuso a todas las pretensiones de la Demanda.

⁵⁷ Cuaderno No. 1 – Folios 321 a 360.

⁵⁸ Cuaderno No. 1 – Folios 361 a 365.

5. Finalmente, el Demandado, amén de señalar direcciones para notificaciones, acompañó pruebas documentales y solicitó la práctica de las restantes que consideró pertinentes.

C. Demanda de Reconvención

6. La Demanda de Reconvención, amén de identificar a las Partes (incluyendo direcciones para notificaciones), señalar los fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, precisar la cuantía del Proceso, trae una también larga y no muy bien clasificada versión de los hechos, a la cual –como respecto de la Demanda- **se remite el Tribunal**, sintetizándola, para fines de este Proceso, así:⁵⁹

PRIMERO: EL CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO "CAPRECAN", celebró el día 18 de diciembre de 2007, con el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO.... el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales por Administración Delegada para la construcción y adecuación de instalaciones físicas, obras preliminares, fundaciones, hormigones, acabados y amoblamiento de CAPRECAN.

SEGUNDO: Previamente, el arquitecto Juan Pablo Aguirre Orozco presentó en noviembre 30 de 2007 una propuesta de trabajo.....

TERCERO: A la suscripción del contrato solo se había expedido licencia de construcción por parte de la Curaduría Urbana Cuarta de Medellín, con fecha octubre 8 de 2007, conforme a planos (3) para propuesta de reforma arquitectónica, de fecha agosto de 2007.....

CUARTO: (....)

⁵⁹

Con respecto a los hechos de la Demanda de Reconvención, el Tribunal ha procedido, *mutatis mutandi*, en la misma forma que con la recapitulación de los hechos de la Demanda.

QUINTO:..... La entidad contratante no tenía claridad acerca de lo que pretendía y podía realizar, lo cual se evidencia en que ni siquiera se estableció un plazo para la ejecución de las obras. (....)

[N]o solo no se suscribió ninguna acta de inicio, sino que en ninguna de las actas de comité de obra que se elaboraron consta programación alguna que indique siquiera un plazo para la conclusión y entrega de las obras.

SEXTO. no se tenía una concepción clara y definitiva de la obra por parte de la entidad contratante, y que sobre la marcha se iban haciendo modificaciones que constituían variaciones fundamentales que terminaron siendo un nuevo proyecto sobre cuya viabilidad la contratante ni siquiera tenía certeza.

En este orden de ideas, la licencia de construcción de fecha octubre 8 de 2007 expedida por la Curaduría Cuarta se otorgó para la ampliación y modificación del inmueble "localizado en la carrera 45 No. 56-48"... es decir, una sola de las edificaciones en las que venía funcionando Caprecan. (....)

SÉPTIMO. (....)

OCTAVO. (....)

NOVENO: de la lectura de las actas que se levantaron con anterioridad a la celebración del contrato y luego de haberse suscrito e iniciado la ejecución del mismo, se evidencia la ausencia de una concepción precisa de la obra y el incumplimiento, por parte de Caprecan, de lo pactado en la cláusula primera del contrato....

DÉCIMO. En todas las reuniones estuvieron presentes personas vinculadas a la empresa PROCIL S.A., que a la postre fue

llamada por Caprecan a continuar la obra. En efecto, el Ingeniero Gabriel Cadavid Arbelaez estuvo presente, fungiendo como interventor, según las actas 01 de octubre 09 de 2007, 02 del 26 de noviembre de 2007, 04 de enero 16 de 2008, 05 de enero 30 de 2008, 06 de febrero 14 de 2008, 07 de marzo 14 de 2008 y 08 de abril 8 de 2008. (....)

Debe señalarse que la presencia de personas vinculadas a Procil en estas reuniones, empresa que a la postre terminó ocupando el lugar del convocado Juan Pablo Aguirre, evidencia un manejo anormal y amañado, por decir lo menos, de la función de interventoría.

DÉCIMO PRIMERO. (....)

DÉCIMO SEGUNDO. Una vez el ingeniero Cadavid dejó abandonada la función de interventoría.... la Directora Ejecutiva de Caprecan, Clara Virginia Cuervo Rosa, impropia y arbitrariamente se auto-proclamó interventora..... Además, con su unilateral y arbitraria determinación, la Directora Ejecutiva de Caprecan obró en contravención no solo de la ley.... sino también del sentido común, pues sabido es que..... la señora Cuervo era ni más ni menos que la representante legal de la entidad contratante, de donde mal podría ser a la vez contratante e interventora.

DÉCIMO TERCERO. Adicionalmente, no se volvió a realizar el comité de obra estipulado en el contrato.....

El comité solo se reunió en 8 ocasiones, 4 de ellas antes de la fecha señalada para la iniciación de las obras.... y dos de ellas.... anteriores a la fecha de suscripción del contrato con el convocado....

DÉCIMO CUARTO. Si bien en la cláusula séptima del contrato se estipuló como valor del mismo la suma aproximada de \$300.000.000 para efectos fiscales, es claro, conforme a la misma cláusula, que dicho valor no era definitivo....

Que el presupuesto de \$300.000.000 no era definitivo sino provisional y que se fue modificando conforme se iba cambiando el proyecto se desprende claramente de las actas que se levantaron....

Debe señalarse que en ninguna de las actas se consignan cifras concretas y que nunca la entidad contratante presentó al contratista garantía de haber sido aprovisionados los recursos económicos necesarios para la completa realización de la obra.

DÉCIMO QUINTO. (....)

Así las cosas, nunca hubo un presupuesto definitivo de la obra pero, en todo caso, no fue inferior a \$563.004.087.

DÉCIMO SEXTO. Como si la falta de definición de Caprecan acerca del diseño definitivo de la obra y de los aspectos presupuestales no fuera suficiente, en el transcurso de la ejecución del contrato se presentaron dificultades que entorpecieron el normal desarrollo de la obra, las cuales fueron expresadas por el arquitecto Aguirre. (....)

DÉCIMO SÉPTIMO. Para la obra, durante la ejecución del contrato, Caprecan realizó pagos directos a proveedores por \$103.683.679.

Así mismo, realizó desembolsos a Juan Pablo Aguirre por \$130.000.000 para la obra y por \$15.848.326 por honorarios.... Sin embargo, el arquitecto Aguirre debió realizar pagos para la obra por \$145.260.806, vale decir, que debió destinar recursos propios equivalentes a la casi totalidad de sus honorarios, para cancelar costos de la obra, lo que significa que en realidad ha recibido por concepto de honorarios la suma de \$587.520. (....)

DÉCIMO OCTAVO. Con fecha 14 de abril de 2008 el arquitecto Juan Pablo Aguirre se dirigió a la señora Clara Cuervo, Directora Ejecutiva de Caprecan (...)

Esta comunicación no fue respondida por parte de la entidad convocante

DÉCIMO NOVENO. (...)

VIGÉSIMO. (...)

VIGÉSIMO PRIMERO. Con fecha 24 de junio de 2008 la representante legal de Caprecan, señora Clara Virginia Cuervo dio respuesta..... en los siguientes términos: (...)

VIGÉSIMO SEGUNDO. La comunicación anterior no es más que una burda manera de tergiversar los hechos y evadir la responsabilidad por parte de la entidad contratante. (...)

VIGÉSIMO TERCERO. En ninguna de las actas se da cuenta de que el arquitecto Aguirre se haya retrasado con la relación de gastos y la legalización de anticipos, como tampoco existe requerimiento alguno por parte de la contratante o de la interventoría de la obra acerca de presuntas demoras del contratista para hacerlo. Cosa distinta es que la contratante no haya vuelto a convocar los comités de obra para analizar la marcha de la misma y dejar constancia de lo pertinente, y que no se haya realizado una labor de interventoría adecuada a la cual correspondía....

VIGÉSIMO CUARTO. En cuanto al presupuesto.... no estaba limitado al monto de \$300.000.000..... pues se trataba solo de una cifra para efectos fiscales, de un presupuesto inicial y provisional de las obras.... Así mismo... el tema del presupuesto no se resolvió definitivamente a lo largo de las diferentes reuniones que se tuvieron....

VIGÉSIMO QUINTO. (...)

VIGÉSIMO SEXTO. (...)

VIGÉSIMO SÉPTIMO. (...)

VIGÉSIMO OCTAVO. (...)

VIGÉSIMO NOVENO. En vista de que la contratante Caprecan no dio solución a la situación planteada por el arquitecto Aguirre..... con fecha 2 de julio de 2008..... envió una comunicación a la Junta Directiva de Caprecan denominada INFORME DE CONSTRUCCION CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DELEGADA....

TRIGÉSIMO. Con posterioridad a dicha comunicación, el contratista Aguirre presenta al Consejo Directivo de Caprecan un INFORME DE CONTRATO..... El Consejo Directivo le solicitó que presentara un presupuesto para terminar la adecuación de los dos pisos de las dos edificaciones preexistentes.

TRIGÉSIMO PRIMERO. En acatamiento de lo solicitado por el Consejo Directivo, con fecha 17 de julio de 2008 el contratista Aguirre presentó un presupuesto por \$233.375.585. (...)

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Sin embargo, el Consejo Directivo le solicitó que presentara un nuevo presupuesto más bajo que el anterior, en razón de lo cual el contratista Aguirre, con fecha 21 de julio de 2008, presentó un nuevo presupuesto por valor de \$150.214.474 (...)

TRIGÉSIMO TERCERO. El presupuesto anterior tampoco fue aceptado por Caprecan, entidad que.... procedió a la LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y ADECUACIÓN DE LAS INSTALACIONES FÍSICAS, OBRAS PRELIMINARES, FUNDACIONES,

HORMIGONES, ACABADOS Y AMOBLAMIENTO DE CAPRECAN.
(....)

TRIGÉSIMO CUARTO. (...)

TRIGÉSIMO QUINTO. (....)

TRIGÉSIMO SEXTO. con fecha 10 de julio de 2008, la misma firma Procil S.A..... elaboró un informe denominado ESTUDIO REALIZADO VISITA CAPRECAN, conforme al cual, no obstante que nada de ello se dijo en las actas de las reuniones antes mencionadas, presenta objeciones a los trabajos realizados por el contratista Aguirre. (....)

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. (...)

TRIGÉSIMO OCTAVO. (....)

TRIGÉSIMO NOVENO. Ciertamente, el arquitecto Aguirre estuvo en una reunión con la representante legal de Caprecan, señora Cuervo, en la que se examinaron las cuentas de la obra, pero nunca se comprometió a presentar un presupuesto equivalente al 50% del último que había presentado.....

CUADRAGÉSIMO. (....)

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. (....)

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Una vez que Caprecan, abusiva y arbitrariamente desplazó de la obra al arquitecto Aguirre sin haber finalizado en legal forma el contrato que con este celebró, dicha entidad entregó la continuación de la misma a la firma Procil S. A.....

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Dentro de los costos de la obra estaban pendientes de incluir los relativos a los honorarios de

quien realizó los diseños arquitectónicos, los honorarios por concepto de interventoría y otros que, por supuesto, hacen parte del valor real de la misma, sobre los cuales deben calcularse los honorarios del arquitecto Aguirre. Así mismo, los costos reales de la obra realizada con posterioridad por la firma que continuó la obra....

CUADRAGÉSIMO CUARTO. (....)

7. Apoyada en los hechos allí consignados, la Demanda de Reconvención trae las siguientes pretensiones:⁶⁰

"1. Que se declare que el CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN' incumplió, por los hechos de que da cuenta la demanda, el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales por Administración Delegada para la construcción y adecuación de instalaciones físicas, obras preliminares, fundaciones, hormigones, acabados y amobliamiento de CAPRECAN, que la entidad demandada en reconvención celebró con el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, el día 18 de diciembre de 2007.

2. Que como consecuencia de lo anterior, el laudo que debe expedir el Tribunal disponga la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios a cargo del CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN a favor del demandante en reconvención JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO.

3. Que se condene al CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN' a reintegrar las sumas que el demandante en reconvención JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO debió sufragar, de su propio peculio, para atender gastos de la obra, los cuales no fueron re-

⁶⁰ Cuaderno No. 2 – Folios 33 y 34.

embolsados por la entidad demandada en reconvención.

4. Que se condene al CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN' a pagar al demandante en reconvención los honorarios en razón del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales por Administración Delegada para la construcción y adecuación de instalaciones físicas, obras preliminares, fundaciones, hormigones, acabados y amoblamiento de CAPRECAN que la entidad demandada en reconvención celebró con el arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, el día 18 de diciembre de 2007. Dichos honorarios se deberán cancelar conforme al Decreto 2090 de 1989, en la cuantía que pericialmente se determine, para lo cual se tendrá en cuenta no solo el valor real y completo de la obra hasta el momento en que 'CAPRECAN' decidió liquidar unilateralmente el contrato (incluyendo el valor de los honorarios por el diseño arquitectónico, así como los honorarios que por concepto de interventoría corresponda, según el mismo Decreto 2090 de 1989, sea que se hayan cancelado efectivamente o no, y los demás que no se hayan contabilizado en dicha fecha) sino también con base en el valor total de la obra, tanto la realizada con posterioridad como, si aun estuviere inconclusa o pendiente de terminar, considerando también el valor estimado de las obras pendientes, vale decir, deberán liquidarse con base en el valor total y completo de la obra proyectada.

5. Que se condene al CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN' a reconocer, sobre las sumas que deba cancelar al demandante en reconvención, intereses bancarios corrientes para cada período mensual, desde la fecha en que han debido reintegrarse las sumas o efectuarse el pago de las mismas hasta cuando se notifique la demanda, momento en el cual queda la demandada en reconvención constituida en mora, y a partir de la notificación de la demanda y hasta cuando se efectúe el pago total, los intereses comerciales de mora para cada pe-

ríodo mensual. La liquidación se hará a las tasas que certifique la Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria) para cada período mensual, las cuales, conforme al artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, se consideran hecho notorio. Subsidiariamente, se reconocerá la indexación a las tasas certificadas por el DANE, las cuales, conforme al artículo 191 del Código de Procedimiento Civil, se consideran también hecho notorio, y/o los intereses legales correspondientes sobre las sumas que deba cancelar al demandante en reconvencción el CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN'. En todo caso, se dará aplicación al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 conforme al cual *'Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales'*.

6. Que se condene al CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO 'CAPRECAN' a pagar las costas procesales y las agencias en derecho."

D. Contestación a la Demanda de Reconvencción

8. En la Contestación a la Demanda de Reconvencción Capreacan procedió como sigue:
 - a. Dio respuesta a los hechos de la Demanda, precisando su versión de lo acontecido, rechazando y negando varios de ellos y aceptando algunos, total o parcialmente.⁶¹
 - b. Asimismo, propuso y denominó las siguientes Excepciones:⁶²

⁶¹ Cuaderno No. 2 – Folios 272 a 286.

⁶² Cuaderno No. 2 – Folios 286 a 289.

- i. Falta de legitimidad en la causa pretendida por vulneración de los principios legales contenidos en el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de la Construcción; y
 - ii. Excepción de contrato no cumplido.
- c. Con fundamento en las anteriores Excepciones, se opuso a todas las pretensiones de la Demanda de Reconvención.
- d. Finalmente, amén de señalar direcciones para notificaciones, acompañó pruebas documentales y solicitó la práctica de las restantes que consideró pertinentes.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. Aspectos Procesales

1. Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.
2. En efecto:
 - a. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal acompañado al Arbitraje,⁶³ Caprecan es una persona jurídica legalmente constituida y representada, en tanto que el Demandado es persona natural, mayor de edad y en ejercicio de sus facultades.
 - b. Ambas Partes actuaron por conducto de apoderados.⁶⁴
 - c. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente,⁶⁵ que:
 - i. Había sido designado e instalado en debida forma;
 - ii. Las Partes eran capaces y estaban debidamente representadas;

⁶³ Cuaderno No. 1 – Folio 272 y Cuaderno No. 2 – Folio 68.

