

Lauto Arbitral

Fiduciaria Central S.A.— Fiducentral S.A.—

v.

M.A. Construcciones Ltda.

Marzo 19 de 2004

Acta N° 10

En Bogotá, D.C., siendo las once de la mañana (11:00 a.m.) del diecinueve (19) de marzo de dos mil cuatro (2004), fecha y hora fijadas en providencia del día nueve (9) del mismo mes y año, se reunieron los doctores Jaime Cabrera Bedoya, quien preside, Eduardo Zuleta Jaramillo y José Octavio Zuluaga, en su calidad de árbitros; Pablo Edgar Galeano Calderón, identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.122.030 de Bogotá y titular de la tarjeta profesional de abogado N° 21.424 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de apoderado de la parte convocante; Antonio Pabón Santander, identificado con la cédula de ciudadanía N° 80.409.653 de Usaquén, y titular de la tarjeta profesional de abogado N° 59.343 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de curador ad litem de la parte convocada; y Leonardo David Beltrán Rico, quien interviene como secretario de este tribunal de arbitramento.

Habiéndose surtido en su totalidad el trámite del proceso, oídas las alegaciones de las partes y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede, dentro del término legal, a proferir en derecho el laudo arbitral por medio del cual se pone fin a las diferencias surgidas entre Fiduciaria Central S.A. —en adelante Fiducentral S.A.—, y M.A. Construcciones Ltda.—, relacionadas con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria, suscrito por aquellas el día 6 de abril de 1999, y que se hizo constar en la escritura pública 1513 de tal fecha.

Con la autorización del presidente, el secretario del tribunal le dio lectura al siguiente:

I. Antecedentes

1.1. El trámite inicial.

Con fecha dos (2) de diciembre de 2002, mediante su respectivo apoderado judicial, la sociedad Fiducentral S.A. presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una solicitud con el fin de integrar un tribunal de arbitramento para solucionar las diferencias existentes con la sociedad M.A. Construcciones Ltda., relacionadas con el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria, suscrito el día 6 de abril de 1999⁽¹⁾

1.1.1. La Cámara de Comercio de Bogotá, por virtud de la delegación conferida por las partes en la cláusula compromisoria pactada por ellas mismas, y mediante sorteo público realizado el día 11 de febrero de 2003, escogió los nombres de quienes estarían llamados a integral este tribunal de arbitramento, en su condición de árbitros principales y suplentes.

Dichas nominaciones, según lo informado por la citada institución —en comunicación de la misma fecha—⁽²⁾

Principales	Suplentes
Antonio Copello Faccini	José Octavio Zuluaga
Eduardo Zuleta Jaramillo	Juan Pablo Medrano Supelano
Jaime Cabrera Bedoya	Néstor Fagua

1.1.2. Aceptadas oportunamente las designaciones, por los doctores Eduardo Zuleta Jaramillo, Jaime Cabrera

Bedoya y José Octavio Zuluaga, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá señaló como fecha para la celebración de la audiencia de instalación, el día 6 de marzo de 2003, a las 9:30 a.m.⁽³⁾.

1.1.3. En dicha fecha y hora, los árbitros celebraron la mencionada audiencia de instalación, reunión en la cual el tribunal así constituido recibió de manos de la Cámara de Comercio de Bogotá el expediente, nombró un presidente y un secretario, se declaró legalmente instalado y, adicionalmente, fijó las sumas correspondientes a los gastos de funcionamiento del mismo⁽⁴⁾.

1.2. Actuación preliminar del tribunal de arbitramento.

1.2.1. Debidamente posesionado el secretario⁽⁵⁾ e integrado en igual forma el tribunal de arbitramento, este último con fecha 15 de abril de 2003, profirió una providencia por medio de la cual admitió la demanda arbitral presentada por Fiducentral S.A.

En la misma providencia, se ordenó correr traslado de la demanda a la parte convocada —por el término señalado en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil—, se reconoció personería al apoderado del convocante, y, finalmente, se ordenó la notificación personal de la citada providencia a la sociedad convocada⁽⁶⁾.

1.2.2. El atención a lo ordenado por el tribunal de arbitramento, el secretario adelantó todas y cada una de las actuaciones señaladas en la ley, relacionadas con la notificación personal de la citada providencia a la parte convocada.

1.2.3. Por cuenta de los anteriores trámites, el citado secretario remitió oportunamente las comunicaciones por medio de las cuales se informó a la convocada, acerca de la existencia del proceso y de su responsabilidad de comparecer a notificarse del auto admisorio ya citado⁽⁷⁾.

1.2.4. Vencidos los plazos legales sin que la parte convocada hubiese atendido el requerimiento hecho por el tribunal de arbitramento, este último con fecha 3 de junio de 2003, expidió una providencia por medio de la cual ordenó el emplazamiento de la citada sociedad⁽⁸⁾.

1.2.5. Cumplidos dichos trámites, y sin que se hubiese hecho presente en el proceso la parte emplazada, el tribunal de arbitramento, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, ordenó el nombramiento de un curador *ad litem*, para representar y defender los intereses de la sociedad convocada, dentro de mencionado proceso⁽⁹⁾.

1.2.6. Dicho nombramiento, conforme a lo establecido en la citada norma, recayó en las siguientes personas, todas ellas integrantes de la lista oficial de secretarios de la Cámara de Comercio de Bogotá:

1.2.7.

Nombres
Antonio Pabón Santander
Anne Marie Murre
Clara Lucía Uribe Bernate

1.2.8. Aceptada oportunamente la designación por parte del doctor Antonio Pabón Santander, y notificado legalmente, del auto por medio del cual se admitió la solicitud de convocatoria arbitral presentada, este último, mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2003, dio contestación a dicha demanda arbitral, y a su vez formuló sus respectivas excepciones de mérito⁽¹⁰⁾.

1.2.9. El tribunal de arbitramento corrió traslado de dicho escrito a la parte convocante mediante su fijación en lista, actuación que tuvo lugar el día 21 de agosto de 2003⁽¹¹⁾.

1.2.10. Surtidas válida y oportunamente las actuaciones procesales relativas al traslado de la demanda, e integrado

jurídicamente el contradictorio, el tribunal de arbitramento, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, señaló fecha para la celebración de la “Primera audiencia de trámite”⁽¹²⁾.

1.2.11. Verificada la procedencia y oportunidad de la sesión, el tribunal de arbitramento procedió a celebrar la citada “Primera audiencia de trámite”, la cual se desarrolló así:

1.2.11.1. En primer lugar, el presidente del tribunal informó que las sumas decretadas por concepto de gastos de funcionamiento del tribunal, habían sido canceladas oportuna y debidamente por la parte convocante.

1.2.11.2. Previa lectura tanto de la cláusula compromisoria, como de las cuestiones sometidas a arbitramento, el tribunal consideró que era competente para asumir el conocimiento de las diferencias existentes entre las partes, en el entendido que las mismas eran susceptibles de transacción y guardaban una relación de conexidad con el pacto arbitral invocado.

