

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

**ROSALBA HERNANDEZ DE AGUDELO Y MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO
HERNÁNDEZ**

CONTRA

FIDUCIARIA CENTRAL S.A. (como vocera del patrimonio Autónomo
FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SANITAS), **PROMOTORA INMOBILIARIA
SANITAS LTDA. y COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS
S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013)

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre la **ROSALBA HERNÁNDEZ y MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO HERNÁNDEZ**, como parte convocante, y **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.** (como vocera del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SÁNITAS), **PROMOTORA INMOBILIARIA SÁNITAS LIMITADA y COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.**, como parte convocada, después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 446 de 1998, en el Decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, profiere el presente laudo arbitral con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral y en su contestación, previos los siguientes antecedentes y preliminares.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte convocante en este trámite arbitral está compuesta por:

- **ROSALBA HERNÁNDEZ DE AGUDELO**, quien actúa en nombre propio.
- **MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO HERNÁNDEZ**, quien actúa en nombre propio.

En este trámite arbitral la parte convocante está representada judicialmente por el abogado **SIMÓN ENRIQUE HERNÁNDEZ OSPINA**, de acuerdo con los poderes visibles a folios 11 a 14 del cuaderno principal No. 1, a quien se le reconoció personería en Auto No. 1 de fecha 22 de febrero de 2012.

La parte convocada está compuesta por:

- **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.** (como vocera del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SÁNITAS), sociedad anónima de economía mixta del orden departamental, sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, constituida mediante escritura pública No. 3271 del 20 de agosto de 1992 de la Notaría 15 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá. Dicha sociedad compareció a través del doctor **ALEJANDRO RESTREPO PÉREZ**, Representante Legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia¹.

En el presente trámite arbitral, la convocada estuvo representada inicialmente por la abogada **LINA ROCÍO GUTIÉRREZ TORRES**, a quien el tribunal le reconoció personería para actuar según consta en el auto No. 1. Posteriormente dicha apoderada sustituyó el poder con las

¹ Folios 67 a 69 del C. Principal No. 1.

mismas facultades que le fueron otorgadas, a la doctora **ANA MARÍA GARDEAZÁBAL FIGUEROA**, según consta en escrito que obra a folio 203 del cuaderno principal No. 1, abogada a quien el Tribunal le reconoció personería para actuar según consta en el Auto No. 4.

- **PROMOTORA INMOBILIARIA SÁNTAS LIMITADA**, sociedad comercial de carácter privado, constituida mediante escritura pública No. 2394 del 1 de julio de 2004 de la Notaría 30 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá. Dicha sociedad compareció a través del señor **FRANCK HARB HARB**, Representante Legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá².

En este trámite arbitral la parte convocada está representada judicialmente por la abogada **LINA ROCÍO GUTIÉRREZ TORRES**, de acuerdo con el poder visible a folio 62 del mismo cuaderno principal, a quien se le reconoció personería en Auto No. 1 de fecha 22 de febrero de 2012.

- **COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.**, sociedad anónima de carácter comercial, constituida mediante escritura pública No. 3815 del 10 de noviembre de 1980 de la Notaría 18 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá. Comparece a través del señor **GABRIEL ANDRÉS JIMÉNEZ SOTO**, Representante Legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

En el presente trámite arbitral, la convocada estuvo representada inicialmente por la abogada **LINA ROCÍO GUTIÉRREZ TORRES**, a quien el Tribunal le reconoció personería para actuar según consta en el Auto No. 1. Posteriormente dicha apoderada sustituyó el poder con las mismas facultades que le fueron otorgadas, en la doctora **IVONNE AUDREY RAMÍREZ TELLO**, según consta en escrito que obra a folio 245 del cuaderno principal No. 1, abogada a quien el Tribunal le reconoció personería para actuar según consta en el Auto No. 4.

² Folios 63 a 65 del C. Principal No. 1.