⁶⁴ Cuaderno No. 1 – Folios 423 y 424.

⁶⁵ Cfr. primera audiencia de trámite (Cuaderno No. 1, folios 425 a 429).

- iii. Las Partes consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
 - iv. Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las Partes tenían capacidad para ello.
- d. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.
- e. No obra causal de nulidad que afecte la actuación.

B. Objeción al peritaje contable

3. Precisado lo anterior, el Tribunal acomete el estudio de la objeción al peritaje contable.
4. Si bien, por mandato de la parte inicial del artículo 238 (6) del C.P.C., la objeción a un peritaje por error grave debe ser resuelta en el laudo, su tratamiento se deja generalmente para la parte final de tal providencia. Este Tribunal considera, por el contrario, que debe ser analizado previo a adentrarse en el fondo de una controversia, a fin de poder contar o no –o contar parcialmente– con el apoyo del medio de prueba en referencia.
5. Dicho lo anterior, el Tribunal estima procedente realizar algunas precisiones sobre el marco conceptual aplicable al análisis y decisión de los reparos por error grave formulados a dictámenes periciales.
6. Sea lo primero destacar que la prueba pericial tiene por objeto ayudar al juez con respecto a la verificación de hechos que interesan al litigio y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, distintos de la ciencia del Derecho.

7. Es en este sentido donde se configura la condición de *auxiliares* que con relación a los jueces -en este caso el Arbitro- tienen los peritos, quienes por razón de sus conocimientos especializados los ilustran sobre hechos que exceden el conocimiento común de los mismos.
8. El artículo 238 (4) del C.P.C. establece que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando éste sea "*determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.*"
9. El **error grave** es, entonces:
 - a. Una equivocación de tal importancia que:
 - i. Impone o determina la conclusión del perito, y en este sentido cabe decir que sin tal yerro la conclusión pericial habría sido distinta;
 - ii. La conclusión del perito es en sí misma equivocada con respecto a las comprobaciones reales, lo que trae consigo que si éstas hubieren sido recta y adecuadamente valoradas se habría llegado a una conclusión diferente.

En ambas hipótesis el error grave está centrado en los **hechos** materia del dictamen, ya porque objetivamente no fueron bien comprobados, o porque habiéndolo sido, el perito los valoró o apreció equivocadamente.
 - b. La formulación de opiniones sobre temas que no le constan al perito.
10. Lo anterior implica, *ab initio*, que no se puede confundir *error grave* con *desavenencia* con el concepto profesional del experto.

11. La instancia arbitral ha expresado lo que sigue, con inclusión de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“[Las objeciones] deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...)’ y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen ‘... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (...)

La tacha por error grave a que se refiere la norma citada [art. 238 del C.P.C.] **no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito.** Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva.”⁶⁶ (Enfasis añadido).

⁶⁶ Laudo proferido en Marzo 5, 2007 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el caso *Construcciones C.F. Ltda. vs. Banco de la República*, páginas 45 y 46, haciendo referencia al caso *Monómeros Colombo Venezolanos S.A. vs. Lloyds Trust S.A.*, donde se cita la decisión de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil que aparece tanto en la Gaceta Judicial LII – 306 como en la Gaceta Judicial LXXXV – 604.

12. Visto lo precedente, el Tribunal anota que el reparo del Demandado se centra en:⁶⁷
- a. En el concepto denominado lucro cesante, estimado en \$246.248.308, puesto que considera que la actividad económica de Caprecan no es la propia de una institución financiera y, por tanto, mal podría calcularse el lucro cesante mediante la aplicación del interés bancario corriente a un capital determinado.
 - b. En el concepto sobre eventual deterioro de la imagen de Caprecan ante la comunidad, fijado en \$595.079.872, cifra que fue determinada con base en la suma de los excedentes de las utilidades durante 2007 – 2008 y la capitalización del excedente de las utilidades definidas en el 2007, toda vez que mal podría equipararse *la imagen ante la comunidad* con una operación financiera relacionada con excedentes de utilidades obtenidas en un determinado periodo.
 - c. En el concepto denominado “*eventual daño surgido por el eventual incumplimiento del contrato materia de arbitraje, estimado en \$312.248.806*”, toda vez que:
 - i. No hay disminución de activos por la venta del consultorio de Las Vegas, por la suma de \$166.174.000, ya que el activo fue reemplazado por su valor en dinero;
 - ii. No hubo cánones de arrendamiento dejados de percibir entre Mayo y Diciembre de 2008;
 - iii. Se consideró doblemente el concepto relacionado con la supuesta falta de facturación, ya que fue incluido en el numeral 6 por \$ 69.034.272 y en el numeral 7 por \$ 12.449.636;

⁶⁷

Cuaderno No. 5 – Folios 140 a 147.

- iv. Se incluyó doblemente el concepto de gastos de vigilancia: en el numeral 1 por \$ 9.240.032 y en el numeral 4 por \$ 2.094.440;
- d. Error grave en el concepto de daño emergente con base en los siguientes argumentos:
- i. Incongruencia en lo que se refiere al objeto inicialmente contratado;
 - ii. Se omitió especificar el presupuesto en que se basó para concluir el daño emergente por valor de \$ 160.541.903;
 - iii. Se confundieron dos conceptos: el de presupuesto de obras y el de valor para efectos fiscales establecido en la cláusula séptima del Contrato;
 - iv. El valor de la obra no puede ser considerado como daño en una porción de obra que no existía y que fue construida después;
 - v. Se expresó que el valor del objeto inicialmente contratado fue de \$ 460.541.903, pero no se logró determinar cuál fue el objeto inicialmente contratado.
13. Para el Tribunal los temas anteriores son típicos de una **disparidad** con la opinión de la perito contador y no constitutivos de un **error grave** de su dictamen.
14. El Tribunal observa, además, que la perito contestó los interrogantes respecto de los cuales debía aclararse o complementarse su dictamen y, por tanto, no se advierte que hubiera omitido responder lo que se le inquirió y que el peritaje adolezca de **error grave** con la connotación procesalmente adscrita a tal defecto.

15. La conclusión de lo expuesto es, entonces, que no prosperará la objeción por error grave del peritaje contable propuesta por el Demandado.

C. El Contrato y su ejecución. Incumplimientos recíprocos

16. La Demanda y la Reconvención traen peticiones *espejo* toda vez que en una y en otra:
 - a. Se pide la declaratoria de incumplimiento del Contrato, por parte de Juan Pablo Aguirre en la Demanda y por parte de Caprecan en la Reconvención;
 - b. Se pide la resolución del Contrato, en la Demanda como consecuencia del incumplimiento de Juan Pablo Aguirre y en la Reconvención como consecuencia del incumplimiento de Caprecan; y
 - c. Se pide el pago de indemnización de perjuicios, en la Demanda como consecuencia del incumplimiento de Juan Pablo Aguirre y en la Reconvención como consecuencia del incumplimiento de Caprecan.
17. Adicionalmente, y dentro de las Excepciones propuestas por cada Parte se incluye la de "*contrato no cumplido*" establecida en el artículo 1609 del Código Civil ("C.C.").
18. Frente a estos cargos y defensa **absolutamente simétricas**, el Tribunal comienza por referirse al marco legal, doctrinario y jurisprudencial de la *acción resolutoria* de los contratos, a cuyo efecto anota:
 - a. El artículo 1546 del C.C. constituye la fuente normativa de esta acción al establecer:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

- b. Son múltiples las expresiones jurisprudenciales que tratan esta disposición, rescatando el Tribunal las que siguen, particularmente ilustrativas dada la entidad jurídica de sus signatarios:

“La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, queda expuesta, de acuerdo con la ley, a la acción alternativa del art. 1546 del C.C. y a la excepción *non adimpleti contractus* del artículo 1609 de la misma obra.... Entre los caracteres propios de la resolución, que son a la vez condiciones especiales para el ejercicio de la acción correspondiente, fuera de que supone la existencia de un contrato bilateral válido, se pueden señalar como indispensables el hecho de que por parte del demandado haya habido falta del cumplimiento de las obligaciones que contrajo, porque en eso consiste la realización de la condición resolutoria tácita o subentendida que va envuelta en los contratos bilaterales (1546 C. C.).... y que respecto del demandante o actor haya cumplido por su parte las obligaciones que le imponía el contrato bilateral, o que está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. El derecho optativo para pedir la resolución del contrato (1546, inc. 2º) no corresponde sino al contratante que ha cumplido por su parte sus prestaciones contractuales, porque es de este cumplimiento de donde surge el derecho de exigir que los demás cumplan las suyas. En tal caso que ninguna de las partes contratantes de adecuado cumplimiento a sus obligaciones recíprocas, no existe la si-

tuación jurídica de mora y entonces es Improcedente el ejercicio de la acción resolutoria....”⁶⁸

“[L]a jurisprudencia de la Corte.... al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas; y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde.

Según los antedichos requisitos, que aparecen diáfamanamente contemplados en el citado artículo, por el aspecto activo, el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo, incuestionablemente debe dirigirse la referida acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u opositor.
(...)

Si todas las partes incumplen, ninguna tiene tales acciones [cumplimiento o resolución].”⁶⁹

- c. La doctrina también es conteste con la orientación jurisprudencial antes expuesta:

“[S]i ambas partes ha incumplido el contrato no cabe la resolución. En este caso estaremos en presencia de otros fenó-

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Febrero 2, 1940 – Gaceta Judicial XLIX – 49.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Noviembre 5, 1979 – Gaceta Judicial CLX–306.

menos, como el mutuo disenso tácito o la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, la previsión del artículo 1546 del Código Civil supone el cumplimiento de las obligaciones de la parte o del sujeto que solicita la resolución del contrato y el correlativo incumplimiento de su contraparte. Por tanto, siempre que se evalúe un evento en el que se solicita la resolución del contrato debe existir una parte que cumplió con sus obligaciones contractuales o que, por lo menos, se allanó a cumplirlas y otra parte que, por el contrario, las desconoció e incumplió culpablemente. Así las cosas, uno de los requisitos fundamentales cuando se analiza la resolución del contrato por inexecución o incumplimiento del mismo con culpa de uno de los contratantes, es que la parte o el sujeto contractual que solicita la disolución o terminación del contrato haya cumplido o esté dispuesto a cumplir el contrato.⁷⁰

19. Fijado, pues, el marco conceptual para la evaluación de las antedichas pretensiones de las Partes, el Tribunal halla lo siguiente:
- a. Es incuestionable que Demandante y Demandado coinciden en la existencia y validez del Contrato. Por ende se halla satisfecho el primer requisito para que pueda incoarse la acción resolutoria, esto es que haya una convención bilateral.
 - b. El Contrato, a su turno, fue identificado por las Partes como de "*administración delegada y prestación de servicios profesionales de manera independiente*".⁷¹

⁷⁰ Arturo Sanabria Gómez, La resolución en derecho colombiano, en *La terminación del contrato*, José Alberto Gaitán y Fabricio Mantilla, Directores Académicos, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, páginas 153 y 154.

⁷¹ Para el Tribunal es redundante la referencia a la "prestación de servicios de manera independiente" habida cuenta de ser el contrato de administración delegada una modalidad del mandato.

- c. Este contrato está regulado dentro del régimen de la contratación estatal, pero no es incompatible con la contratación privada, a la que pueden aplicarse por analogía las disposiciones de dicho régimen en cuanto no pugnen con la índole privada de los contratantes y con el objeto que éstos se propongan.⁷²
- d. Por la naturaleza misma del contrato de administración delegada y las estipulaciones que al respecto convinieron las Partes, considera el Tribunal que en el caso a estudio se está en presencia de un *contrato de colaboración*, figura que conlleva cierta complejidad en lo que concierne tanto al contenido de las obligaciones que genera para los contratantes como en el examen de la conducta de ellas en cuanto a su ejecución. A ello debe agregarse que, en función de sus términos, el Tribunal estima que el Contrato configura una especie de *acuerdo marco*, cuyo objeto se delineó en términos generales, pero con miras a posteriores precisiones y ajustes a medida que se fuera ejecutando.
- e. El Contrato adolece, en consecuencia, de cierta indeterminación en cuanto a su objeto y a las obligaciones que para ejecutarlo se derivarían tanto para Caprecan como para el Demandado, lo que le imponía a ambos actuar concertadamente para precisarlo y realizarlo, siendo este compromiso particularmente aplicable a este último dada su condición de profesional encargado de llevar a cabo la obra proyectada.
- f. Dicho lo anterior y en punto a la Demanda, el Tribunal observa que se da el requisito de incumplimiento por parte del Demandado, quien, *inter alia*, omitió atender una obligación fundamental para el buen éxito del Contrato, cual era la elaboración del programa de construcción y el plan de inversiones, **indispensables** para el seguimiento del avance

⁷² En el informe rendido por la Sociedad Colombiana de Arquitectos (Cuaderno No. 3 folios 298 a 306) se caracteriza el contrato por administración delegada como:

"[A]quellos en que el contratista por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre."

de la obra, la efectiva coordinación y pago de las diversas actividades a ella correspondientes y, en fin, para la fijación del lapso de duración del Contrato y la inherente fecha de entrega de los trabajos contratados.

- g. La presentación del susodicho programa de construcción y plan de inversiones, a su turno, habría de derivar en un presupuesto para la atención de las labores programadas, documento sobre el cual expresa el perito ingeniero Gonzalo Echeverri:

"En ningún momento parece haberse tenido claridad al respecto según se colige de la lectura de los documentos puestos a consideración del perito. Hay varios presupuestos por la falta de claridad tanto del propietario como del constructor de lo que se quería hacer. (...)

Tanto contratante como contratista debieron haber acordado con claridad el alcance de la obra, con el fin de poder hacer presupuestos de construcción con algún grado de confiabilidad y poderse comprometer con metas bien definidas. Las actas del comité de obra hacen muy evidente la improvisación. (...)

Se deberían haber elaborado los correspondientes presupuestos de cada fase debidamente discriminados y delimitados, lo que hubiera facilitado la correcta toma de decisiones, y la consecución oportuna de los recursos financieros necesarios"⁷³

- h. Y el apartamiento del Demandado de sus compromisos contractuales es más acentuado si se considera el profesionalismo que ofreció y al cual se comprometió, pues, evidentemente estaba obligado a hacerle ver a Caprecan que era indispensable definir con claridad y previsión

⁷³ Cuaderno No. 5 – Folios 3, 7 y 8.

las obras que se aspiraba realizar, para de ese modo programar adecuadamente su ejecución.

- i. Lo elemental era que exigiera la documentación (planos arquitectónicos, cálculos y planos estructurales y planos de las instalaciones eléctricas y sanitarias) para con base en los mismos elaborar el presupuesto total de la obra y presentar un programa de construcción y correlativo plan de inversiones, según era requerido en la cláusula tercera del Contrato.⁷⁴
- j. No haber atendido lo anterior conlleva, entonces, severo incumplimiento de lo pactado,⁷⁵ circunstancia que se ve acrecentada en atención al *deber de colaboración* que le asistía al Demandado, tema sobre el que se consigna en obra fundamental:

⁷⁴ En el testimonio de Gabriel Cadavid se lee:

Preguntado: Sírvase manifestar si... usted como interventor exigió al arquitecto Juan Pablo Aguirre Orozco que presentara un presupuesto ante esa realidad de construcción. **Contestó:** Sí señor.