1.2.11.3. Declarada la competencia —mediante Auto 7—, el tribunal de arbitramento procedió a examinar la solicitud de pruebas hecha por cada una de las partes, para lo cual profirió el Auto 8, mediante el cual accedió a decretar todas las solicitadas⁽¹³⁾.

1.3. Actuación probatoria surtida en el proceso.

1.3.1. El 14 de octubre de 2003, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal de arbitramento le dio posesión como perito al doctor Jorge Hernando Díaz Valdiri, quien había manifestado en tiempo su aceptación a la designación que le fue hecha.

En la misma fecha se le indicó al perito el objeto de su dictamen, y se le señaló el plazo para rendirlo⁽¹⁴⁾.

1.3.2. Acto seguido, y en cumplimiento de lo ordenado en la providencia de fecha 2 de octubre de 2003, el tribunal de arbitramento dio apertura a la diligencia de inspección judicial, la cual fue practicada directamente en el lugar sede del tribunal, en atención a que la parte convocante del proceso, puso a disposición del mismo la totalidad de la documentación objeto de dicha inspección.

1.3.3. Examinados por el tribunal los documentos aportados en la citada diligencia, se ordenó allí mismo incorporarlos al expediente, y tenerlos como prueba documental.

1.3.4. El día 11 de noviembre de 2003, encontrándose dentro del término establecido por el tribunal, el perito designado, doctor Jorge Díaz Valdiri, allegó al proceso el dictamen que se le había requerido⁽¹⁵⁾. El traslado del mencionado dictamen se surtió en la audiencia que fue celebrada el día 12 de noviembre del mismo año.

1.3.5. Con fecha 9 de diciembre de 2003, el tribunal de arbitramento se abstuvo de decretar y practicar el interrogatorio de la parte convocada, como quiera que aquella nunca compareció directamente al proceso, a pesar de haberse surtido legalmente su citación; y en la medida que la parte solicitante de la prueba, nunca aportó una nueva dirección donde ubicarla.

1.3.6. Dentro de este contexto, y mediante Auto 11, el tribunal de arbitramento dio por agotada y concluida la etapa instructiva y probatoria del proceso, y en desarrollo de ello, ordenó la celebración de la audiencia de alegatos, para lo cual señaló el día 19 de enero de 2004⁽¹⁶⁾.

Esta última audiencia fue aplazada para el día 30 de enero de 2004, conforme a la solicitud elevada tanto por el apoderado de la parte convocante, como el curador ad litem de la convocada.

1.3.7. En la mencionada audiencia de alegatos, las partes expusieron sus conclusiones finales sobre los argumentos de hecho y de derecho obrantes en el proceso⁽¹⁷⁾.

De la misma manera, le entregaron al tribunal los resúmenes escritos de sus intervenciones, los cuales forman parte integral del trámite⁽¹⁸⁾.

1.3.8. Finalmente el tribunal de arbitramento, mediante Auto 14 de fecha 26 de febrero de 2004, ordenó la

remisión de un oficio a la Notaría 1^a del Círculo de Bogotá, con el fin de que dicha autoridad expediera con destino al proceso, copia auténtica de la escritura pública 1513 del 6 de abril de 1999⁽¹⁹⁾.

1.3.9. Aportado al proceso el citado documento, el tribunal ordenó su incorporación al expediente, y de igual manera ordenó tenerlo como prueba documental válida. En la misma providencia se señaló fecha para la celebración de la audiencia de lectura del laudo⁽²⁰⁾.

1.3.10. El trámite arbitral se desarrolló en diez (10) audiencias, incluida la de fallo, y se sigue de ello que la relación jurídica— procesal existente en este caso se ha adelantado dentro del marco y plazo legalmente establecidos⁽²¹⁾.

Sumado a lo anterior, dentro del curso del proceso las partes han contado con la totalidad de las garantías procesales para hacer valer sus derechos, por virtud de lo cual corresponde ahora, en uso de las facultades constitucionales y legales, decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje.

II. Cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje

2.1. Los hechos.

A. Segundo la parte convocante.

Un resumen de los hechos que dieron lugar a este proceso —desde el punto de vista de la parte actora—, son los siguientes:

1. Entre la parte convocante y la convocada se celebró un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria el día 6 de abril de 1999, negocio jurídico que se hizo constar en la escritura pública 1513 de la Notaría Primera (1^a) del Círculo de Bogotá.
2. Una vez perfeccionado el citado contrato, e inscrito el mismo en el respectivo registro de instrumentos públicos, las partes se reunieron con el fin de acordar “la suspensión indefinida de los términos del contrato de fiducia mercantil irrevocable”, para lo cual suscribieron un documento denominado “acta de suspensión de términos del contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito entre Fiduciaria Central S.A. y M.A. Construcciones Ltda.”.
3. En el mencionado acuerdo de suspensión, las partes pactaron una condición suspensiva, la cual, con el paso del tiempo, se convirtió en “fallida, inviable o imposible”.
4. Esta circunstancia, unida al hecho de que la convocada no ha manifestado su consentimiento, en torno a la liquidación del contrato, ha dado lugar a la imposibilidad de desarrollar el objeto del contrato de fiducia, y con ello, a la generación de unos perjuicios, los que en concepto del convocante, deben ser resarcidos por la fideicomitente, esto es, la sociedad M.A. Construcciones Ltda.⁽²²⁾.

B. Segundo la parte convocada.

Por su parte la entidad convocada, por conducto del curador *ad litem* designado, manifestó no constarle algunos hechos, no serlo otros, y ser apreciaciones jurídicas del convocante los demás.

2.2. Las pretensiones del convocante.

Las pretensiones alegadas por el convocante, en su solicitud de convocatoria arbitral, son las siguientes:

- 2.2.1. “Decretar la extinción de la condición suspensiva convenida entre la Fideicomitente sociedad M.A. Construcciones Ltda., y la sociedad Fiduciaria Central S.A. —Fiducentral S.A.—, en calidad de fiduciaria, en la ciudad de Bogotá, D.C., el día veintiséis (26) del mes de abril de 1999 que consta en el documento privado denominado acta de suspensión de términos del contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito entre Fiduciaria Central S.A. y M.A. Construcciones Ltda.; por ser imposible, de acuerdo a lo previsto por el artículo 1537 del Código Civil”.

2.2.2. “Como consecuencia de lo anterior, se dignará decretar la extinción del negocio fiduciario por imposibilidad absoluta de cumplir el objeto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria suscrito entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A. —Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, como consta en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) perfeccionada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., por la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “Fiducentral —fideicomiso Terrazas de Cucuman”, inscrita a folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena; de acuerdo a lo previsto en el numeral 2º del artículo 1240 del Código de Comercio”.