Preguntado: Sírvase manifestar si el ingeniero [sic] Juan Pablo Aguirre Orozco presentó el presupuesto para satisfacer dicha exigencia por parte de usted como interventor. **Contestó:** Realmente fueron muy imprecisos los presupuestos durante todo el transcurso de este contrato. (...)

Preguntado: Cuando usted dejó de actuar como interventor, ¿todavía el señor Juan Pablo Aguirre estaba en la obra? **Contestó:** Sí.

Preguntado: ¿Qué motivos tuvo usted para dejar de actuar como interventor de la obra? **Contestó:** Básicamente que no se hacían las cosas como se estaba pidiendo, la reiteración de pedir los presupuestos, de pedir esto, de pedir las otras cosas."

(Cuaderno No. 4 - Folios 31 y 33).

En el testimonio de Handel Saravia se corrobora:

"[N]unca hubo un presupuesto completo de las obras a ejecutar con el presupuesto que se tenía. Entonces varias veces nosotros, como interventoría que estábamos haciendo, se le solicitaba al arquitecto Juan Pablo que por favor presentara ese presupuesto...."

(Cuaderno No. 4 - Folio 45).

⁷⁵ En el informe de la Sociedad Colombiana de Arquitectos (Cuaderno No. 3, folio 301) se lee:

"De conformidad con el Decreto Ley 222 de 1983, artículo 91: 'De las obligaciones del Administrador Delegado. Corresponde al administrador delegado tomar bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra, de conformidad con las cláusulas del respectivo contrato.'"

"Concurrentemente con la obligación misma y en función de ella, sobre el deudor pesan deberes generales.... como también los hay a cargo del sujeto activo, en orden a facilitar y, en algunos casos, incluso a hacer posible el cumplimiento del deudor. (...)

[N]o es que el acreedor esté 'obligado' a la colaboración necesaria, pero sí la 'debe'. Si el acreedor lo 'transgrede' [el deber de colaboración], o mejor, si no ejecuta el 'acto necesario', su omisión lo priva de los efectos positivos inherentes a aquel, al propio tiempo que le acarrea consecuencias adversas: su pretensión para exigir del deudor la ejecución de la prestación queda paralizada, cuando no es que la pierde."⁷⁶

- k. Establecido el incumplimiento del Demandado, corresponde determinar si Caprecan cumplió con su parte del Contrato (o se allanó a cumplirla).
- l. La realidad producto de la evidencia allegada y recaudada a lo largo del Proceso, muestra, sin embargo que el requisito de cumplimiento (o allanamiento a cumplir) de la Demandante no está, ni de lejos, satisfecho.
- m. Caprecan incumplió, sería y repetidamente, con sus obligaciones contractuales, subrayando el Tribunal, que pocas son las ocasiones en que puede advertirse un comportamiento más errático, confuso y desordenado.
- n. El peritaje rendido por el ingeniero Echeverri es muy ilustrativo sobre este particular:

⁷⁶ Fernando Hinestrosa, *Tratado de las Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, páginas 555 y 562.

“Los objetivos del proyecto (nunca claros ni bien definidos por el contratante) es evidente que no se lograron. (...)

El contrato preveía que en caso de que el contratante decidiese no seguir con el contrato, debiera avisar al contratista con un mes de antelación a la suspensión de los trabajos y liquidar todos los gastos en que el contratista hubiera incurrido, incluidos los honorarios correspondientes y nada de esto se hizo.”⁷⁷

- o. Y a ello debe agregarse la evidencia que sobre improvisación y carencia del cuidado esperado de los administradores de una persona jurídica se puso de presente en la declaración de parte rendida por la representante legal de Caprecan,⁷⁸ quien, entre otras cosas, resolvió asumir la *interventoría* de los trabajos sin tener la más mínima idoneidad para ello.⁷⁹ Al respecto señala la Sociedad Colombiana de Arquitectos:

“[L]os únicos profesionales para desempeñar tal labor [interventoría en un contrato de construcción], son los arquitectos e ingenieros con los requisitos establecidos por el Decreto 2090 de 1989 y cuya principal obligación es estar legalmente matriculado y con vigencia ante el CPNAA (Consejo Profesio-

⁷⁷ Cuaderno No. 5 – Folio 6.

⁷⁸ Por ejemplo, con relación con la experiencia y análisis de la idoneidad del Demandado, la representante legal de Caprecan expuso en su declaración de parte:

“**Preguntada** [Arbitro Nicolás Gamboa]: Sobre la experiencia [del Demandado], ¿hicieron alguna averiguación sobre la experiencia, la capacidad? **Contestó**: Mi hija vive en Estados Unidos, vino de visita por ese tiempo, yo ya había hablado con los arquitectos... y ella me dijo: ‘ay mami, el novio de Juliana es arquitecto, y es super buen arquitecto, por qué no le das la oportunidad mami’, me lo presentó como lo mejor de lo mejor, y entonces yo le dije: ‘ah, entonces dile que me mande la propuesta’...”

Preguntada [Arbitro Leonardo Uribe]: ¿La única referencia fue la de su hija? **Contestó**: Mi hija, una amiga de mi hija. Ahora, él mostró obras arquitectónicas que habían diseñado, yo no se si son auténticas o no...”

(Cuaderno No. 3 – Folios 267 y 268.

⁷⁹ Así lo reconoció claramente la mencionada representante legal en su declaración de parte. (Cf. Cuaderno No. 3 folio 259).

nal Nacional de Arquitectura y sus profesionales auxiliares) para el caso de los arquitectos y el COPNIA para el caso de los ingenieros. (...)

De conformidad con el Decreto 2090 de 1989, la interventoría solo puede ser ejercida por arquitectos e ingenieros especializados, debidamente titulados y matriculados y con experiencia no menor de tres años y específica según el tipo de proyecto....⁸⁰

- p. Y como si lo anterior fuera poco, Caprecan procedió a *terminar unilateralmente* el Contrato, desconociendo que la resolución de los contratos debe ser declarada por un juez y violando, además, el elemental principio *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 1602 del C.C.
20. La conclusión obligada de todo lo anterior es que, como tal, la resolución del Contrato no está llamada a prosperar en la forma planteada en la Demanda y, particularmente en lo relativo a la petición indemnizatoria allí solicitada.
21. Concluida en la forma precedente la evaluación de las pretensiones de la Demanda, el Tribunal torna hacia las propias de la Reconvención y halla que, consistente con la simetría de que se dio cuenta anteriormente, tampoco están llamadas al éxito las solicitudes del Demandado (y demandante en reconvención) en particular las indemnizatorias, pues si bien es patente el incumplimiento de Caprecan, no se configura el tercer requisito para la prosperidad de la resolución en la forma solicitada, ya que, como atrás se explicó, Juan Pablo Aguirre **también** incumplió el Contrato.
22. En síntesis, pues, el Tribunal concluye que la presencia de múltiples y mutuos incumplimientos y la consiguiente frustración del Contrato no es cosa diferente del corolario, virtualmente forzoso, de una relación comercial mal concebida, mal adjudicada, mal ejecutada y mal supervisada.

⁸⁰ Cuaderno No. 3 – Folios 305 y 306.

D. Excepciones

23. Lo antes expuesto puede verse como mutuo fracaso de lo pretendido en la Demanda y en la Reconvención, dando margen para poner en práctica lo consignado por la Corte Suprema de Justicia:

"La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejerciéndose.

A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor,

entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen."⁸¹

24. Lo consignado en precedencia es, entonces, suficiente para que el Tribunal quede relevado de ocuparse de las Excepciones propuestas por una y otra Parte,⁸² exceptuando, no obstante, la de contrato no cumplido a que se hará referencia a continuación, pues, en efecto, las consideraciones sobre mutuo incumplimiento del Contrato también podrían, **en forma totalmente estricta**, llevar a la conclusión de que ha prosperado **con carácter recíproco la excepción de contrato no cumplido**, propuesta por **ambas** Partes.
25. Sobre este medio de defensa ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"La verdadera interpretación del artículo 1609.

La Corte entra ahora a interpretar el artículo citado, que dice '*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla de su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*'

La norma es de una claridad extraordinaria como producto de la pluma maestra de don Andrés Bello. Con su simple lectura se encuentra su verdadero sentido. Que si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna dice el artículo que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir. (...)

⁸¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Junio 11, 2001 – Expediente 6343.

⁸² Puntualmente, y con relación a la Excepción de "Prescripción" propuesta por el Demandado, el Tribunal observa que no pasó de su formulación, sin que a lo largo del Proceso hubiera habido algún desarrollo o explicación sobre la misma. De hecho, ni siquiera se mencionó este tema en el alegato de conclusión rendido oralmente por el apoderado del Demandado.

Si ambos han incumplido ninguno de los dos contratantes está en mora.... En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos de la mora, únicamente se les puede aplicar los efectos del incumplimiento. (...)

En los contratos bilaterales, cuando ambos han incumplido, ninguno está en mora.... Ese es el verdadero y único sentido del artículo 1609. Se evita con la interpretación de esa norma, el estancamiento de los contratos que conduce a tremendas injusticias y que, para evitarlas, llevó a la Corte con ese sano propósito, a crear la figura de la resolución por mutuo disenso tácito (...)

Resolución por mutuo disenso tácito o resolución por incumplimiento mutuo de los contratantes, es, en la práctica una misma cosa, pues ni en una ni en otra institución hay lugar a condena de perjuicios ni a cláusula penal.⁸³

E. Efectos del incumplimiento recíproco. Mutuo disenso

26. Habida consideración que, **exegéticamente hablando**, puede considerarse el **mutuo éxito** de la defensa prevista en el artículo 1609 del C.C. en tanto cada Parte ha acreditado el yerro de su contraria y que, por ende, se presenta el fenómeno del **mutuo incumplimiento**, el Tribunal encuentra que la situación fáctica sometida a su consideración encaja perfectamente en la siguiente y autorizada descripción que hace el doctor Fernando Hinestrosa:

“[P]uede darse el caso... de que ninguna de estas [las partes] se encuentre en las condiciones previstas para la resolución o, mejor, que las dos puedan invocar frente a dicha pretensión la excepción de incumplimiento de la contraria, dada la ineje-

⁸³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Diciembre 7, 1982 – Gaceta Judicial CLXV – 341.

cución de las dos (incumplimiento mutuo). Ello conduce a la imposibilidad de seguir adelante en la ejecución de las prestaciones, como también de eliminar los efectos del contrato, con el riesgo de desequilibrios e injusticias mayúsculos en fuerza de lo ejecutado hasta entonces, parálisis insoluble que mantuvo inveteradamente la jurisprudencia. Con todo, desde hace algo más de veinticinco años la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, con oscilaciones, comenzó a abrir la posibilidad de obviar esa paralización *ad eternum* del contrato bilateral mutuamente incumplido, tomando ese incumplimiento bilateral como un desistimiento mutuo o una conducta concluyente en el sentido de destrata.⁸⁴

27. Y muestra **precisa** del esfuerzo jurisprudencial para evitar la "*paralización ad eternum del contrato bilateral mutuamente incumplido*" de que habla el doctor Hinestrosa es la sentencia de Septiembre 23, 1974, que el Tribunal acoge y hace propia, enfatizando que alude a un caso, como el presente, **donde ambas partes pidieron la resolución del contrato por incumplimiento de la contraria y, además, se planteó la excepción de contrato no cumplido.**
28. Así se pronunció la Corte Suprema de Justicia en la antes referida providencia:

"[E]stá plenamente establecido el incumplimiento mutuo de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, la voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer.... Por lo cual, y precisamente porque las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el

⁸⁴ Fernando Hinestrosa, *op. cit.*, páginas 880 y 881.

contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta, es preciso darle a la recíproca inexecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso, según lo establece el artículo 1602 del Código Civil cuando dice: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales.'

Quien oportunamente ha dejado de ejecutar sus obligaciones, bien puede material o físicamente en cualquier momento; pero a esa actividad así desarrollada, no puede asignársele el significado jurídico del cumplimiento, por cuanto dicho concepto, lo mismo en el orden natural que en la voluntad expresa de ley, sólo puede producirse cuando se le ejecuta 'en la forma y tiempo debidos' (Art. 1609 del C.C.), no en los que, por fuera de tales modalidades quiera darse arbitrariamente una sola de las partes. Desde el punto de vista del interés de cada estipulante, el acuerdo se formaliza teniendo en cuenta determinadas circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc, a través de las cuales supone cada una satisfacerlo; por lo cual, si alguna o algunas de tales circunstancias desaparecen, es claro que también ese interés se desaparezca o se modifique, en función de la causal que lo determinó. De ahí las acciones alternativas de resolución o cumplimiento consagradas por la ley contra el moroso; y de ahí también el lógico resultado de la resolución o desistencia por mutuo disenso tácito, **en que exactamente debe traducirse la recíproca y simultánea inexecución o incumplimiento de las partes en el pacto.** Contra el resultado inaceptable de entenderlas sometidas a la indefinida expectativa de que –en algún tiempo– pueda ejecutarse o resolverse el contrato no cumplido por obra exclusiva de aquella de las dos que considere derivar mayores ventajas del incumplimiento común; o de que la acción implacable del tiempo le de vigencia definitiva a través de la prescripción.

Por consiguiente, expuestos los hechos del litigio, en armonía con el anterior criterio, el contrato de que se viene hablando **debe ser declarado disuelto por mutuo disenso tácito de las partes que se deduce inequívocamente del incumplimiento recíproco de ambos contratantes.** (...)

Una adecuada solución del problema concorde con el deber de los jueces de asegurar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva, exige tener presente la voluntad expresa o implícita de los contratantes, como también sus mismas manifestaciones en el proceso, las cuales se adivinan fácilmente tanto del planteamiento de la demandante cuanto de la demandada, o sea su voluntad de no llevar a cabo el contrato celebrado entre las mismas partes. (...)

No hay lugar a perjuicios porque ambas partes incumplieron.⁸⁵ (Énfasis añadido).

29. Y efectivamente, así procedió la Corte, casando la sentencia del correspondiente Tribunal Superior de Distrito Judicial y resolviendo, como tribunal de instancia, declarar disuelto el contrato en cuestión "*por mutuo disenso de las partes*".
30. Existiendo, entonces, correspondencia fáctica entre el caso resuelto en la sentencia antes transcrita y el ventilado en este Arbitraje y coincidiendo el Tribunal con el punto de vista que no atiende la justicia el dejar sin solución y al garete una relación contractual mutuamente incumplida y que ninguno de los contratantes desea continuar, se sigue que este Tribunal procederá, con sólido apoyo en la jurisprudencia en mención, en la forma allí consignada, circunstancia que se reflejará en la parte resolutive de este Laudo.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – Sentencia de Septiembre 23, 1974 – Gaceta Judicial Nos. 2378 a 2389 – Páginas 246 y 247.