2.2.3. “Decretar la liquidación del patrimonio autónomo denominado “Fiducentral —fideicomiso Terrazas de Cucuman”, constituido por el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A. —Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, que obra en la escritura pública números mil quinientos trece (1513) del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) suscrita ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., e inscrita al folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena”.

2.2.4. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, que se consideran en la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000.00) moneda corriente”.

2.2.5. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar las costas y gastos del proceso”.

Primeras subsidiarias

2.2.6. “Declarar la nulidad absoluta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A. —Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, como consta en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) perfeccionada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “Fiducentral —fideicomiso Terrazas de Cucuman”, inscrita a folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena; conforme a lo previsto en el artículo 899 del Código de Comercio”.

2.2.7. “Como consecuencia de lo anterior, se dignara decretar las restituciones mutuas del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A. —Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, como consta en la escritura pública números mil quinientos trece (1513) perfeccionada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “Fiducentral —fideicomiso Terrazas de Cucuman”, inscrita al folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena; que ha sido declarado nulo”.

2.2.8. “Decretar la liquidación del patrimonio autónomo denominado “Fiducentral — fideicomiso Terrazas de Cucuman”, constituido por el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fideicomitente por una parte y la sociedad fiduciaria central S.A.— Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, que obra en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) suscrita ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., e inscrita al folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena”.

2.2.9. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, que se consideran en la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000.00) moneda corriente”.

2.2.10. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar las costas y gastos del proceso”.

Segundas subsidiarias

2.2.11. “Declarar la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de Fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A.— Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, como consta en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) perfeccionada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “Fiducentral— fideicomiso Terrazas de Cucuman”, inscrita al folio de matrícula inmobiliaria números 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena; por incumplimiento de las obligaciones de la fideicomitente”.

2.2.12. “Como consecuencia de lo anterior, se dignara decretar las restituciones mutuas del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de Fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A.— Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, como consta en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) perfeccionada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., por el cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “Fiducentral— fideicomiso Terrazas de Cucuman”, inscrita al folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena; reconociendo el derecho de retención a favor de mi representada, hasta tanto no sean resarcidos los perjuicios ocasionados con el incumplimiento de la fideicomitente”.

2.2.13. “Decretar la liquidación del patrimonio autónomo denominado “Fiducentral— fideicomiso Terrazas de Cucuman”, constituido por el contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado entre la entidad denominada M.A. Construcciones Ltda., de las condiciones civiles anotadas, en calidad de Fideicomitente por una parte y la sociedad Fiduciaria Central S.A.— Fiducentral—, de las condiciones civiles anotadas, en calidad de fiduciaria, que obra en la escritura pública número mil quinientos trece (1513) del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) suscrita ante el Notario Primero (1º) del Círculo de Bogotá, D.C., e inscrita al folio de matrícula inmobiliaria número 060— 175282 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cartagena”.

2.2.14. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, que se consideran en la suma de cuarenta millones de pesos (\$ 40.000.000.00) moneda corriente”.

2.2.15. “Condenar a la sociedad M.A. Construcciones Ltda., a pagar las costas y gastos del proceso”⁽²³⁾.

2.3. Las excepciones de la convocada.

Sobre las pretensiones del convocante, el curador ad litem de la parte demandada se opuso a que el tribunal las acogiese favorablemente, para lo cual propuso las siguientes excepciones de fondo⁽²⁴⁾:

2.3.1. “La condición pactada no ha fallado”.

2.3.2. “Improcedencia de la invocación de los actos propios para sustentar la ineficacia del acta de suspensión”.

2.3.3. “Permaneciendo vigente el vínculo entre los contratantes, no es posible proceder a la liquidación del patrimonio”.

2.3.4. “Perjuicios no probados”.

2.3.5. “Ausencia de nulidad absoluta— validez del contrato”.

2.3.6. “La ausencia de nulidad absoluta hace imposible el decreto de las restituciones mutuas”.

2.3.7. “Ausencia de mérito para decretar la liquidación del patrimonio autónomo”.

2.3.8. “Ausencia de mérito para dar por terminado el contrato de fiducia”.

2.3.9. “Improcedencia de las restituciones mutuas”.

2.3.10. “Improcedencia de la liquidación del patrimonio autónomo”.

(...).

III. Consideraciones del tribunal de arbitramento

1. Consideraciones previas.

El juez debe proferir su sentencia en total consonancia con las pretensiones de la demanda y no le es posible condenar a la parte demandada por objeto distinto del que allí se pretende. Lo anterior en desarrollo del principio de la congruencia establecido en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, el cual es aún más exigente en su aplicación en el llamado proceso arbitral, en cuanto la jurisdicción y competencia de los árbitros resultan de la declaración de voluntad de las partes contenida en el pacto arbitral, con los efectos que a ella señalan la Constitución y la ley, y están a su vez limitadas por las peticiones concretas contenidas en la demanda.

Corresponde igualmente a los árbitros, como a los jueces, interpretar los hechos y la demanda examinando el contenido de la litis bajo todos los aspectos, para hallar así las normas que considere aplicables, sin que la desacertada calificación que el actor dé en su demanda a una o más pretensiones, impida tomar la decisión que en derecho corresponda, respetando siempre los estrictos límites impuestos para el efecto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular señaló la Corte Suprema de Justicia:

“Precisamente, en materia de interpretaciones de la demanda, ha sostenido de manera reiterada y uniforme la Corte que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tienen por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte. En el punto tienen declarado la doctrina de la corporación que “son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas”⁽²⁵⁾.

Puede, el juez o el tribunal arbitral, hacer el análisis de las pretensiones y si encuentra calificaciones inadecuadas o indebidas apreciaciones del actor, hacer una ordenación racional con el objeto de establecer con claridad el reclamo que surge de la relación entre las pretensiones, los hechos y el derecho.

Lo anterior, sin embargo, no permite que el juez o el árbitro, sin atentar contra el principio de la congruencia, proceda a decidir sobre lo que no se ha pedido o más allá de lo pedido, o por causa diferente a la invocada. Menos aún podrá pronunciarse sobre hechos no invocados, como lo señaló el profesor Morales Molina citando a la Corte:

“El juez debe atenerse, al consignar la razón de su decisión, a los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o a los en que apoye el demandado su defensa (...) la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisiones en que se fundamente. Resulta de ello que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda; por tanto, si el juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión razones de hecho no invocadas por quien ha demandado. La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demanda y, por tanto, implica un límite de esta. Es necesario expresar el hecho jurídico que constituye el fundamento de derecho que se reclama en juicio. Los términos de una demanda son los factores señalados por el actor, como constitutivos del problema planteado ante el demandado y sometido a la decisión judicial, factores de los cuales no puede salirse, ni mucho menos variar el juzgador”⁽²⁶⁾.