F. Costas

31. Habiendo concluido la evaluación de la Demanda y de la Demanda de Reconvencción, el Tribunal puntualiza que no existe balance favorable para ninguna de las Partes, toda vez que ambas incumplieron el Contrato y, por ende, no cabe reconocimiento económico para ninguna de ellas.
32. Por consiguiente, no cabe imponer las costas del Proceso, pues según el artículo 392 (1) del C.P.C. ello corresponde a la **parte vencida**, circunstancia que no se da en este Arbitraje.
33. Lo anterior, además, trae consigo que no quepa adscribir el pago de *agencias en derecho* a ninguna de las Partes, por lo cual cada una de ellas deberá soportar los costos incurridos en su representación en este Proceso.
34. Dicho lo anterior, y considerando que ambas Partes consignaron completa y oportunamente las sumas a su cargo, se sigue que no hay lugar a ninguna clase de restitución por una Parte hacia la otra, siendo entendido, desde luego, que en el evento que la suma disponible de la partida "*Gastos de funcionamiento*" no resulte suficiente para cubrir los gastos del Proceso (incluyendo su protocolización), el valor faltante deberá ser sufragado por el las Partes en idéntica proporción (50 - 50) y que en caso de presentarse un sobrante les será reintegrado en la misma proporción.

IV. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **El Centro Antioqueño de Salud y Prevención del Cáncer Ginecológico - Caprecan** y **Juan Pablo Aguirre Orozco**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Sobre la objeción al Peritaje:

Declarar no probada la objeción por error grave planteada por **Juan Pablo Aguirre** respecto del peritaje contable.

B. Sobre las pretensiones de la Demanda y la Reconvención:

1. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, **denegar** tanto las peticiones de la Demanda como las peticiones de la Reconvención **en la forma en que fueron planteadas en una y en otra.**
2. En su lugar:

Declarar disuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes.

C. Sobre las Excepciones planteadas respecto de la Demanda y respecto de la Reconvención:

En atención de lo resuelto sobre las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de

este Laudo, **prescindir** de la consideración de las Excepciones planteadas respecto de la Demanda y respecto de la Reconvención.

D. Sobre costas del Proceso:


Por los motivos expuestos en la § F del Capítulo III de este Laudo, **abstenerse** de imponerle a cualquiera de las Partes condena en costas, incluyendo el pago de *agencias en derecho*.

E. Sobre aspectos administrativos:

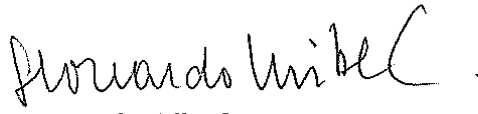
1. **Decretar** la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios.
2. **Ordenar** la liquidación final de las cuentas del Proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a cada una de las Partes y en idéntica proporción el saldo no utilizado de la partida "*Gastos de funcionamiento*".
3. **Ordenar** la protocolización del expediente del Proceso en una de las notarías del Círculo Notarial de Medellín.
4. **Ordenar** la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Cúmplase,

[El resto de esta página ha sido dejado en blanco de manera intencional]



Nicolás Gamboa Morales
Arbitro



Leonardo Uribe Correa
Arbitro



Jesús Vallejo Mejía
Presidente



Nicolás Henao Bernal
Secretario



ESCRITURA NÚMERO: ^{nicolas Alanzo} (#4.304) _____
 CUATRO MIL TRESCIENTOS CUATRO _____
 NATURALEZA DEL ACTO: PROTOCOLIZACIÓN DE UN
 EXPEDIENTE, EL CUAL ES CONTENTIVO DE UN
 PROCESO ARBITRAL _____
 CONVOCANTE: CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y
 PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO -

CAPRECAN _____
 CONVOCADO: JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO. _____

En el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los dos (02) _____ días del mes de noviembre _____ del año dos mil once (2011), ante el DESPACHO DE LA SEÑORA NOTARÍA VIGÉSIMA (20ª) DEL CÍRCULO NOTARIAL DE MEDELLÍN, cuya titular es SILVIA EUGENIA LOPERA UPEGUI, se presentó JESÚS VALLEJO MEJÍA, mayor de edad, domiciliado y residenciado en el municipio de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.240.937, quien obra en este acto en su calidad de presidente del tribunal de arbitramento y en tal calidad manifestó: _____

PRIMERO: Que presenta para su protocolización en esta Notaría EL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL PROCESO ARBITRAL promovido por CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO - CAPRECAN en contra de JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO, proceso que se tramitó en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, el cual se compone de ocho (8) cuadernos, que se describen así:

CUADERNO	TÍTULO	FOLIOS
No. 1	Solicitud de la demanda	1 a 401
	Continuación cuaderno 1	402 a 908
No. 2	Demanda de reconvencción	1 a 297
	Anexo al cuaderno 2 "diario de obra"	1a 79
No. 3	Pruebas Juan Pablo Aguirre	1 a 306
No. 4	Pruebas Caprecan	1 a 81
No. 5	Pruebas comunes	1 a 152
No. 6	Recurso de anulación (laudo arbitral)	1 a 149

SEGUNDO: En atención a lo solicitado por la compareciente, la señora Notaria lo insertó desde ahora en el protocolo de esta Notaría, en el lugar, con la fecha y bajo el número que le corresponda, para que forme parte de él, surta efectos legales y los interesados puedan en cualquier momento solicitar las copias que necesiten y tengan a bien. _____

Leída la presente escritura por el compareciente, la encuentra correcta, la aprueba y la firma con la Notara que da fe. _____

NOTARIA VEINTE
USO EXCLUSIVO.

Escritura No. 4-304 fecha 2 de 2011

Derechos notariales - \$44.000 resolución 11621 de 2010, IVA:\$8.384

RECAUDOS:\$12.050

La presente escritura se elaboró en la hoja del papel notarial 7 700153 283000

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

[Handwritten signature]

JESÚS VALLEJO MEJIA

c.c. 8.250.937

Árbitro - Presidente



[Handwritten signature]
SILVIA EUGENIA LOPERA UPEGUI
NOTARIA VEINTE ENCARGADA DE MEDELLÍN

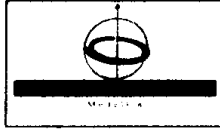
NOTARIA VEINTE DEL CIRCULO DE MEDELLIN

Es fiel y 2da copia que se expide tomada del original de la
escritura pública No 4304 de 2 de NOVIEMBRE
de 2011, consta de 1 hojas útiles y se
destina para * Interesado

Medellin, *

16 NOV. 2011





Asunto	Anulación Laudo Arbitral
Convocantes	"Caprecan"
Convocado	Juan Pablo Aguirre Orozco
Recurrentes	La convocante y el convocado
Radicado	No. 05001-22-03-000-2010-00521-01
Ponente	Luis Enrique Gil Marín
Asunto	Sentencia N° 018.
Tema	Nullidad laudo arbitral
Subtemas	Las Causales de Anulación del laudo arbitral son taxativas. El recurso de anulación se puede rechazar de plano cuando se invocan causales que no están consagradas legalmente. Oportunidades para invocar las causales que soportaran el recurso de anulación y para sustentartas. El recurso de anulación es eminentemente formal. Congruencia de la sentencia. El mutuo disenso. La declaración del mutuo disenso tácito requiere petición de parte. Decisión ultrapetita.

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA CUARTA DE DECISION CIVIL

Medellín (Ant.), dos de junio de dos mil once

1. INTRODUCCION

Se decide el recurso de anulación interpuesto tanto por la convocante como por el convocado, en contra del laudo arbitral proferido a solicitud del **CENTRO ANTIOQUEÑO DE SALUD Y PREVENCIÓN DEL CÁNCER GINECOLÓGICO - CAPRECAN**, en contra del señor **JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO**.

II. ANTECEDENTES

1. El laudo arbitral:

Fue emitido el veintitrés de agosto del año anterior, disponiendo en la parte resolutive de folios 869 a 870, continuación del cuaderno uno, lo siguiente:

"A. Sobre la objeción al peritaje:

"Declarar no probadas la objeción por error grave planteada por Juan Pablo Aguirre respecto del peritaje contable.

"B: sobre las pretensiones de la Demanda y la Reconvención:

"1. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, denegar tanto las peticiones de la Demanda como las peticiones de la Reconvención en la forma en que fueron planteadas en una y en otra.

"2. En su lugar:

"Declarar resuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes.

"C. Sobre las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la Reconvención:

"En atención de lo resuelto sobre las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, prescindir de la consideración de las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la reconvención.

918

"D. Sobre costas del Proceso:

"Por los motivos expuestos en la & F del Capítulo III de este laudo, abstenerse de imponerle a cualquiera de las Partes condena en costas, incluyendo el pago de agencias en derecho.

"E. Sobre aspectos administrativos:

"1. Decretar la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios.

"2. Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a cada una de las Partes y en idéntica proporción el saldo no utilizado de la partida "Gastos de funcionamiento".

"3. Ordenar la protocolización del expediente del Proceso en una de las Notarías del Circulo Notarial de Medellín.

"4. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes".

La Convocante y el convocado oportunamente pidieron la adición del laudo arbitral, solicitudes que fueron resueltas el primero (1º) de septiembre del año anterior, a folios 885 y 886 en la continuación del cuaderno 1, en los siguientes términos:

"1. Denegar la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por la Demandante.

"2. Denegar la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por Juan Pablo Aguirre en lo tocante con el reconocimiento de honorarios y costas a su favor.

099

"3. Complementar la &B (2) de la parte resolutive del laudo para incluir, como consecuencia de la declaración allí consignada, la obligación de Caprecan de Reembolsar al Demandado la cantidad de \$18'253.283, indexada según se indicó en las consideraciones de esta providencia, a partir de la fecha allí señalada y hasta que sea efectuado el pago correspondiente.

"4. Disponer que la complementación antes mencionada sea consignada, de conformidad con el artículo 311 del C.P.C., en laudo complementario, que será expedido a continuación".

2. El recurso de anulación:

La convocante y el convocado en sendos escritos presentados el 7 y el 8 de septiembre pasado, interpusieron el recurso de anulación contra el laudo arbitral, proferido el catorce de ese mismo mes y año.

Al efecto, la convocante por conducto de su apoderado judicial, con soporte en los artículos 163 y 164 del Decreto 1818 de 1998, esgrimió las siguientes causales (véase folios 901, continuación del cuaderno 1):

"4. Cuando sin fundamento legal se dejaron 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 hubiera reclamado en la forma y tiempos debidos.

"8. Haber recaído el laudo o su adición sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haber concedido más de lo pedido.

"9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

El recurrente expresamente manifestó que oportunamente sustentaría el recurso interpuesto.

Por su parte, el convocado esgrimió las siguientes causales:

"7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.

"8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido. Y,

"9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

Al momento de interponer el recurso trajo como soporte de su inconformidad:

Frente a la causal séptima indica que en la parte motiva admitió que CAPRECAN procedió a terminar unilateralmente el contrato, desconociendo que la resolución de los contratos debe ser declarada por un juez, violando además, el principio *"pacta sunt servanda"* recogido en el artículo 1.602 del C. Civil; el Tribunal en la parte resolutive determinó declararlo disuelto por mutuo disenso de las partes, lo que constituye una evidente contradicción; lógicamente no es posible afirmar que una de las partes unilateralmente lo dio por concluido y simultáneamente sostener que fueron ambas las que lo disolvieron.

La causal octava la soporta afirmando que ninguna de las partes invocó el mutuo disenso como causal para la resolución del contrato, desconociendo de esta manera el principio de congruencia de la sentencia, agregando que no le era dable emitir tal pronunciamiento por la limitación de su facultad jurisdiccional.

Con relación a la causal novena afirmó que en la demanda no solo se reclamaban perjuicios por incumplimiento, pues además se solicitó sumas adeudas por concepto de honorarios causados en razón de la obra efectivamente realizada, lo que se abstuvo de resolver el Tribunal argumentando erróneamente en el laudo complementario que tal

101

pronunciamiento implicaba modificar lo decidido y ordenar cumplir cierta parte del contrato resultaba realmente contradictorio con las consecuencias del mutuo incumplimiento hallado y decretado, precisando que como lo solicitó en la solicitud de complementación, tales honorarios en modo alguno constituyen indemnización de perjuicios, sino una contraprestación cuyo pago se debió ordenar.

3. Trámite del recurso de anulación:

Por auto proferido el diecinueve (19) de octubre del año anterior, se admitió el recurso de anulación del laudo arbitral y se corrió traslado por el término de cinco (5) días a los recurrentes para que se pronunciaran, lo que oportunamente hicieron ambas partes.

La convocante en extenso se expresó en los siguientes términos:

Sustento de la causal cuarta: Se llevó a cabo prueba pericial técnica por el perito Ingeniero Gonzalo Echeverri Palacio (folios 2 a 6 del cuaderno 5), determinante del supuesto incumplimiento de la convocante; oportunamente el apoderado judicial formuló objeción, solicitó aclaración y complementación a dicho dictamen, manifestaciones que no fueron de recibo para el Tribunal Arbitral, pues de acuerdo a lo registrado en la audiencia de práctica de pruebas del 3 de noviembre de 2009, no tuvo en cuenta la objeción, al tildarlas únicamente de solicitudes de aclaración y complementación porque faltó mayor ejercicio para verificar los puntos expuestos en el documento, enterró al olvido la objeción; puntualiza indicando que al ser rechazado como aclaración o complementación se debió llevar a cabo el trámite de la objeción, señalando además, que a la objeción formulada por la contra parte se le dedicó un extenso análisis.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición, en el que de nuevo y claramente se insiste en la objeción, solicitud que es nuevamente negada por el Tribunal, con la precisión que dejó viva la objeción para ser resuelta oportunamente.

La denegación de las ampliaciones oportunamente planteadas después de que se esgrimieron documentos y recurso de reposición por parte de CAPRECAN, significa sin lugar a dudas que se dejaron de practicar pruebas, tomando en cuenta que la ampliación es parte de la prueba misma de peritación.

El Tribunal impidió la contradicción de la prueba en tres oportunidades: Denegando inicialmente el escrito de aclaración y complementación, afirmando que tenía los visos de un alegato; posteriormente, al denegar el recurso de reposición y, finalmente, al no estimarlo para la decisión de fondo; lo que agrava el derecho a la igualdad y a la paridad procesal y, por la molesta circunstancia del Despacho favorable a las aclaraciones pedidas por la contraparte, gustosamente atendidas por el perito y que terminaron siendo axiales para la conclusión del Tribunal sobre el incumplimiento de la convocante.

Líneas más adelante, después de emitir pronunciamiento frente a las otras causales esgrimidas al interponer el recurso, vuelve sobre el dictamen pericial como soporte de la causal novena, por no haber sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral (véase de folios 33 a 36 del cuaderno correspondiente al recurso de anulación), para insistir sobre argumentos ya consignados, para determinar que el error grave de la pericia básicamente se presenta porque se basó en premisas falsas, *"como la consistente en que no había estudio de suelos para cuando se iniciaron las obras, todo lo que ya gozaba de soporte probatorio en el proceso, tanto en pruebas documentales como en las intervenciones de los diferentes testigos, tal y como lo hace saber"* (folios 35); que esta objeción no mereció ningún comentario en el laudo, sin realizarse ninguna confrontación entre el incumplimiento supuestamente encontrado en CAPRECAN y lo objetado.

Que el perito a folios 6 del cuaderno 5, tuvo su objeción en el memorial presentado por el apoderado de CAPRECAN, quien manifestó que *"Siempre se contó con los trescientos millones"*; lo que naturalmente

103

vuelve a tornarse en una oposición a los supuestos sobre los cuales el experto llega a afirmaciones como que "La carencia de recursos económicos suficientes fue definitiva para el incumplimiento de los mismos...".