El referido principio de la congruencia obliga al fallador a no modificar o introducir alteraciones en las pretensiones de las partes y a respetar los hechos procesales sin cambiar, so pretexto de la interpretación de la demanda, la *causa petendi* . En otras palabras, la sentencia —y en el caso que nos ocupa, el laudo— para ser congruente debe decidir únicamente sobre los temas sometidos al tribunal arbitral y con fundamento en los hechos alegados. Si la decisión se llegare a fundar en supuestos de hecho no invocados oportunamente por la parte correspondiente, se afectaría el derecho de defensa de la otra parte al sorprenderla con hechos que no ha tenido la oportunidad de contradecir. Como lo señala lo mejor de la doctrina “la sentencia que condena de conformidad con la pretensión es incongruente cuando se basa en hechos no aducidos o no probados, en su caso, por el demandante o que estime la pretensión, no obstante la inexistencia actual del derecho”⁽²⁷⁾ porque “igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida pero por causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados”⁽²⁸⁾.

En relación con lo expuesto y por considerarlas de especial trascendencia para este asunto en particular y para el arbitraje en general, hace suyas el tribunal las consideraciones expresadas en el laudo proferido el tres (3) de agosto de 2003 (arbitraje de Carlos Arturo Camelo Caldas y otros y sociedad Duarte Guterman y Cía. Ltda. v. Santander Investment Trust Colombia S.A., Sociedad Fiduciaria) cuando señaló:

“Llama la atención el tribunal sobre estos aspectos dado que si bien la justicia arbitral contiene algunas reglas propias y parámetros de concepción que hacen un poco menos rigurosa la observancia de normas estrictas para la administración de justicia, también es cierto que so pretexto de esa flexibilidad, en algunos casos, al proferir los laudos se ha olvidado observar los requisitos y principios procesales mínimos, como el de la congruencia de la sentencia y el de la demanda en forma, que obligan a ser observados por el juez al momento de fallar, de manera que en el laudo se hacen interpretaciones más allá de lo que corresponde o se reconocen derechos que no fueron alegados o se declaran condenas que no corresponden a la realidad fáctica que obra en el proceso o que las partes expusieron en su demanda y la contestación”.

En este orden de ideas, el tribunal arbitral debió realizar un cuidadoso examen de las pretensiones de la demanda, atrás transcritas, junto con los argumentos presentados por la demandante en el alegato de conclusión, para entrar a determinar si es posible aplicar los anteriores conceptos y principios sin alterar la debida aplicación de la justicia.

Las pretensiones señaladas como primera, segunda y tercera son de carácter declarativo y se refieren de manera específica a la validez de lo que la demandante considera una condición suspensiva mixta y a las consecuencias de lo que sobre esa validez decida el tribunal.

Las pretensiones cuarta y quinta se refieren a las condenas resultantes del *petitum* contenido en las tres primeras. Se trata de pretensiones planteadas con un señalamiento de lo que se pretende y de los hechos en que se funda, independientemente del sustento jurídico, sobre el cual corresponde pronunciarse al tribunal.

En este orden de ideas, llama la atención del tribunal el grupo de pretensiones planteadas como primeras subsidiarias, y particularmente la primera de ellas, en cuanto las otras se plantean como consecuenciales. En efecto, la primera pretensión subsidiaria busca la declaración de nulidad absoluta del contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria celebrado mediante la escritura pública 1513 del 6 de abril de 1999. Ninguna solicitud, expresa o siquiera implícita, se hace respecto del acuerdo mediante el cual las partes suspendieron el contrato de fiducia. En los hechos de la demanda (hecho 3.14), como sustento del reclamado incumplimiento— que no de la nulidad del contrato de fiducia —el apoderado de la actora señala que el pacto mediante el cual se suspendieron los términos del contrato no produce efectos en cuanto se otorgó por documento privado y por ello, al no haberse suspendido los términos, debe considerarse incumplido el contrato de fiducia. Sin embargo, en su alegato sustenta la pretendida nulidad del contrato de fiducia —no del pacto de suspensión de términos— en lo que llama la falta de onerosidad y de publicidad del contrato.

No encuentra pues el tribunal, tal como está planteada la causa petendi y los hechos que la sustentan, que pueda interpretarse la demanda en el sentido que la actora está pidiendo, como pretensiones primeras subsidiarias, una declaración de nulidad diferente a la del contrato de fiducia contenido en la escritura pública citada. Extender la pretensión, por vía de interpretación de su texto y de los hechos en que se funda, al documento mediante el cual las partes dijeron suspender los términos del contrato de fiducia, implicaría un pronunciamiento claramente

incongruente o una decisión oficiosa que estaría fuera de la jurisdicción y la competencia de este tribunal. En consecuencia, el tribunal se pronunciará sobre el grupo de pretensiones primeras subsidiarias únicamente en relación con lo pedido, es decir, en relación con el contrato de fiducia contenido en la escritura pública 1513 del 6 de abril de 1999, de la Notaría Primera de Bogotá.

Respecto de las pretensiones segundas subsidiarias, en atención a que el apoderado de la parte demandante en su alegato de conclusión hizo referencia a la existencia de nuevos incumplimientos a los cuales no se refirió la demanda, el tribunal reitera que su marco de decisión está dado tanto por las pretensiones y por los hechos de la demanda como por las excepciones propuestas frente a la misma en aplicación del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Ese principio de congruencia encuentra su fundamento en el respeto por el debido proceso, pues no puede verse una parte sorprendida por la otra con hechos o pruebas que no pueda controvertir conforme a los procedimientos establecidos por la ley. Se trata de un derecho fundamental que debe prevalecer sobre cualquier otra consideración, quedando siempre a la parte interesada la posibilidad de acudir a un nuevo proceso para debatir esos hechos que, por razones que no le sean imputables, no pudieron ser oportunamente alegados en el trámite inicial. Así las cosas, y de conformidad con las disposiciones tantas veces referidas, el tribunal se abstendrá de entrar a estudiar y evaluar esos nuevos incumplimientos alegados por la parte demandante en su escrito de alegaciones.

En cuanto a las pruebas en que el tribunal basará su decisión, se hacen las siguientes precisiones.

El título con base en el cual se han planteado las diversas pretensiones es un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración inmobiliaria (fl. 568 a 586 del cuaderno de pruebas) cuyas partes son Fiduciaria Central S.A. como fiduciaria y M.A. Construcciones Ltda en la doble calidad de fideicomitente y de beneficiaria.

La existencia y las estipulaciones del contrato se encuentran probadas con la copia auténtica de la escritura 1513 de abril 6 de 1999, otorgada en la Notaría 1^a del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C., que fue allegada al proceso proveniente de la misma notaría por orden del tribunal, según se deja explicado en los antecedentes.

En ese documento se puede ver que las características estructurales de este contrato son:

- El objeto estaba en la realización de un proyecto inmobiliario sobre el inmueble fideicomitido (cláusula 4^a).
- Entre los bienes dados en fiducia para ser administrados por la fiduciaria, se encontraban el sublote I del lote Cucumán I etapa y la suma de \$ 3.000.000 que fueron entregados a la firma del contrato.
- La fiduciaria recaudaba y administraba los recursos destinados al proyecto (fl. 5, vuelto, cuaderno de pruebas) el cual debería empezar a desarrollarse una vez llegado al punto de equilibrio (fl. 6 vuelto, cuaderno de pruebas), “a más tardar en tres (3) meses contados a partir de la firma” del contrato, plazo prorrogable “inmediatamente si no hay acuerdo entre las partes para darlo por terminado”.
- La duración del contrato fue acordada en dos (2) años a partir de su celebración, a los cuales debían adicionarse seis (6) meses para el proceso liquidatorio.
- Se acordó un sistema de remuneración a la fiduciaria referido a los ingresos del fideicomiso (1.1% del valor final de las ventas), que debía ser pagado, entre otras, a través de una suma fija por mes, equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales “durante todo el tiempo comprendido entre la suscripción del presente contrato y el momento de la certificación por parte de la fiduciaria de la obtención del punto de equilibrio”.

Se trata este de un acuerdo que reúne los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil y que ha cumplido con las solemnidades.

Adicional a este acuerdo, las partes suscribieron el 26 de abril de 1999 un documento que ellas mismas denominaron “acta de suspensión de términos”, que encuentra su plena prueba en el ejemplar original, firmado por las partes, que obra a folios 55 y 56 de la AZ del fideicomiso aportada como prueba documental.

Allí, bajo la consideración de que **“las condiciones actuales del mercado inmobiliario hacen inviable en este**

momento la ejecución del contrato” y que “el fideicomitente no puede asumir los costos de las comisiones fiduciarias”, acordaron los contratantes:

1. **“Suspender indefinidamente los términos de manera retroactiva a la fecha de suscripción del contrato... y hasta tanto las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito hagan el proyecto viable”.**
2. Con efecto retroactivo no se causarían comisiones.
3. **“... la reanudación de términos del contrato... se dará mediante acta suscrita por las partes en su momento”.**

Con base en estas consideraciones preliminares, procederá el tribunal a resolver la cuestión litigiosa.

2. Pretensiones principales.

Pretende la demandante que el tribunal declare la extinción de la condición suspensiva pactada entre las partes en el documento de fecha 26 de abril de 1999 en cuanto, al decir de la actora, se trata de una condición imposible en los términos del artículo 1537 del Código Civil.

En la parte pertinente el texto cuestionado por la demandante las partes acordaron:

“PRIMERO. Suspender indefinidamente los términos de manera retroactiva a la fecha de suscripción del contrato, es decir al seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), del contrato de fiducia mercantil irrevocable suscrito entre ellos, de acuerdo con lo establecido en este documento y hasta tanto las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito hagan el proyecto viable” (negrillas y cursiva fuera del texto original).

En su labor de interpretar la demanda, ha entendido el tribunal que la tesis de la convocante consiste en afirmar que la constitución del fideicomiso se encontraba sometida a condición suspensiva por efecto del acta de suspensión de términos que reformó las estipulaciones originales. No de otra manera resultaría coherente pedir en consecuencia la extinción del negocio fiduciario por imposibilidad de la condición.

También interpretando las pretensiones y los hechos de la demanda observa el tribunal que, en criterio de la demandante, el pacto citado contiene una condición suspensiva mixta cuyo cumplimiento depende de la voluntad de la fideicomitente y del acaso. Dicha condición, en criterio del demandante, es nula y además “se tendrá por fallida”, en cuanto se trata de una condición imposible, con lo cual desaparece la obligación. No señala el demandante en qué consiste la imposibilidad de la condición o cuales son las razones para considerarla nula. Dice, así mismo, que esta condición así expresada al ser nula por imposible o porque se tenga como fallida, implica que la obligación desaparece y daría lugar a la extinción del negocio fiduciario (C.Co., art. 1240-2).

Para el tribunal, el acuerdo contenido en el acta de suspensión no está sometiendo el nacimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fiducia a una condición suspensiva. Entiende, por el contrario, que lo que las partes acordaron fue suspender “los términos” del contrato, es decir, la ejecución del objeto del contrato y todas las obligaciones de las partes tendientes a desarrollar dicho objeto y someter a una condición suspensiva la reanudación de tales términos.

Con esto entiende el tribunal que lo que buscaron los contratantes fue suspender el objeto del contrato, según se deja ver en el acta de suspensión, cuando afirman que, por la situación del mercado inmobiliario **“se hace inviable en este momento la ejecución del objeto del contrato”** (subraya el tribunal). No otro podría ser el sentido si se tiene en cuenta que, por virtud de la suspensión, el plazo del contrato no corría y cualquier principio de ejecución de obligaciones quedaba sometido a que se reanudara en el futuro.

De esta manera las partes acordaron que la ejecución del contrato se vería suspendida hasta tanto se dieran las condiciones de mercado, pero no que la existencia de determinada obligación contractual “dependiera de una condición” según expresa el artículo 1530 del Código Civil. En consecuencia, con este entendimiento, lo sometido a condición suspensiva fue la ejecución de las obligaciones nacidas del contrato y no la constitución misma de la fiducia. Así, una eventual imposibilidad de la condición suspensiva se vería traducida en que el pacto de

suspensión perdería sus efectos y los términos tendrían que reanudarse, pero nunca en la extinción del negocio fiduciario.

Por esta razón el tribunal considera que no existe condición suspensiva que afecte la constitución del contrato de fiducia, sino que lo acordado en el acta de suspensión fue posponer la ejecución de su objeto.

De cualquier manera, no encuentra el tribunal que se esté en presencia de una condición suspensiva mixta y menos aún de una condición imposible o fallida. Las partes acordaron suspender de manera retroactiva los términos del contrato de fiducia hasta la ocurrencia de un evento consistente en que “las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito hagan el proyecto viable.” Aún en el supuesto de que ese pacto constituya una verdadera condición, ella depende de un hecho ajeno a la voluntad de las partes: las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito.

El artículo 1537 invocado por la demandante señala que: “Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles. Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible o inductiva de un hecho ilegal o inmoral se tendrá por no escrita”.

A su vez el artículo 1532 señala cuándo una condición es imposible. Cuando es contraria a las leyes de la naturaleza física (condición físicamente imposible); cuando consiste en un hecho prohibido por las leyes o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público (condición moralmente imposible); o cuando está concebida en términos ininteligibles.

Siendo por definición un hecho futuro e incierto, la condición supone siempre la posibilidad de que el hecho constitutivo de la misma ocurra o no ocurra. Si desde el momento de contratar se sabe que el hecho va a ocurrir, no habrá condición; si se sabe que no va a ocurrir, la condición será imposible. Si después de contratar se sabe que el hecho no ocurrirá, la condición será fallida, si se sabe que ocurrirá la condición estará cumplida. De aquí se sigue que “Condición imposible es la que jamás podría estar pendiente, porque consiste en un hecho que no puede ocurrir”⁽²⁹⁾ sea física o moralmente o en razón de estar concebida la condición en términos ininteligibles.