Sustentación de la causal octava: El Tribunal encuentra una situación de mutuo incumplimiento, con base en la cual se releva de decidir sobre múltiples aspectos sometidos a la litis; pese a lo anterior, por medio de laudo complementario, inducido por la contraparte, sorprendentemente acabó llevando a cabo actos liquidatorios del contrato, lo que no estuvo en las pretensiones de la demandante ni de la demanda de reconvención, como fue la de terminar reconociendo un reembolso en instancia de complementación del laudo, atendiendo una solicitud de liquidar el contrato, referencia desfasada de los extremos del conflicto sujeto a arbitramento, pues tampoco se trataba de un enriquecimiento sin causa.

Incluso, afirma que contraviene apartes del propio fallo donde el Tribunal determinó que no era viable el castigo económico para ninguna de las partes y de atenderse como se hizo, siguiendo la idea que se trataba de una liquidación del contrato en consecuencia a la declaratoria de mutuo disenso, tendría que hacerse acompañada de una liquidación plena y completa de todos los elementos del contrato, verificándolos uno a uno, porque no tiene sentido el cubrimiento sesgado de un factor de reembolso, pudiendo existir otros a favor de CAPRECAN, que no fueron objeto del debate procesal por no ser la medula del enfrentamiento que asumieron las partes.

Fundamentación de la causal novena: El Tribunal abandonó el estudio del universo de las pretensiones y de las excepciones presentadas, bajo rápido y descuidado juicio, que juzga de cuestionable, consideró que se trataba de pretensiones y excepciones espejo, que daban lugar a la declaratoria del mutuo incumplimiento, con soporte en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sin tomar en cuenta que la referencia citada, aunada a un gravísimo error de concepto cometido

1041
por el Tribunal, al abordar únicamente la doble excepción de contrato no cumplido para fundar su laudo, generó la nulidad del mismo.

Agrega que todas las consideraciones del Tribunal se basan en el incorrecto supuesto del asunto objeto del proceso, corresponde a los fundamentos de la condición resolutoria del artículo 1546 del C. Civil, cuando en realidad la norma aplicable es el artículo 870 del C. de Comercio, porque de acuerdo al acervo probatorio el señor Juan Pablo Aguirre, ejercía su profesión liberal a través de una empresa denominada "*Diseño Integral*", con base en la cual realizó la primera contratación, cuando participaba en sociedad de hecho con el señor John Orozco, posteriormente, llevó a cabo la segunda, lo que implicaba que tenía la condición de comerciante y que el acto o contrato es de carácter mercantil con soporte en los artículos 25, 20-15 y 22 del C. de Comercio.

Que de haberse tomado el artículo 870 del C. de Comercio y no el artículo 1546 del C. Civil, como en efecto lo hizo el Tribunal, lo que constituye un error en aplicación de norma, la exigencia para la operación de la indemnización sería la mora, lo que el Tribunal debió explorar en lugar de circunstancias de incumplimiento, como en efecto lo hizo en los considerandos, lo que podría alterar el efecto de la decisión y requería un mayor análisis para una conclusión final y conllevaría al estudio de otras excepciones formuladas mutuamente, frente a las cuales guardó silencio.

Finalmente, indica que era insuficiente la constatación del simple incumplimiento, bajo el errado supuesto de aplicabilidad del artículo 1546 del C. Civil, lo que significa que hubo un examen incompleto e inapropiado que dejó temas a un margen que debieron ser resueltos en el laudo, por no haber tomado en cuenta la norma correcta.

Igualmente, la parte convocante trae como título II, en el escrito por medio del cual recorrió el traslado, la sustentación de causales de anulación no invocadas inicialmente, pero que considera pertinentes con

105

fundamento en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Al efecto, en esta oportunidad esgrimió las siguientes causales:

Causal 5ª. El arbitramento excedió el tiempo requerido - falta de jurisdicción: El Tribunal no existe cuando no se encuentran presentes todos los miembros que lo conforman; siendo así, la no presencia de un árbitro en un Tribunal integrado por tres, significa que en realidad el Tribunal no está sesionando, pues no puede confundirse el efecto de la ausencia de un árbitro con el de la disidencia, siendo imposible que el Tribunal funcione con la presencia de dos de sus miembros. Explica que en caso de ausencia de un árbitro en la instalación de la audiencia, genera su reemplazo por otro, de conformidad con el artículo 142-2 del Decreto 1818 de 1998, para soportar su tesis a renglón seguido procede a citar varios dispositivos legales que refieren a la presencia y funciones del Tribunal. Que en el presente caso se incurrió en múltiples irregularidades, que en muchos casos solo intervino uno o dos árbitros en ausencia del tercero, dando lugar a una tutela por violación al debido proceso, en vista de la estrechez de causales que privan de efectividad el recurso de anulación; a continuación procedió a enumerar varias actuaciones, en las que faltó uno de los árbitros; incluso, en una solo intervino uno de los tres árbitros y el secretario, de esas actuaciones destaca la aclaración al laudo arbitral, donde solo dos árbitros han actuado con firma hológrafa, donde no existió manifestación de voluntad del árbitro Nicolás Gamboa, quien actuó por conferencia telefónica, quedando sin piso la audiencia de aclaraciones, correcciones y por tanto el laudo complementario.

Igualmente, arguye el **"Agotamiento del tiempo conferido al Tribunal"**, indicando que las partes modificaron la cláusula extendiendo el plazo para emitir el laudo a nueve meses o doscientos setenta días calendario, contados desde el siguiente día a la finalización de la primera audiencia de trámite. Según los cálculos del Tribunal el tiempo se agotaba el 27 de octubre de 2010, tiempo que estuvo mal calculado porque varios de los autos por medio de los cuales se aceptó suspensiones, fueron proferidos sin clara manifestación de voluntad en

un sentido u otro de un árbitro por ausencia de firma hológrafa, por lo que hay que entender que dichos actos no se generaron por el Tribunal, poniendo de presente la audiencia de aclaración, complementación y corrección del laudo en la que no estuvo presente uno de los árbitros.

Causal 6 el arbitraje debió ser en derecho y acabo decidiéndose en equidad: La verificación de un supuesto incumplimiento de Caprecan se basa en intuiciones, normas derogadas, y no en hechos jurídicos concretos o infracciones jurídicas claras sobre los contenidos normativos del contrato o de la legislación vigente. Se indicó que adolece en el contrato "el desorden" que generaron, en sentir de los árbitros, un daño al contratista y una correlativa causal de terminación en su favor; la base para este comentario es un peritaje que no fue resuelto en plenitud por lo arriba invocado.

"El haberse reputado interventora por parte de la representante legal de CAPRECAN". En esencia indica que la norma de la cual se pretenden los supuestos requisitos para el ejercicio de la Interventoría en Colombia y que patéticamente fue extractada de un dictamen pericial de un ingeniero, quien le otorga el supuesto "punto de derecho" al Tribunal para basar su irregular laudo, en primer lugar tiene por ámbito de aplicación exclusivo el de la contratación estatal, en segundo lugar, se encuentra por fuera del ordenamiento jurídico colombiano por expresa derogatoria que hiciera la ley 80 de 1993, sobre el Decreto 222 de 1993, de donde infiere que no existe norma en Colombia que le imponga requisitos a un mandatario de personas para obrar como representante de sus intereses, diferentes a la intención y voluntad de la parte, que al auto endilgarse la condición de interventora de ninguna manera se llevó a cabo cobro por dicha actividad, ni se adjudicó llevar a cabo actividades propias del ejercicio de la profesión de ingeniería o arquitectura, pues desplegó su labor desde el punto de vista netamente financiero y de constatación de lo pedido contra lo entregado.

"Haber terminado el contrato sin proporcionar preaviso de 30 días". Lo que supuestamente significó una ruptura a un deber

contractual. Para el efecto, el Tribunal invocó el peritaje realizado por el Ingeniero Echeverri, sobre lo cual pone de presente.

De una parte, CAPRECAN no efectuó el preaviso porque fue el contratista quien decidió abandonar la obra y realizar la liquidación de la misma de manera unilateral, lo que se acredita con varias cartas cruzadas entre las partes; de otra, la finalidad del preaviso consiste en la comunicación anticipada de la voluntad de resolver el vínculo contractual; de donde se sigue, que la finalidad de éste precisamente es evitar la rescisión repentina del vínculo jurídico, para evitar un daño al patrimonio del avisado, de quien se busca tenga un término razonable para modificar sus expectativas futuras y readecuarlas a la búsqueda de mayores opciones o para evitar costos de oportunidad representados en potenciales contrataciones que se puedan presentar en el período en cuestión; precisa, que si Juan Pablo Aguirre procedió de forma unilateral no sólo a suspender, sino abandonar, el contrato de prestación de servicios y posteriormente a liquidar el personal por administración, equipos en alquiler y entregar bajo inventario los bienes y enseres a la entidad, el preaviso resulta inocuo y carente de cualquier fundamento, porque no se cumpliría la finalidad que con conlleva.

"Haber terminado unilateralmente el contrato". El Tribunal sostuvo que para la terminación del contrato se requería de una declaración judicial, lo que implica un franco desconocimiento de los precedentes arbitrales en el país y de la doctrina actual, lo que demandaba un verdadero análisis, máxime cuando CAPRECAN al terminar rápidamente propendía velar por los intereses superiores como el de sus pacientes - usuarios.

Fuera de lo anterior, manifiesta que no se ha tenido en cuenta que en el propio contrato se acordó una cláusula resolutoria que concedía el poder a la parte cumplida de proceder a la terminación por el incumplimiento de la deudora, cuestión que está probada en el proceso arbitral, para cuyo efecto trae a colación la cláusula décimo quinta del contrato celebrado por las partes.

Causal 7 laudo contradictorio: Empieza por indicar que si bien es cierto que esta causal no fue esgrimida oportunamente, si fue invocada por la contra parte, lo que lo habilitaría por lo menos en condición de traslado, para argumentar sobre la presencia o no de esta causal, considerando que es la más ostensible de las irregularidades del laudo arbitral.

El laudo inicial tuvo por fundamento la idea de que existía un mutuo incumplimiento entre las partes enfrentadas en la vía arbitral, lo que significa de acuerdo a la propia jurisprudencia citada por los árbitros, que en los eventos de mutuo incumplimiento no hay lugar a indemnización de perjuicios, lo que implica que los componentes que hace parte de las indemnizaciones no se tendrían en cuenta para tomarlos a favor de una u otra de las partes que incurrieron en incumplimiento. Dado este fundamento, no existe la más mínima idea de cuál es el fundamento que lleva al Tribunal a indemnizar al demandado, demandante en reconvención, la suma estipulada en el laudo complementario, lo que significa una burda y protuberante contradicción.

Indica que el error no es excusable, pese a la correspondiente adición al laudo con la pretensión tercera de la demanda de reconvención y a que el abogado de la contraparte con su solicitud de adición llevó a confusión al Tribunal, pretendiendo que la compensación de los gastos del señor Aguirre no es un elemento indemnizatorio, así como el pago de honorarios que pretendía, pese a que citó la norma del código civil que de manera diamantina, al apropiarse de forma adecuada los elementos del caso, da a entender que lo que se pretendía era un elemento del daño emergente, supuesto del demandante en reconvención; incluso, pone de presente que en tal sentido la pericia también incurrió en error, lo que contribuyó a su vez en la comisión de error por el Tribunal.

107

Por su parte, el convocado también sustentó oportunamente las causales esgrimidas al interponer el recurso de anulación, en los siguientes términos:

1. El laudo contiene disposiciones contradictorias - causal séptima: Empieza por indicar que el laudo negó tanto las peticiones de demanda como las de la demanda de reconvención, para en su lugar, declarar disuelto el contrato por mutuo disenso de las partes. Luego de afirmar que la ratio decidendi, se haya indisolublemente vinculada a la parte resolutive y para determinar esta es necesario acudir a la parte motiva, para indicar que lógicamente no es posible afirmar que una de las partes unilateralmente dio por concluido el contrato (CAPRECAN) y simultáneamente sostener que fueron ambas partes las que lo disolvieron; no solo existe una clara trasgresión al principio lógico de contradicción, sino que se trata de un imposible jurídico; no es posible dar por terminado lo que ya terminó.

Sí quedó establecido que la parte convocada dio por terminado el contrato unilateralmente, faltando al principio pacta sunt servanda, luego, la consecuencia obligada es que dicho contrato término por incumplimiento de aquella, como corolario de lo cual debe indemnizar a la parte convocada y demandante en reconvención.

Que el Tribunal Superior de Medellín, debe hacer la corrección y adición conforme lo disponen los artículos 40 del Decreto 2279 de 1989 y 165 del Decreto 1818 de 1998.

2. El aludo recayó sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros (causal octava): Ni la parte convocante y reconvencida, ni la parte convocada y demandante en reconvención, solicitaron la declaración que hizo el Tribunal, porque en ninguna de las demandas se solicitó la declaratoria por mutuo disenso a que arribó el Tribunal; lo que no le era dable, dada la limitación a su facultad jurisdiccional que se deriva de la controversia sometida a su decisión, y en armonía con el principio de la congruencia de las sentencias que se deriva de los

artículos 304 y 305 del C. de P. Civil, al salirse del marco de las mencionadas piezas procesales.

3. El laudo no decidió sobre cuestiones sujetas al arbitramento -

causal novena: La demanda de reconvención no solamente reclamaba perjuicios por incumplimiento, también se solicitó sumas adeudadas por concepto de honorarios causados en razón de la obra efectivamente realizada; sin embargo, el Tribunal se abstuvo de resolver este aspecto, lo que fue objeto de la solicitud de adición y complementación, argumentando erróneamente en el laudo complementario que ello implicaría modificar lo decidido y que ordenar el cumplimiento de cierta parte del contrato resultaría netamente contradictorio con la declaratoria de mutuo incumplimiento encontrado y decretado en el laudo, cuando tales honorarios en modo alguno constituyen indemnización de perjuicios, sino una contraprestación cuyo pago se ha debido ordenar, con independencia de que fuera el contratante incumplido. De la misma manera, el abstenerse de condenar en costas en relación con las pretensiones de pago que se elevaron al Tribunal y que éste dejó de decidir; para el efecto trae apartes de la demanda, como aquel donde se realizó tal pedimento.

Frente a las costas expresó que como adicionalmente reclamó el pago de los honorarios causados y no pagados, que en modo alguno son equiparables a perjuicios, la consecuencia obligada del pronunciamiento que se ordena, como debe ordenar el pago de tales emolumentos, es el pago de las costas, incluyendo las agencias en derecho; el no hacerlo, conlleva a gravar injusta y arbitrariamente al convocado, quien no obtendría la satisfacción completa de lo debido en la medida que estaría menguado por unos costos en los que no tenía porque haber incurrido.

II. CONSIDERACIONES.

1. El arbitramento y la doble instancia.

Por mandato del artículo 116 de la Carta Política, los árbitros ejercen función jurisdiccional. Por virtud del pacto o de la cláusula compromisoria las partes pueden sustraer transitoriamente un conflicto del conocimiento de la jurisdicción del Estado, para que sea resuelto por un juez especial, cuya potestad la deriva de la voluntad de los particulares y por esta misma razón, el fallo arbitral no tiene segunda instancia.

El principio de la doble instancia está consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política, constituye un control a la actividad del juez para conjurar las equivocaciones en que pueda incurrir, o para que la misma decisión sea confirmada con unos mejores argumentos; se garantiza el derecho de contradicción que tienen los sujetos procesales y, el órgano jurisdiccional del Estado gana en legitimidad.

Sobre el particular ha dicho la jurisprudencia: *"Reafirmase así que el recurso de anulación no comparte esencias con el de apelación, pues como se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, mediante el recurso de anulación tan sólo se pueden controlar vicios de procedimiento en que pudieron incurrir los árbitros* (negrilla y subraya fuera de texto).