Los anteriores presupuestos son la regla con la cual ha de medirse la pretensión formulada por la parte demandante. Y no se requiere de mayores juicios ni de intrincadas elucubraciones para entender que la condición de que el mercado inmobiliario y de crédito hagan viable un proyecto no depende, como lo pretende la demandante, de la voluntad del fideicomitente, ni es en forma alguna contraria a las leyes de la naturaleza física, ni consiste en un hecho prohibido por las leyes u opuesto a las buenas costumbres o al orden público, ni resulta ininteligible. Puede tener algún grado de complejidad el demostrar la ocurrencia del hecho, pero lo complejo de una prueba no hace que la condición cuya ocurrencia se pretende demostrar se torne en imposible. El cambio de las condiciones del mercado inmobiliario y financiero de manera que hagan viable el proyecto inmobiliario contenido en el contrato de fiducia, ha podido demostrarse por la demandante con estudios financieros y económicos de manera que, demostrada la ocurrencia del hecho, se reanudase el contrato y se pudiese exigir su cumplimiento.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que someter la ejecución de una prestación contractual al hecho futuro e incierto de que se hagan propicias “las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito” que “hagan viable la ejecución del objeto del contrato”, no puede considerarse como algo imposible física o moralmente, ni resulta aceptable confundir ese carácter con la dificultad en la prueba de su acaecimiento.

Es cierto que existe una correlación objetiva entre la viabilidad de un proyecto comercial y las condiciones de mercado y de crédito, pero esto puede ser determinado técnicamente. Si la mejora en el mercado inmobiliario se tratara de un imposible, ello no puede ser dicho en términos absolutos sino dentro de circunstancias concretas que tendrían que haberse acreditado en el proceso. Por eso la parte convocante debió haberse esforzado en probar, según lo impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, el carácter imposible de la condición acordada, para que su pretensión pudiera prosperar. Al respecto destaca el tribunal que la calidad de imposible de una condición solo se presume cuando se trata de un hecho notorio o de una negación o afirmación indefinidas, pero en la generalidad de los casos la carga de la prueba sigue pesando sobre el peticionario, quien debe probar “el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico” que persigue.

Por el contrario, para el tribunal dicha condición entraña un evento físico y moralmente posible y que no está concebido de manera ininteligible, por lo que no accederá a esta pretensión y así lo determinará en la parte resolutiva.

La pretensión segunda de este grupo de principales se enuncia como consecuencia de la anterior, pero se hace consistir en una causal autónoma de extinción del contrato de fiducia, expresamente la contenida en el artículo 1240-2 del Código de Comercio, tipificada cuando no pueden ser logrados los fines de la fiducia. Si vemos que la finalidad del contrato de fiducia (distinta a su objeto) está descrita en la cláusula quinta del contrato como la instrumentación del manejo de los recursos a través de dicho mecanismo, tendremos que llegar a la conclusión de que no hay una correlación ni con la pretensión primera principal ni con el evento de una condición imposible.

Quizás el litigante debió haberse referido a la causal 5^a del mismo artículo según la cual el negocio fiduciario se extingue “por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia”. Aún así, ya se explicó que la existencia del contrato no estuvo sometida a condición y que, no obstante, aunque así hubiera sido, no fue probada la imposibilidad de esa condición.

No resulta comprensible para el tribunal el razonamiento que consigna el apoderado en el hecho “3.9”, para apoyar la aplicación de esta norma, artículo 1240-2 del Código de Comercio, en orden a obtener la declaratoria de extinción del contrato. Dice allí que al ser “inviable” o “imposible” la prestación (?) tampoco puede existir contraprestación **“por lo que el negocio o contrato fiduciario se extingue”**, lo que no es coherente con el contenido de la norma que invoca ni da claridad sobre la prestación a la que se refiere, ni por qué debería generar la extinción del contrato.

Por tanto, las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta principales, en cuanto están formuladas como dependientes y consecuenciales de la declaración planteada como primera pretensión principal deberán ser denegadas, por lo que corresponde al tribunal entrar a continuación a estudiar las pretensiones formuladas como subsidiarias.

3. Pretensiones primeras subsidiarias.

Solicita la demandante que se declare la nulidad absoluta del contrato de fiducia celebrado el 26 de abril de 1999 “conforme a lo previsto en el artículo 899 del Código de Comercio”.

En parte alguna de la demanda señala la fiduciaria en qué consiste la nulidad invocada y solamente en el alegato de conclusión hace referencia a la falta de publicidad del acto y a la falta de onerosidad, puntos estos que no aparecen planteados en las pretensiones ni en lo hechos de la demanda y que no surgen siquiera de una interpretación laxa de la demanda y su sustentación fáctica.

La primera pretensión subsidiaria pretende una declaratoria de nulidad fundamentada en el artículo 899 del Código de Comercio, es decir, una nulidad proveniente de: (1) Contrariar el negocio jurídico una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; (2) Tener el negocio jurídico objeto o causa ilícitos; y (3) Haberse celebrado por persona absolutamente incapaz.

Sin embargo, los hechos de la demanda no dan cuenta de en qué fundamenta la demandante su pretensión. No aparece sustentación alguna de la pretendida violación de norma imperativa, ni del objeto o causa ilícitos ni menos aún de la incapacidad absoluta de quien celebró el contrato.

Sobre este particular debe remitirse el tribunal a lo expuesto en las consideraciones generales de esta providencia en materia de congruencia. No puede el tribunal declarar una nulidad que se ha pedido sin indicar en qué consiste, sin sustentarla en los hechos, sin probarla dentro del proceso y simplemente haciendo referencia en los alegatos de conclusión a causas de nulidad que no están contempladas en la norma citada —que contiene una lista taxativa de nulidades—. Tampoco la puede declarar de oficio pues aún aceptando la discutible tesis de que los tribunales de arbitramento pueden dar aplicación al artículo 1742 del Código Civil, tal nulidad no aparece de manifiesto en el contrato como lo exige la norma citada.

Si ningún sustento fenomenológico le dio la demanda a esa aspiración de la fiduciaria, ello impide al tribunal acceder a la pretensión toda vez que, como ya fue explicado, se estaría violando el principio de la congruencia de la sentencia consignado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, donde se lee:

“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...”.

En opinión del tribunal resulta claro que cuando la norma se refiere a “**los hechos y las pretensiones**” lo hace de manera copulativa, porque cuando una determinada pretensión no encuentra respaldo en hechos concretos, se viola el principio de la lealtad procesal y con ella el derecho de defensa. Al resultarle ocultos los supuestos fácticos, la convocada carecería de la oportunidad de controversia. Si a esto añadimos la falta de elementos probatorios que den la certeza al tribunal sobre el hallazgo irrefutable de una nulidad absoluta que pudiera declararse de oficio, esta pretensión tendrá que ser denegada también.

Por lo anteriormente expuesto negará el tribunal la pretensión primera subsidiaria y, en cuanto dependen de esta, las pretensiones segunda a quinta subsidiarias.

4. Pretensiones segundas subsidiarias.

Este grupo de pretensiones busca que el tribunal declare la terminación del, tantas veces mentado, contrato de fiducia, por incumplimiento de las obligaciones de la fideicomitente.

Esta petición, al ser subsidiaria de todas las demás, supone la falta de prosperidad de las principales y de las primeras subsidiarias, es decir, implica que no se declararon ni la imposibilidad de la condición ni la extinción del negocio fiduciario ni su nulidad. Siendo esto así, el acta de suspensión de términos es válida y no ha perdido sus efectos por lo que, estando suspendido el cumplimiento del objeto del contrato, las obligaciones accesorias a él no son exigibles. Por lo tanto, este grupo de pretensiones tampoco puede prosperar.

No señala la demandante en el *petitum* en qué consiste el incumplimiento que le endilga a la sociedad demandada. Nuevamente el tribunal echa de menos una petición de lo que se demanda expresado con precisión y claridad como que, se reitera, no señala la actora en la pretensión cuál es el incumplimiento de la parte demandada y solamente en los hechos señala algunos que califica incumplimientos para proponer otros adicionales en el alegato de conclusión. Reitera el tribunal que, en su obligación de interpretar la demanda, se referirá a los hechos presentados como incumplimientos en la misma, pero en aras de la congruencia no se pronunciará sobre hechos que la actora plantea como incumplimientos a los cuales hace referencia por primera vez en el alegato de conclusión.

En otras palabras, resulta claro para este tribunal que para proferir el laudo debe hacer una interpretación integral de la demanda en cuanto a los hechos y pretensiones alegados, especialmente en cuanto a las causas que de manera clara y precisa se hayan expuesto como fundamento de la demanda. Pero manifestaciones generales sobre incumplimiento sin explicar las razones, son apenas afirmaciones que no expresan de manera concreta en qué consiste el supuesto incumplimiento. En consecuencia, para decidir sobre la prosperidad de la pretensión, si no se ha invocado por el actor de manera clara la causa de incumplimiento, tendría el tribunal que interpretar la demanda, pero jamás entrar a suponer o considerar causas o razones de incumplimiento que no fueron alegadas de manera expresa por el demandante, o que solo lo fueron en el alegato final, so pena de incurrir en grave yerro al desconocer el principio de la congruencia.

En el hecho 3.16 de la demanda, y después de señalar que el contrato de fiducia termina por mutuo acuerdo o por declaración judicial, sostiene la actora que la sociedad demandada ha incumplido sus obligaciones por las siguientes razones:

- “a) No ha manifestado su voluntad para la terminación del fideicomiso,
- b) No ha impartido las órdenes para liquidar el patrimonio autónomo.
- c) No ha expresado su voluntad respecto a la minuta de liquidación propuesta por la fiduciaria.

d) No ha presentado la póliza de seguros que ampare los bienes fideicomitidos.

e) No ha suministrado los documentos necesarios para la liquidación de la terminación y liquidación del fideicomiso”.

No encuentra el tribunal que los motivos señalados en los ordinales a), b), c) y e) anteriores constituyan incumplimientos de las obligaciones de la sociedad demandada, porque no están radicados en obligaciones derivadas del contrato de fiducia sino en conductas (omisivas o activas) que constituyen una facultad de esta. Mal podría, entonces, deducirse un incumplimiento ni generar de allí la terminación del contrato.

De la actitud de la demandada frente al contrato celebrado, incluyendo su no comparecencia en este arbitraje que resultó en el nombramiento de un curador para la litis, así como de los hechos que se han presentado al tribunal, podría derivarse un mutuo disenso, o incluso una posible simulación del negocio jurídico, o una eventual nulidad del pacto de suspensión de los términos del contrato, eventos todos ellos que tendrían consecuencias sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones de las partes. Pero como nada contiene el petitum de la demanda sobre esos temas y ni siquiera es posible llegar a ellos a través de la interpretación de la demanda, no puede el tribunal invocando facultades de oficio de las que carece, hacer declaraciones o proferir condenas que no correspondan a lo demandado.

La no expresión de la voluntad de dar por terminado un contrato cuya terminación es querida por la otra parte no puede ser, *per se*, un incumplimiento como lo pretende la demandante. Ni la ley ni el contrato de fiducia materia de debate imponen a una parte la obligación de terminar el negocio jurídico cuando la otra parte lo solicite. La ausencia de una expresión de voluntad que concurra con la de la actora no constituye ni falta de ejecución, ni ejecución imperfecta o tardía de una obligación de la parte demandada. Ningún desarrollo hace la parte actora de las razones por las cuales estima que esa falta de voluntad califica como incumplimiento y si bien, reitera el tribunal, esa aparente falta de interés en el negocio, ese no responder a las peticiones de la demandante para ejecutar o terminar el negocio, esa no comparecencia al proceso, podrían tener unas claras consecuencias jurídicas si se hubiese atacado, por ejemplo, el pacto de suspensión o la conducta de la parte demandada en la ejecución del contrato. Sin embargo, la falta de una pretensión referente al pacto de suspensión de los términos del contrato de fiducia —que mantiene su vigencia mientras no sea derogado por las partes o anulado por decisión judicial—, aunadas a la falta de cualquier pretensión relacionada con el comportamiento de la parte demandada, o con la realidad del negocio jurídico o con la buena fe con la cual deben ejecutarse los contratos y a la indeterminación sobre las razones del incumplimiento, impiden al tribunal proferir una decisión sobre puntos que no han sido sometidos por las partes al arbitraje.

Por las mismas razones anotadas, tampoco constituye incumplimiento de la demandada el no haber impartido las órdenes para liquidar el patrimonio autónomo, o el no haber expresado su voluntad respecto de la minuta de liquidación propuesta por la fiduciaria, o el no haber suministrado los documentos para la terminación y liquidación del fideicomiso. Todas estas conductas presuponen una manifestación previa del consentimiento de las partes para desistir del contrato o una terminación del contrato por una causa contemplada en la ley o por decisión judicial o arbitral. No aparece probada en el proceso manifestación alguna que tenga esos efectos, y aunque podría llegarse a interpretar que existió una terminación por mutuo disenso, en parte alguna de la demanda, y ni siquiera a través de una labor integradora de la misma, se puede concluir que esa petición se haya formulado al tribunal dentro de las pretensiones.