"Lo hasta aquí discurrido ayuda a entender los límites de la intervención del juez del Estado cuando asume el conocimiento del recurso de anulación del laudo arbitral, dada la precisión de las causales consagradas legalmente, hallase delineada por normas restrictivas de orden público y de perentorio cumplimiento. Es evidente entonces que la naturaleza extraordinaria y rescíndete del recurso se perfila mediante una enumeración cerrada de causales llamadas a impedir en sede del recurso extraordinario de anulación se incorporen objeciones propias del recurso de apelación, tales como errores en la apreciación de la

112

*demanda o de la prueba; menos respecto de la naturaleza jurídica del contrato, o sobre el acierto en la elección del marco normativo apropiado para dispensar la solución del litigio*¹.

2. Causales de anulación del laudo arbitral, oportunidad para esgrimir las y sustentarias.

El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, consagra: "Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

"El recurso se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente (Artículo 37 Decreto 2279 de 1989).

El artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 enlista nueve (9) causales de anulación del laudo arbitral y el artículo 164 de este mismo estatuto expresamente consagra: "**Rechazo. El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.**

"En el auto por medio del cual el Tribunal superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la secretaría.

"Parágrafo. Si no sustenta el recurso el Tribunal declarará desierto (Artículo 128 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989)" (subrayas extra texto).

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia del 21 de julio de 2005. M. P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

Lo anterior pone de manifiesto que estamos en presencia de un sistema taxativo de causales de anulación del laudo arbitral, que no admite interpretaciones extensivas para invocar otras circunstancias no previstas por legislador, que le puedan servir de soporte al juez ordinario para anular el laudo arbitral.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, indicando: *"La Corte, con el propósito de establecer la naturaleza del recurso de anulación, señaló que su procedencia "está restringida en gran medida y de manera particular, porque sólo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de dichas causales no es posible obtener, stricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del distrito Judicial que conozca de la impugnación"*².

De las preceptivas que vienen de transcribirse se desprende que el recurrente para interponer el recurso de anulación tiene que cumplir con una doble carga; de una parte, debe interponer el recurso de anulación dentro del término legalmente previsto y, de otra, debe indicar la causal o causales en que soporta el disenso; esta última carga no la consagra expresamente el artículo 161 que viene de transcribirse, pero en cambio, si la impone el artículo 164, al consagrar como causal para rechazar de plano el recurso, la no indicación de las causales en la que se soporta el recurso; siendo ésta la intención del legislador, pues de no ser así, simplemente hubiera guardado silencio para que con posterioridad, en la oportunidad para sustentar el recurso, el censor esgrimiera las causales en las que soporta la solicitud de nulidad, o simplemente, para que invocara otras causales, distintas a las ya esgrimidas al momento de interponer el recurso.

² IBIDEM.

114.

En este sentido se ha pronunciado autorizada doctrina indicando: *"si el recurso fue interpuesto en término y se invocó cualquiera, varias o todas las causales señaladas en el artículo 38 del Decreto 2272 de 1989, el tribunal admitirá el recurso y avocará su conocimiento; en caso contrario se rechazará de plano, es decir, sin lugar a practicar prueba alguna"*³.

Líneas más adelante puntualiza: *"La ley no trae ninguna exigencia en particular respecto al contenido del memorial de impugnación. Sin embargo, es evidente que solamente se pueden sustentar las causales expresamente invocadas al momento de interponer el recurso, sin perjuicio de que se desista de alguna previamente señalada. En otras palabras, el memorial de sustentación no sirve para introducir causales nuevas o causales no invocadas con anterioridad"*⁴.

Una vez vencido el término para que el recurrente y la parte contraria presenten los alegatos, se puede presentar dos situaciones. La primera, que el recurso no fue sustentando, en éste caso, se declara desierto (parágrafo del artículo 164 citado). Y la segunda, que al sustentarse el recurso, se fundamente en una causal distinta de las señaladas al momento de interponerlo.

En el presente caso, el convocante oportunamente sustentó las causales de anulación invocadas al momento de presentar el recurso y adicionalmente, introdujo y esgrimió otras que allí no mencionó.

El impugnante soportado en doctrina que cita, considera que dentro del término del traslado para sustentar el recurso de anulación puede invocar nuevas causales de anulación, posición que no comparte el Tribunal, porque no tendría sentido que el artículo 164 que viene de transcribirse, hubiera consagrado como causal para rechazar de entrada y de plano el recurso de anulación cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en el artículo 163, todo lo cual pone de

³ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. El Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales; Cámara de Comercio de Barranquilla, Centro de Conciliación y Arbitraje. Primera Edición: Barranquilla, diciembre de 1998, Pág. 245.

⁴ IBIDEM. Pág. 247.

115

presente, que legalmente el recurrente tienen la carga de indicar las causales en que soporte el recurso de anulación, al momento de interponer el recurso ante el Tribunal de arbitramento, sin que pueda con posterioridad introducir nuevas causales, pues, si ésta fuera la intención del legislador, no hubiera consagrado tal causal para el rechazo de plano del recurso, por la sencilla razón que con posterioridad se puede señalar las causales y fundamentarlas.

De lo anterior se infiere con claridad meridiana que el término del traslado que se concede por el Tribunal Superior a quien le corresponde conocer del recurso de anulación, es para sustentar las causales que en su oportunidad fueron esgrimidas, sin que se puedan introducir nuevas causales, siendo esta precisamente, la razón para compartir la doctrina que viene de citarse.

Lo anterior pone de presente, sin más consideraciones, que el Tribunal para resolver el recurso de anulación, no puede tener en cuenta las causales esgrimidas por la convocante en forma extemporánea, al sustentar el recurso de anulación, por lo que está relevado de entrar en su examen, causales que se circunscriben a las siguientes: *Causal 5ª. El arbitramento excedió el tiempo requerido - falta de jurisdicción; Causal 6 el arbitraje debió ser en derecho y acabo decidiéndose en equidad: y, Causal 7 laudo contradictorio:*

Esta conclusión es razonable porque el recurrente de una parte, tiene que invocar la causal o las causales en las que soportará su disenso al momento de interponer el recurso y, de otra, debe sustentar su inconformidad durante el término del traslado; en el presente caso, no se cumplió con la primera carga frente a las mencionadas causales, por haber sido alegadas extemporáneamente, como se ha precisado.

3. El recurso de anulación.

Como viene de indicarse, tanto la parte convocante como la convocada, interpusieron el recurso de anulación, invocando distintas causales de

anulación, para cuyo efecto el Tribunal emprende su examen, análisis y resolución.

Para cumplir con este cometido y por razón de método, se examinará en primer lugar aquéllas causales que darían lugar a la nulidad del laudo arbitral y, posteriormente y en caso de ser necesario, se avocará el estudio de las demás causales que conllevarían a correcciones o adiciones, como lo precisa el artículo 165 del Decreto 1818 de 1998.

3.1. Causal cuarta de anulación: El convocante invoca esta causal, la cual está consagrada en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en los siguientes términos: *"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 debidos"*.

Con soporte en el fundamento que trae el recurrente para esta causal, se debe establecer si la denegación de la aclaración y complementaciones al dictamen pericial, emitido por el Ingeniero Gonzalo Echeverri Palacio, oportunamente planteadas por parte de CAPRECAN y el no haber sido tenido en cuenta la objeción planteada, constituye una prueba oportunamente solicitada y que se dejó de decretar o practicar.

El dictamen fue incorporado al proceso de folios 2 al 9 del cuaderno 5, oportunamente la demandante presentó escrito de folios 629 a 633, continuación del cuaderno 1, manifestando que *"... de conformidad con el artículo 238 numeral 1 del C. DE PC., objetamos, aclaramos y solicitamos complementación de la siguiente manera:"*.

El Tribunal negó la anterior solicitud con soporte en los siguientes argumentos: *"Frente a la solicitud de aclaración y complementación presentada por el apoderado de CAPRECAN, el Tribunal considera que el escrito presentado carece de la precisión requerida para poder concretar*

los puntos específicos que deberán ser materia de aclaración y complementación por parte del perito, anotando que, de hecho el escrito en mención, más que una solicitud de aclaración y complementación, contiene una serie de argumentaciones en apoyo de la posición de la parte convocante las cuales no proceden en la instancia de solicitar aclaraciones y complementación de un dictamen pericial. Por tal motivo, de conformidad con la facultad discrecional de que dispone el Tribunal al tenor del artículo 238 (2) del C. de P.C., no se accederá a la decretar las llamadas solicitudes de aclaración y complementación formuladas por la parte convocante”.

La anterior solicitud fue recurrida inmediatamente en reposición y luego, del trámite de rigor, se mantuvo la decisión, habiendo anotado en esta oportunidad el Tribunal, *“... la incompatibilidad entre las solicitudes simultáneas de objeción y aclaración y complementaciones, que son jurídicamente inviables”*, a renglón seguido dejó abierta la posibilidad para con posterioridad de oficio ordenar las aclaraciones o complementaciones que fueren necesarias.

Es pertinente indicar que el juez ordena al perito efectuar las aclaraciones y adiciones solicitados, si lo considera procedente (Artículo 238, numeral 2º, C. de P. Civil), lo cual pone de presente que no puede actuar en forma mecánica, porque previamente debe examinar el dictamen pericial para verificar si en verdad ofrece contradicciones, si fue incompleto, o si de su contenido surge la necesidad de completarlo o de darle mayor claridad, para lo cual se requieren de su adición, examen que debe verificar sin perder el objeto de la prueba.

Si se presenta objeción a un dictamen pericial y a la vez se pide su aclaración y complementación, solo se le dará trámite a la objeción una vez se haya producido la aclaración o la adición, en cuyo caso, se corre traslado nuevamente, oportunidad dentro de la cual se puede presentar la objeción.

De entrada se advierte que el dictamen pericial solicitado fue decretado, que éste se llevó a cabo y se incorporó al proceso y fue valorado en el laudo arbitral. En cuanto a las aclaraciones y a las adiciones solicitadas, propiamente no constituyen un medio de convicción, Invocado en las oportunidades legalmente consagradas, pues se trata de de dar claridad y fijar los alcances de una prueba que se encuentra en la etapa de contradicción.

Es pertinente precisar que la objeción tuvo como soporte los mismos fundamentos que se invocaron para la aclaración y complementación, como si se tratará de una misma cosa, cuando en realidad son diferentes, lo que llevó al Tribunal de Arbitramento, al resolver el recurso de reposición, a puntualizar sobre la incompatibilidad de tales figuras, declarando a renglón seguido que tales solicitudes "*... son jurídicamente inviables*".

Bajo estas circunstancias, no queda duda que el Tribunal emitió pronunciamiento en torno a la objeción y la resolvió, indicando que es inviable; el recurrente tampoco solicitó la práctica de medios de convicción al formular la objeción, con independencia de la viabilidad de un período probatorio, dado el trámite especial del arbitramento.

La situación planteada y que se presentó en el proceso objeto de revisión, no encaja en la causal cuarta de anulación que se viene examinando, dada la limitación del recurso.

A lo anterior se agrega, que si bien es cierto que el convocante agotó los mecanismos de procedibilidad al interior del proceso para la procedibilidad del recurso, como fue la interposición de los recursos que tenía a su disposición, tal circunstancia por si sola no es suficiente para el éxito del recurso, máxime cuando estamos frente a una decisión emitida por el Tribunal que luce razonable, coherente y con apoyo en el ordenamiento jurídico.

119

Lo anterior pone de manifiesto que la causal no está llamada a prosperar.

3.2. Causal Séptima: Expresamente consagra el Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son causales de anulación las siguientes: "7. *Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento*".

Para fundamentar esta causal el recurrente afirma que lógicamente no es posible afirmar que una de las partes unilateralmente dio por concluido el contrato (Caprecan) y simultáneamente sostener que fueron ambas partes las que lo disolvieron; agregando además, que se trata de un imposible jurídico porque no es posible dar por terminado lo que ya terminó; incluso, agrega que la parte motiva esta indisolublemente vinculada con la parte resolutive, razón por la cual para entender la resolución se debe acudir a las motivaciones.

Como un requisito previo para la viabilidad de la causal de anulación referida, es indispensable que las contradicciones del laudo arbitral se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento, lo que implica que el interesado tenía que solicitar la aclaración del laudo arbitral, de tal manera, que si no medió tal solicitud, el Tribunal no está facultado para abordar el estudio de los cuestionamientos traídos por el censor.

En el presente caso, la convocada solicitó al Tribunal de Arbitramento la adición del laudo para que se liquide el contrato y se reconocieran algunas prestaciones a su favor como honorarios y algunos reembolsos, que no constituyen perjuicios, e incluso, para que se impusiera la condena en costas con soporte en los reconocimientos que se hicieran a su favor.

Esa solicitud de adición o complementación no es suficiente para cumplir con el requisito de procedibilidad, porque las omisiones del juez al emitir

la decisión son de naturaleza diferente a las contradicciones en que puede incurrir al consignar la parte resolutive de la sentencia. En este sentido, se pronuncia autorizada doctrina, indicando al efecto:

"Cuando la ley dispone que es procedente la causal "siempre que se haya alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento ...", no está diciendo otra cosa que el recurrente, necesita y obligatoriamente debió solicitar al tribunal arbitral la corrección del laudo, tanto si se trata de supuestos errores aritméticos, como si se trata de supuestas resoluciones contradictorias. Es de advertir que la solicitud de aclaración y adición no es el remedio jurídico adecuado para resolver los prenombrados vicios o defectos, pues la primera tiende a traer luz respecto a frases o conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda, al paso que la adición es un remedio previsto para corregir omisiones en que incurrió el tribunal al no haberse pronunciado sobre extremos planteados en la litis. Por esta razón, se repite, la causal séptima exige como prerequisite que previamente se haya solicitado la corrección del laudo⁵.

Sin necesidad de otras consideraciones, lo dicho es suficiente para declarar improcedente la causal alegada.

3.3. Causal octava de anulación. Consagrada en el numeral noveno del artículo 163, consistente en **"Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido"**.

Tanto la convocante como la convocada esgrimieron esta causal de anulación. Al efecto, CAPRECAN por conducto de su vocero judicial afirma que el Tribunal de Arbitramento abandonó el estudio del universo de las pretensiones y de las excepciones presentadas, al considerar que se traba de pretensiones y excepciones espejo, que daba lugar a la declaratoria de mutuo disenso.

⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Del Recurso de Anulación de Laudos Arbitrales. Edición, prólogo y notas de Alean H. Velasco Melo. Cámara de Comercio de Barranquilla. Centro de Conciliación y Arbitraje. Primera Edición, Barranquilla, diciembre de 1998; Pág. 131.

Por su parte el convocado, afirma que ninguna de las partes solicitó la declaración que hizo el Tribunal, porque en ninguna de las demandas se solicitó la declaratoria de mutuo disenso a la que arribó el Tribunal de Arbitramento, lo que no le era dable dada su limitación jurisdiccional que se deriva de la controversia que fue sometida a su decisión, lo que atenta contra el principio de la congruencia de las sentencias que se deriva de los artículos 304 y 305 del C. de P. Civil.

Igualmente, el convocante y convocado esgrimieron como causal de anulación, la del numeral noveno del artículo 163, por **"No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento"**.

Lo anterior pone de presente, que las mencionadas causales de anulación, invocadas por las partes en los términos precisados, constituye irregularidades que atenta contra el principio de la congruencia de la sentencia, plasmado en los artículos 305 y 306 del C. de P. Civil; lo que pone de presente la conveniencia de examinar este principio para emprender el estudio de las mencionadas causales.

La congruencia de la sentencia. Está consagrada en el artículo 305 del C. de P. Civil, en los siguientes términos: *"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

"Si lo pedido por el demandante excede lo probado, se le reconocerá lo último.

"En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al Despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio".

Lo anterior pone de presente que la sentencia rigurosamente debe estar en consonancia con las pretensiones invocadas por el demandante, con los hechos que le sirven de fundamento o de causa, y con las excepciones esgrimidas por la defensa, así como con aquéllos otros pronunciamientos que el juez oficiosamente debe realizar, por estar expresamente facultado y compelido por normas imperativas, como ocurren con las excepciones que por su propia iniciativa puede reconocer cuando los hechos que las fundamentan están debidamente probados, o cuando de oficio debe pronunciarse sobre figuras, como ocurre con la nulidad cuando ésta aparece de manifiesto en el acto o contrato, como lo pregona el artículo 1742 del Código Civil.

Del anterior postulado se infiere que si no existe mandato legal que autorice al juez para hacer determinados pronunciamientos en la sentencia, tal posibilidad está proscrita.

Sobre el particular se ha pronunciado la jurisprudencia en los siguientes términos:

"1. No ofrece discusión que entre la sentencia, la demanda y su contestación, debe existir una estrecha alianza material, al punto que la primera -por regla- debe guardarse de sobrepasar los límites que le impongan las últimas. Y ello es así, porque la congruencia, enmarcada dentro del principio dispositivo que informa -de manera relativa- el Código de Procedimiento Civil, constituye postulado que limita el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado y, al propio tiempo, garantiza el derecho de defensa, en cuanto manda que los fallos

Judiciales "deben inscribirse dentro del marco trazado por las partes, en las oportunidades positivamente previstas para ello, y sin perjuicio de las declaraciones que el Juez deba disponer de oficio" (Cas. De 15 de julio de 2002; exp. 6972).

"Es por ello por lo que los jueces, para acatar esta regla procesal contenida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, deben acometer -en ejercicio de su debida función- una adecuada labor de precisión objetiva de los extremos del litigio (pretensiones, hechos y excepciones), con el propósito de enmarcar en ellos -y sin perjuicio de los pronunciamientos oficiosos que la ley autoriza en ciertos casos-, la decisión con la que concluirá la actividad judicial. Si así no proceden, es decir, si su sentencia no guarda armonía con tales elementos, se presentará "un fallo incongruente, atacable en casación, lo cual puede ocurrir cuando se condena a más de lo pedido (ultra petita), o a lo no pedido (extra petita), o cuando no resuelve todo o parte de lo pedido (cifra petita)" (Sentencia de 14 de julio de 1987, reiterada en fallo de 29 de agosto de 2000; exp.: 5380)⁶.

La resolución y el mutuo disenso: Si bien es cierto que la resolución y el mutuo disenso son mecanismos legales para poner término a los actos o contratos y, por esta razón, constituyen un modo de extinguir las obligaciones, lo cierto es que la naturaleza de una y otra figura son diferentes; al paso que la primera se origina en el incumplimiento de uno de los contratantes cuando el otro, en su lugar, ha cumplido con sus obligaciones o se ha allanado a cumplirías, pudiendo éste solicitar en los términos del artículo 1546 del C. Civil la resolución o la ejecución, en ambos casos con derecho a solicitar la correspondiente indemnización de los perjuicios; el mutuo disenso, en cambio, constituye un acuerdo de voluntades de los contratantes para renunciar, retrotraer o dejar sin efecto otro acuerdo de voluntades que legalmente han celebrado, con soporte en los artículos 1602 y 1625 del C. Civil.

La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido indicando:

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia del 14 de enero de 2005, Expediente 5673. M. P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

"Entonces, según lo que se acaba de expresar, no se debe confundir la disolución del contrato por resolución, con la disolución del contrato por mutuo disenso. Se reitera que la primera se produce por el cumplimiento de una condición resolutoria, o sea, por una causal legal (art. 1546 del C. C.) y la segunda, por el mutuo consenso de las partes (art. 1602 del C. C.)."

"Sobre la diferencia existente entre consentimiento mutuo y resolución, como fenómenos de aniquilamiento del contrato, dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1966:

"Como lo enseña el artículo 1602 del C. C., todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de donde resulta que los contratos pueden extinguirse o quedar sin efecto de dos maneras distintas: por acuerdo de las partes, o por motivos previstos en la ley.

"Si la voluntad de los interesados crea el contrato, esta misma voluntad puede dejarlo sin efectos. Concurriendo todos aquellos que intervinieron en la formación del acto jurídico, éste puede ser extinguido por mutuo acuerdo, porque, por regla general, las cosas en derecho se deshacen de la misma manera como se hacen.

"Esta forma de disolución de los contratos constituye, según la doctrina, uno de los casos de fenómeno llamado resciliación -o mutuo disenso-, que consiste en el anonadamiento del convenio por mutuo consenso de las partes. Cuando un contrato ha sido dejado sin efecto por ese medio, se dice entonces que ha sido rescillado.

"La otra forma de extinción de los contratos es por causas legales. Entre éstas se cuenta la resolución, que es el efecto que produce el evento de una condición resolutoria, cuando por uno de los contratantes no se cumple lo pactado.

"En la resolución se anota el contrato no ya por voluntad de las partes, como en la resciliación -o mutuo disenso-, sino por un motivo legal; la resciliación y la resolución se diferencian, pues, en cuanto a sus causas, que son distintas para uno y para otro caso ("G. J.", T. CXIVV, pág. 327).

*"De suerte que siendo diferentes la resolución del contrato y la resciliación o mutuo disenso, es impropio hablar de resolución del negocio jurídico por mutuo disenso, pues en el primer evento el aniquilamiento de la convención se produce como efecto del cumplimiento de la condición resolutoria por la inexecución por parte de uno de los contratantes de las obligaciones de su cargo, y, en el segundo, se produce por el acuerdo mutuo para dejarlo sin efecto. Por lo demás, la resolución originada en la condición resolutoria tácita la regula el art. 1546 del C. C. y el mutuo disenso el art. 1602, ibídem"*⁷.

Con relación al mutuo disenso es pertinente puntualizar que se trata de un acuerdo de voluntades que puede ser expreso o tácito, en este último caso, se debe tener especial cuidado, porque si bien es cierto que el incumplimiento recíproco de los contratantes, puede ser una manifestación de no querer continuar con la relación contractual y en su lugar retrotraerla, lo que aún no es suficiente para el perfeccionamiento del acto (mutuo disenso tácito), porque si a pesar de la intención de retrotraer el contrato, la voluntad de cada contratante es hacerlo bajo condiciones diferentes, no coincidentes, es evidente que aún subsisten diferencias, las que ponen de manifiesto la inexistencia de un acuerdo; pero, también lo es, que a pesar de ese incumplimiento recíproco la voluntad de uno de los contratantes o quizás de ambos extremos contractuales, es la de perseverar en el acto jurídico y, en este caso, ni remotamente se puede pensar que se han configurado el mutuo disenso; de tal manera, que mecánicamente no se puede afirmar:

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia del 5 de noviembre de 1979. M. P. Dr. Alberto Ospina Botero, traída por Fernando Canosa Torrado, en la obra LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS - Incumplimiento y mutuo disenso, Págs. 105 a 144.

incumplimiento recíproco igual a mutuo disenso tácito. En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia en los siguientes términos:

"Ahora bien, no siempre que ocurre el incumplimiento recíproco de las partes contratantes con sus obligaciones puede hablarse de disolución del contrato por mutuo disenso tácito. Se precisa, para que se configure esta forma de aniquilamiento, que la conducta de las partes sea lo suficientemente indicativa de la de desistimiento de la convención, lo cual no se da cuando una de las partes, a pesar del incumplimiento original de una de sus obligaciones, continúa ejecutando oportunamente las demás, en la medida en que se vuelven exigibles, y la parte contraria acepta tal ejecución.

"La jurisprudencia de la Corte, en este preciso punto, es la de que para que pueda declararse desistido el contrato por mutuo disenso tácito requiérase que del comportamiento de ambos contratantes, frente al cumplimiento de sus obligaciones, pueda naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el no llevarlo a cabo. No basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la ejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato ... (Cas. Civil del 20 de septiembre de 1978, aún no publicada"⁶.

El mutuo disenso tácito en principio tendría aplicación frente al incumplimiento recíproco de obligaciones que ambos contratantes deben cumplir simultáneamente, como ocurre con el contrato de promesa de compraventa, con la obligación de hacer el contrato prometido, en cuyo caso, ambos contratantes concurrentemente deben presentarse a la notaría a perfeccionarlo mediante la suscripción de la escritura pública, y ante un incumplimiento recíproco en la ejecución de esta prestación, ninguno de los contratantes está legitimada para solicitar la resolución del contrato o su ejecución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, en este caso, el mutuo incumplimiento de los extremos

⁶ *Ibidem.*

129

contractuales, constituye un mero indicio, consistente en que la voluntad de éstos está enfocada a retrotraer los efectos del negocio jurídico; en cambio, cuando las obligaciones no se tienen que cumplir simultáneamente o a un mismo tiempo, el contratante que primero incumple legítima al otro para no cumplir con la prestación que está a su cargo, porque la obligación de aquél es la causa de la obligación de éste, quien quedaría habilitado para demandar la ejecución o la resolución con indemnización de perjuicios, sin que se pueda predicar a priori la existencia de un mutuo disenso tácito.

En este sentido es ilustrativa la doctrina al expresar: *"La segunda crítica se desprende de la norma misma que consagra el mutuo disenso (arts. 1602 y 1625 del C.C.). El mutuo disenso es un contrato, es decir, un nuevo acuerdo de voluntades que tiene por objeto extinguir otro contrato. Aquél es expreso cuando el acuerdo de las partes resulta de forma clara y evidente, y es tácito cuando es necesario inferirlo de las circunstancias, mediante interpretación. Así las cosas, en ciertas situaciones no se podrá inferir ningún acuerdo de los contratantes para la terminación de la convención ...*

"De lo anterior se infiere que el caso del incumplimiento recíproco no constituye el supuesto de hecho de la norma del mutuo disenso"⁹.

Declaración del mutuo disenso tácito: La Sala obligadamente se ve avocada a determinar si el mutuo disenso se puede decretar de oficio por el juez, o si por el contrario, tiene que ser solicitado por la parte interesada.

Al abordar el tópico de la congruencia de la sentencia, se concluyó que el juez solo está facultado para pronunciarse de oficio, en los casos que expresa y específicamente están determinados en el ordenamiento jurídico, sin que se advierte la existencia de un mandato legal que lo autorice para emitir un pronunciamiento por su propia iniciativa en torno al mutuo disenso tácito.

⁹ Los contratos en el Derecho Privado, autor Fabricio Mantelía Espinosa y otros; segunda reimpresión 2009, Legis Editores S. A. - Universidad del Rosario; Pág. 284.

Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de una declaración de voluntad, expresada a través de la pretensión, solicitando el mutuo disenso para que el juez se pueda pronunciar de fondo sobre esta figura sustancial, con todas las implicaciones que conlleva; de tal manera, que para emitir tal declaración tiene plena vigencia el principio dispositivo, sin que tenga cabida el principio inquisitivo, el cual tiene aplicación excepcionalmente en materia procesal civil. En este sentido se han pronunciado tanto la doctrina como la jurisprudencia en los siguientes términos:

"Cuando el demandante pide se decrete la resolución con fundamento en el artículo 1546 del C. C., norma que confiere el derecho a reclamar la aniquilación del contrato por incumplimiento de uno de los contratantes, no puede el Juzgado decretar la rotura del vínculo negocial cuando en el proceso se acredite el mutuo incumplimiento deducido del querer tácito de desistir o anotar el contrato, ya que dicha decisión debe emerger de los artículos 1602 y 1625 del mismo ordenamiento sustantivo, y su aplicación iría contra el principio de la congruencia que pregonan el art. 305 del estatuto procedimental, que impide al juez decidir por fuera de lo pedido en la demanda. Es así como la Corte refiriéndose al punto señala: "La sentencia, como lo tiene dicho esta corporación con fundamento en el artículo 305 del C. de P. C., debe ser armónica con lo que constituye el objeto del litigio; es decir, con las pretensiones formuladas en la demanda, las excepciones propuestas por el demandado y, si fuere el caso, con las suplicas de la reconvencción y de los hechos exceptivos que se aduzcan para lograr su enervamiento, ya que en esta materia tiene preponderancia el principio dispositivo que inspira el procedimiento civil. Solo en casos determinados en que el Juez se encuentre autorizado por el ordenamiento jurídico, puede hacer pronunciamientos oficiosos, pues, como lo enseña la Corte en sentencia del 28 de Noviembre de 1977, los jueces tienen condicionado su poder decisorio a que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que estos les demarquen en las pretensiones que ejerciten en la demanda o por el contenido de las

excepciones que se han propuesto. El fallador, pues, no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes, y tampoco puede, desde luego que se reclama su intervención para desatar el litigio, dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición. Por ello, de manera terminante ordena el artículo 304 del C. de P. C. que la parte resolutive de la sentencia deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y de las excepciones y el 305 siguiente puntualiza que el fallo deberá ser consonante con estas pretensiones y con las excepciones dichas".

"En el sub-lite se aprecia que una de las partes de la transacción celebrada demandó la otra, para que dicho contrato se declarara resuelto, a causa de incumplimiento de esta última, la que por su parte no formuló demanda de reconvención alguna sino que circunscribió su posición a plantear su resistencia a las súplicas deprecadas y a proponer las excepciones de contrato no cumplido y la genérica que apoyó en el art. 306 del C. de P. C. No se sometió, pues, a la composición del Juzgador el que se declarase resuelto el contrato por el incumplimiento recíproco de las partes. Ni tampoco disposición dentro del ordenamiento legal que lo faculte para tomar tal tipo de decisión ex officio por lo que se sigue que la sentencia impugnada resulta ser incongruente de modo ostensible, por desbordar la materia litigiosa, a la que debió limitarse el fallador. El cargo, por tanto, prospera" (Sala de casación civil, sentencia 127 del 27 de marzo de 1990, M. P. Dr. Alberto Ospina Botero).

"Ni tampoco es dable aceptar que el Juez al interpretar la demanda dijera que lo que realmente quería el demandante era la aniquilación del contrato por mutuo disenso tácito o resciliación, pues tanto la resciliación como la resolución son distintas en cuanto a sus efectos según se anotó anteriormente, pues mientras en aquella hipótesis se busca el anodamiento del contrato sin perjuicios, por el contrario, en

la resolución se pretende dicha ruptura, empero, con indemnización, cláusula penal, etc.¹⁰ⁿ.

De lo anterior se concluye que el juez solo puede reconocer y declarar el mutuo disenso tácito, con todas las implicaciones que ello conlleva, a petición de parte, sin que lo pueda hacer de oficio, porque en el ordenamiento jurídico colombiano no existe mandato legal que lo autorice para efectuar tal pronunciamiento.

Del mutuo disenso decretado de oficio por el Tribunal de Arbitramento: En la demanda inicial formulada por la convocante se adujo como pretensiones a folios 14 y 15 del cuaderno uno, las siguientes:

"1. Que se declare por parte del Tribunal de arbitramento mediante laudo arbitral que el señor arquitecto JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO en calidad de contratista incumplió legalmente el CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES POR ADMINISTRACIÓN DELEGADA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y ADECUACIÓN DE INSTALACIONES FÍSICAS, OBRAS PRELIMINARES, FUNDACIONES, HORMIGONES, ACABADOS Y AMOBLAMIENTO FÍSICO celebrados en el año del 2007 con CAPRECAN, entidad sin ánimo de lucro.