A esto debería agregarse que la supuesta obligación de presentar “**la póliza de seguros que ampare los bienes fideicomitidos**” no fue consignada en el contrato ni su existencia fue probada por otro medio. Pero aún si esta obligación hubiera sido pactada, ha señalado el tribunal a lo largo de las consideraciones anteriores que las partes suscribieron un documento mediante el cual suspendieron, de manera retroactiva, los términos del contrato de fiducia celebrado el 26 de abril de 1999. En virtud de tal documento, cuya validez no ha sido atacada en el petitum, como ya se expresó anteriormente, los términos del referido contrato de fiducia se encuentran en suspenso y así lo han entendido las partes. No hay en el acervo probatorio evidencia alguna de que la fiduciaria o el fideicomitente hayan entendido que las obligaciones derivadas del contrato, incluida la de otorgar la póliza, no se encuentren suspendidas. Durante el término de suspensión, la fiduciaria no requirió que la demandada cumpliera las

obligaciones del contrato y no aparece que le haya solicitado la entrega de la póliza que ahora extraña. El comportamiento contractual de las partes frente a la suspensión pactada, la aplicación práctica que hicieron del pacto, no deja duda que su entendimiento fue que las obligaciones, incluida la eventual de entrega de la póliza, estarían en suspenso desde la fecha de celebración del contrato de fiducia hasta tanto cambiaran las condiciones del mercado inmobiliario y de crédito para hacer el proyecto viable. No puede entonces una de las partes, cuando el pacto mantiene su vigencia, pretender que se declare el incumplimiento de una obligación, cuyo cumplimiento esa misma parte consintió en suspender en las condiciones anotadas.

Por las razones expuestas desestimará el tribunal la primera pretensión de las segundas pretensiones subsidiarias y, por estar pedidas como consecuencia de la declaración que se pide en la primera pretensión, denegará la segunda, tercera, cuarta y quinta pretensiones segundas subsidiarias.

5. Excepciones de mérito.

En cuanto el tribunal denegará las pretensiones de la demanda por las razones anotadas y en razón de que tal denegación se fundamenta en motivos similares a aquellos invocados por la demandada, no se hará pronunciamiento expreso sobre las citadas excepciones.

6. Costas.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil (modificado por la L. 794/2003), corresponde a la parte vencida asumir el pago de las costas del proceso, figura esta que envuelve todos aquellos valores que se hayan causado dentro del trámite, ya sea por concepto de honorarios de auxiliares de la justicia, agencias en derecho, o por cualquier otro tipo de **gasto hecho por la parte beneficiada con la condena**, siempre que aparezca comprobado, haya sido útil y corresponda a actuaciones autorizadas por la ley (C.P.C., art. 393, modificado por la L. 794/2003).

En relación con lo anterior, y como se informó en la debida etapa procesal (Primera audiencia de trámite), la parte convocante pago el total de los honorarios y de los gastos de funcionamiento del tribunal de arbitramento, de conformidad con la tabla que se presenta a continuación:

Concepto	Árbitros	secretario	Gastos CCB	Otros	Totales
Honorarios	\$ 3.600.000	\$ 600.000	\$ 450.000	\$ 2.350.000	\$ 7.000.000
IVA (+)	No aplica	No aplica	\$ 72.000	No aplica	\$ 72.000
RTEFTE (-)	\$ 360.000	\$ 60.000	No aplica	No aplica	\$ 420.000
Total pagado	\$ 3.240.000	\$ 540.000	\$ 522.000	\$ 2.350.000	\$ 6.652.000

Igualmente fue la misma parte convocante, la que asumió el pago de los valores que fueron decretados a favor del perito, por concepto de honorarios y gastos para la práctica de dicha prueba.

No obstante, de los pagos decretados en la audiencia de instalación la mitad de ellos fue hecha por la convocante a título personal y la otra mitad en nombre de la convocada, según lo determina el inciso segundo del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, cuando dice que **“si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta”**. Tal circunstancia genera una deuda en su favor y a cargo de M.A. Construcciones Ltda. de \$ 3.326.000.

Por otro lado, de acuerdo con la norma citada la parte vencida debe ser condenada en costas, y así se resolverá, pero con la salvedad de que esa deuda se extingue por compensación, con aquella que se deriva de la consignación de honorarios y gastos del tribunal, según lo permite, al final, el inciso 3º del artículo 144 mencionado.

Finalmente, la defensa de los intereses de la parte convocada estuvo a cargo de un curador ad litem, auxiliar de justicia, al que este tribunal le fija, por concepto de honorarios, la suma de seiscientos mil pesos moneda corriente (\$ 600.000). No obstante que el inciso 4º del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil dice que los

honorarios del curador ad-litem deben consignarse “**a órdenes del despacho judicial**”, la misma norma autoriza su pago al auxiliar “**al momento de terminación del proceso**”. Como quiera que es mediante este laudo que el proceso termina y hasta donde llega la competencia del tribunal (salvo en cuanto se restringe a aclaraciones o complementaciones), el tribunal ordenará el pago de los honorarios directamente al señor curador.

IV. Decisión

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias entre Fiduciaria Central S.A.—Fiducentral S.A.— y M.A. Construcciones S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Denegar la totalidad de las pretensiones principales, primeras subsidiarias y segundas subsidiarias de la demanda formulada por Fiduciaria Central S.A.—Fiducentral S.A.—.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte vencida por la suma de tres millones novecientos veintiseis mil pesos (\$ 3.926.000) y ordenar la compensación de esta obligación con el valor debido por la convocada a la convocante por concepto de honorarios y gastos del tribunal, hasta por la suma de tres millones trescientos veintiséis mil pesos (\$ 3.326.000) el saldo de seiscientos mil pesos (\$ 600.000) deberá ser pagado por Fiduciaria Central S.A.

—Fiducentral S.A.— al Dr. Antonio Pabón Santander, como honorarios de curaduría.

TERCERO. Una vez en firme el presente laudo, protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, D.C.

CUARTO. Ordénase expedir copia auténtica de este laudo a cada una de las partes.

Notifíquese,

Jaime Cabrera Bedoya, Presidente—Eduardo Zuleta Jaramillo, árbitro—José Octavio Zuluaga, árbitro—Leonardo David Beltrán Rico, Secretario.

De la providencia anterior quedaron notificados en la audiencia los señores apoderados de las partes, a quienes se entregaron copias auténticas del texto completo del presente laudo.

El tribunal fijó la fecha del 29 de marzo de 2004, a las 2:00 p.m., para la audiencia en que se resolverán las solicitudes de aclaraciones, correcciones y adiciones, si las hubiere.

Para constancia se firma el acta por quienes intervinieron en la audiencia.

Jaime Cabrera Bedoya, Presidente—Eduardo Zuleta Jaramillo, árbitro—José Octavio Zuluaga, árbitro—Leonardo David Beltrán Rico , Secretario.

Pablo Edgar Galeano Calderón, apoderado convocante—Antonio Pabón Santander, apoderado convocada.