"2. Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.

"3. Que igualmente y a consecuencia del incumplimiento, se condene al señor JUAN PABLO AGUIRRE OROZCO al pago de los perjuicios correspondiente a daño emergente"

Igualmente, solicita el reconocimiento de lucro cesante.

¹⁰ CANOSA TORRADO, Fernando. La Resolución de los Contratos - Incumplimiento y Mutuo Disenso. Ediciones Doctrina y Ley, Segunda Edición 1992, Santa Fe de Bogotá D. c., Colombia, Págs. 170 y 171.

El demandado propuso como excepciones para enervar las anteriores pretensiones, las siguientes: *prescripción; compensación; incumplimiento contractual de la convocante (excepción de contrato no cumplido); inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo del convocado; falta de interés legítimo para actuar; inexistencia de nexo de causalidad; inexistencia de los perjuicios reclamados; buena fe del convocado y, mala fe de la convocante* (folios 361 a 365 del cuaderno uno).

Por su parte, el convocado Juan Pablo Aguirre Orozco en la demanda de reconvencción de folios 33 a 34 del cuaderno No. 2, invocó las siguientes pretensiones:

En primer lugar solicita se declare que CAPRECAN incumplió el contrato de prestación de servicios profesionales por administración delegada, de que dan cuenta los hechos de la demanda; consecuentemente, solicitó la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, adicionalmente, solicita restituciones como reintegro de prestaciones mutuas.

La demandada al replicar el libelo demandador esgrimió como medios de defensa a folios 286 a 289 del cuaderno No. 2, los que así se enuncian: *Falta de legitimidad en la causa pretendida por vulneración de los principios legales contenidos en el contrato de prestaciones de servicios profesionales y, contrato no cumplido.*

En el laudo arbitral el Tribunal de Arbitramento hizo los siguientes pronunciamientos:

"A. Sobre la objeción al peritaje:

"Declarar no probadas la objeción por error grave planteada por Juan Pablo Aguirre respecto del peritaje contable.

"B: sobre la pretensiones de la Demanda y la Reconvención:

"1. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, **denegar** tanto las peticiones de la Demanda como las peticiones de la Reconvención **en la forma en que fueron planteadas en una y en otra.**

"2. En su lugar:

"Declarar resuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes.

"C. Sobre las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la Reconvención:

"En atención de lo resuelto sobre las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, **prescindir** de la consideración de las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la reconvención.

"D. Sobre costas del Proceso:

"Por los motivos expuestos en la & F del Capítulo III de este lado, **abstenerse** de imponerle a cualquiera de las Partes condena en costas, incluyendo el pago de agencias en derecho.

"E. Sobre aspectos administrativos:

"1. **Decretar** la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios.

"2. **Ordenar** la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a cada una de las Partes y en idéntica proporción el saldo no utilizado de la partida "Gastos de funcionamiento.

"3. Ordenar la protocolización del expediente del Proceso en una de las notarías del Circulo Notarial de Medellín.

"4. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes".

Posteriormente, al resolver las solicitudes de adición y complementación, oportunamente presentadas por las partes, emitió los siguientes pronunciamientos:

"1. Denegar la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por la Demandante.

"2. Denegar la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por Juan Pablo Aguirre en lo tocante con el reconocimiento de honorarios y costas a su favor.

"3. Complementar la &B (2) de la parte resolutive del laudo para incluir, como consecuencia de la declaración allí consignada, la obligación de Caprecan de Reembolsar al Demandado la cantidad de \$18'253.283, Indexada según se indicó en las consideraciones de esta providencia, a partir de la fecha allí señalada y hasta que sea efectuado el pago correspondiente.

"4. Disponer que la complementación antes mencionada sea consignada, de conformidad con el artículo 311 del C.P.C., en laudo complementario, que será expedido a continuación".

De la confrontación de las pretensiones contenidas tanto en la demanda inicial como en la de reconvencción formulada por el convocado, con el laudo arbitral emitido por el Tribunal de Arbitramento, se advierte que éste órgano colegiado a mutuo propio y con soporte en una doctrina declaró la terminación del contrato por mutuo disenso de las partes, sin que exista mandato legal que autorice al fallador para realizar tal

pronunciamiento de oficio y sin que los litigantes en los libelos por ellos presentados, hayan impetrado una petición en tal sentido.

Es pertinente precisar que la lectura completa de la sentencia traída como precedente, emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se advierte que solo se tramitó la demanda presentada inicialmente; si bien es cierto, que se presentó demanda de reconvencción, también lo es, que allí expresamente afirma que no fue admitida por haber sido presentada extemporáneamente¹¹, lo que pone de presente que los supuestos del caso allí resuelto no son iguales al que ahora se revisa por vía de anulación, así se considere que con mayor razón viene al caso y le es aplicable.

De lo que se viene exponiendo se infiere que la causal de anulación está llamada a prosperar y, en consecuencia, se impone la declaratoria de nulidad del laudo arbitral en forma parcial, para lo cual se invalidará el numeral segundo, del literal **"B: sobre las pretensiones de la demanda y la Reconvencción: ...** en cuanto dispuso:

"2. En su lugar:

"Declarar resuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes".

Igualmente, se anularán las declaraciones del laudo arbitral complementario, contenidas en los numerales 3º y 4º de la parte resolutive, porque están indisolublemente vinculadas al anterior pronunciamiento, por ser consecuenciales, en cuanto dispuso:

"3. Complementar la &B (2) de la parte resolutive del laudo para incluir, como consecuencia de la declaración allí consignada, la obligación de Caprecan de Reembolsar al Demandado la cantidad de \$18'253.283, indexada según se indicó en las consideraciones de esta providencia, a partir de la fecha allí señalada y hasta que sea efectuado el pago correspondiente.

¹¹ Sentencia del 23 de septiembre de 1974. M. P. Dr. Ernesto Escallón Vargas; Gaceta Judicial Nos. 2378 a 2389, Folios 236.

"4. Disponer que la complementación antes mencionada sea consignada, de conformidad con el artículo 311 del C.P.C., en laudo complementario, que será expedido a continuación".

En éste ítem y en relación con la causal que se viene examinando, solo resta agregar que no es necesario examinar la Inconformidad del convocante, porque en su sentir se llevó a cabo por el Tribunal de Arbitramento actos liquidatorios del contrato, no solicitados en la demanda inicial ni en la de reconvencción, porque queda cobijado por la nulidad que se decretará; lo que pone de manifiesto que cualquier otro pronunciamiento adicional resulta innecesario por sustracción de materia.

3.4. Sustracción de materia.

A raíz de la anterior declaración que se adoptará, el Tribunal advierte que se presenta sustracción de materia frente a las siguientes causales esgrimidas tanto por la convocante y el convocado, y que se trajeron a colación en el ítem de la congruencia de la sentencia, como se pasa a indicar:

Causal novena: Esta causal está tipificada en el artículo 63 del Decreto 1818 de 1998, en los siguientes términos: *"No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento"*. Para fundamentarla el convocante afirma que el Tribunal abandonó el universo de las pretensiones y las excepciones, para ocuparse del mutuo disenso, con soporte en el incumplimiento recíproco de los contratantes, para luego señalar, que aplicó incorrectamente el artículo 1546 del C. Civil, cuando la norma que regulaba la situación planteada es el artículo 870 del C. de Comercio, que de haber sido aplicado este dispositivo, otra hubiera sido la conclusión del Tribunal de Arbitramento.

El mutuo disenso ya fue examinado, estudiado y dilucidado líneas atrás, al abordar el estudio de la causal octava, a lo dicho nos remitimos. En

cuando al error de derecho que se le endilga al laudo arbitral porque la tutela jurídica está contenida en norma que no se aplicó, es una irregularidad que se encuentra por fuera de la causal alegada, además, de que no es un problema meramente formal, lo que ya es bastante para relevar a la Sala de cualquier pronunciamiento.

El convocado también ataca el laudo arbitral porque no se decidió sobre prestaciones que no constituyen indemnización de perjuicios, como lo expone al fundamentar la causal.

Lo primero que se advierte, es que si las pretensiones tanto de la demanda inicial como la de reconvencción, fueron negadas por que hubo incumplimiento de las partes contratantes, no había lugar a emitir pronunciamiento frente a las pretensiones consecuenciales; en otros términos, no se tenía que ordenar restituciones ni condenar al pago de perjuicios.

La declaratorio del mutuo disenso tácito, como una forma de terminar las relaciones sustanciales que vincula a las partes (Art. 1602 del C. Civil) y de extinguir las obligaciones (Art. 1625 del C. Civil), conlleva a una revisión del contrato y a las prestaciones que con soporte en él se hubieren cumplido por los contratantes, para ordenar las restituciones a que hubiere lugar, las que propiamente no constituyen una indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento. En el presente caso, como se impondrá la nulidad de la declaratoria del mutuo disenso, contenida en el laudo arbitral, con las resoluciones consecuenciales contenidas en el laudo complementario, no hay lugar a ordenar restituciones, por lo que resulta inocuo cualquier pronunciamiento.

4. Conclusión.

Se declarará prospera la causal de nulidad del numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, invocada tanto por la parte convocante como por la convocada; en consecuencia, se decretará la

137

nulidad del numeral segundo, del literal "B: sobre las pretensiones de la demanda y la Reconvención", en cuanto dispuso:

"2. En su lugar:

"Declarar resuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes".

Igualmente, la nulidad comprende las pretensiones consecuenciales, contenidas en la parte resolutive del laudo complementario, en cuando dispusieron:

"3. **Complementar la &B (2) de la parte resolutive del laudo para incluir, como consecuencia de la declaración allí consignada, la obligación de Caprecan de Reembolsar al Demandado la cantidad de \$18'253.283, indexada según se indicó en las consideraciones de esta providencia, a partir de la fecha allí señalada y hasta que sea efectuado el pago correspondiente.**

"4. **Disponer que la complementación antes mencionada sea consignada, de conformidad con el artículo 311 del C.P.C., en laudo complementario, que será expedido a continuación".**

Se declarará infundado el recurso frente a las demás causales de anulación, invocadas tanto por la parte convocante como por la parte convocada.

No hay lugar a condenar en costas a ninguna de las partes, dado que la causal que prosperará fue invocada por ambas partes.

IV. RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISION CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Próspera la causal 8ª. de nulidad del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, invocada tanto por la parte convocante como por la convocada, por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

2. En consecuencia, se decreta la nulidad:

2.1. Del numeral segundo, del literal "B: **sobre las pretensiones de la demanda y la Reconvención**", en cuanto dispuso:

"2. *En su lugar:*

"Declarar resuelto el Contrato por mutuo disenso de las Partes".

2.2. De las pretensiones consecuenciales, contenidas en la parte resolutive del laudo complementario, en cuanto dispuso:

"3. Complementar la &B (2) de la parte resolutive del laudo para incluir, como consecuencia de la declaración allí consignada, la obligación de Caprecan de Reembolsar al Demandado la cantidad de \$18'253.283, indexada según se indicó en las consideraciones de esta providencia, a partir de la fecha allí señalada y hasta que sea efectuado el pago correspondiente.

"4. Disponer que la complementación antes mencionada sea consignada, de conformidad con el artículo 311 del C.P.C., en laudo complementario, que será expedido a continuación".

3. Consecuente con lo anterior, la parte resolutive del laudo quedará así:

3.1. La parte resolutive del laudo arbitral.

"A. Sobre la objeción al peritaje:

"Declarar no probadas la objeción por error grave planteada por Juan Pablo Aguirre respecto del peritaje contable.

"B: sobre la pretensiones de la Demanda y la Reconvención:

"1. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, denegar tanto las peticiones de la Demanda como las peticiones de la Reconvención en la forma en que fueron planteadas en una y en otra.

"C. Sobre las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la Reconvención:

"En atención de lo resuelto sobre las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, por las razones y en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo, prescindir de la consideración de las excepciones planteadas respecto de la demanda y respecto de la reconvención.

"D. Sobre costas del Proceso:

"Por los motivos expuestos en la & F del Capítulo III de este lado, abstenerse de imponerle a cualquiera de las Partes condena en costas, incluyendo el pago de agencias en derecho.

"E. Sobre aspectos administrativos:

"1. Decretar la causación y pago a los Árbitros y al Secretario del 50% restante de sus respectivos honorarios.

"2. Ordenar la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución a cada una de las Partes y en idéntica

proporción el saldo no utilizado de la partida "Gastos de funcionamiento".

"4. **Ordenar** la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes".

3.2. La parte resolutive del laudo arbitral complementario quedará así:

"1. **Denegar** la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por la Demandante.

"2. **Denegar** la solicitud de adición y complementación del Laudo formulada por Juan Pablo Aguirre en lo tocante con el reconocimiento de honorarios y costas a su favor".

4. Se declara infundado el recurso frente a las demás causales de anulación, invocadas tanto por la parte convocante como por la parte convocada.

5. Sin costas por lo dicho en la parte motiva.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

LUIS ENRIQUE GIL MARÍN

SERGIO DE JESUS GÓMEZ RODRÍGUEZ

DORA ELENA HERNÁNDEZ GIRALDO

adhiera a la ulteración

ACLARACIÓN DE VOTO:

Sentencia junio 2 de 2010. Anulación laudo de Caprecan contra Juan Pablo Aguirre Orozco.

Estoy de acuerdo con la decisión tomada en este caso basada en la incongruencia de la sentencia dictada por el tribunal de arbitramento, por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros.

Pero me veo en la obligación de aclarar mi voto por considerar que no es necesario, como se señala en la ponencia discutida, que para declarar el mutuo disenso tácito sea menester *"una declaración de voluntad, expresada a través de la pretensión, solicitando el mutuo disenso para que el juez se pueda pronunciar de fondo sobre esta figura sustancial... de tal manera que para emitir tal declaración tiene plena vigencia el principio dispositivo, sin que tenga cabida el principio inquisitivo, el cual tiene aplicación excepcionalmente en materia procesal civil."*, fl 128.

Considero que para hacer tal declaración basta, que aunque no se pida en la pretensión, surjan de la demanda y su respuesta elementos suficientes que hagan concluir sin lugar a dudas, que el ánimo de las partes es no continuar con el contrato y hacer la resciliación voluntaria del mismo, en los términos de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de noviembre de 1979 expuesta en la ponencia, fls 124 y 125.

En este caso basta leer las pretensiones de la demanda y la contrademanda para concluir que ambas partes buscan no la terminación amistosa del convenio, sino una resolución por la causal de incumplimiento con el pago de las indemnizaciones correspondientes, pidiendo incluso uno de ellos reembolsos por gastos

hechos. Tampoco de los hechos surge la voluntad inequívoca exigida de consentimiento, que lleve a la declaratoria de mutuo disenso.

Aunque ambas partes piden resolución del contrato, este único elemento no puede ser tomado, como lo hizo el tribunal, como prueba inequívoca de que querían lo decidido, cuestión que es evidente no se daba, pues ambos atacaron la providencia en el punto en cuestión.

Por ello la decisión tomada en este caso no podía ser otra que la anulación del laudo por la causal octava, por no poderse hacer la declaración de disolución del contrato por mutuo disenso de las partes hecha en la providencia.

Con el debido respeto.

Medellín, junio siete de dos mil once


SERGIO DE J. GÓMEZ RODRÍGUEZ
MAGISTRADO