³ Folios 71 a 77 del C: Principal No. 1.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima Tercera del "*Encargo Fiduciario Primera Etapa del Proyecto de Vivienda ATIKA*" de fecha 31 de mayo de 2005, que a la letra dispone:

"VIGÉSIMO TERCERA: Diferencias y Arbitramento: Para solucionar cualquier diferencia que surja derivada de la celebración, ejecución o liquidación del presente contrato, las partes buscarán mecanismos de arreglo directo, tales como la negociación directa y la conciliación. En tal evento, las partes dispondrán de un término de quince (15) días calendario, contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud en tal sentido, el que podrá ser prorrogado por ellas mismas de común acuerdo.

*En el evento de no llegar a una solución de las diferencias, éstas se someterán a arbitramento. El tribunal de arbitramento estará conformado por un (1) árbitro designado por la Cámara de Comercio de Bogotá de ternas presentadas por las partes y la organización interna se regirá por las normas del Centro de Arbitraje y conciliación de la citada entidad. El árbitro fallará en derecho, y se regirá por lo dispuesto en las normas legales que regulen la materia."*⁴

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal de Arbitramento convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

1. Con fundamento en la Cláusula Compromisoria citada, el 10 de enero de 2012 la parte convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para dirimir las diferencias

⁴ Folios 1 a 10 del C. Principal No. 1.

existentes con Fiduciaria Central S.A., Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda. y la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.⁵

2. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria invocada como sustento de la convocatoria arbitral, el Tribunal debía conformarse por un árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Bogotá, de ternas presentadas por las partes. En audiencia celebrada el 18 de enero de 2012⁶, las partes presentaron sus ternas así:

Parte convocante:

José Octavio Zuluaga, Héctor Darío Arévalo Reyes y Mauricio Chávez Farías.

Parte Convocada:

Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Arango Mejía y María Luisa Mesa Zuleta.

3. El día 19 de enero de 2012, mediante la modalidad de sorteo público, de conformidad con lo establecido en la cláusula compromisoria, fue seleccionado como árbitro único el doctor José Octavio Zuluaga Rodríguez, quien aceptó su designación en la debida oportunidad.
4. El 22 de febrero de 2012, la parte convocante presentó un escrito de sustitución de la demanda.⁷

En la misma fecha, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento en la cual, mediante el Auto No. 1⁸, se declaró legalmente instalado y nombró como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien posteriormente, aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Árbitro único.

De igual forma, fijó como lugar de funcionamiento y secretaría la sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y reconoció personería a los apoderados de las partes.

⁵ Folios 1 a 14 del C. Principal No. 1.

⁶ Folios 60 a 61 y 79 del C. Principal No. 1

⁷ Folios 136 a 143 del C. Principal No. 1.

⁸ Folios 144 a 148 del C. Principal No. 1.

Adicionalmente el Tribunal requirió a la Parte Convocante para que en el curso de la misma audiencia, realizara el juramento estimatorio de la cuantía de las pretensiones, en los términos del artículo 10º de la Ley 1395 de 2010.

Acto seguido el apoderado de la convocante se pronunció sobre el requerimiento hecho por el Tribunal. Sin embargo, el Tribunal consideró que con las manifestaciones hechas por la parte convocante no se encontraba fundamentada de forma razonada la cuantía y por Auto No. 2 inadmitió la demanda y le otorgó un término de cinco días para que diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo 10º del ley 1395 de 2010.

5. El 28 de febrero de 2012, la parte convocante radicó un memorial, en el que, atendiendo el requerimiento del Tribunal, presentó la estimación de la cuantía de la demanda.⁹
6. El Tribunal, por Auto No.3¹⁰ (Acta No. 2), de fecha 2 de marzo de 2012, admitió la demanda y de ella y de sus anexos ordenó correr traslado a la parte convocada por el término legal de 10 días.
7. La notificación del auto admisorio de la Demanda a la Convocada se surtió el 16 de marzo de 2012, oportunidad en la que se corrió el traslado correspondiente.
8. El 2 de abril de 2012, en oportunidad para ello, las sociedades convocadas, en escritos separados, radicarón ante el Tribunal las respectivas contestaciones de la demanda, con formulación de excepciones.¹¹
9. El 12 de abril de 2012, mediante fijación en lista, se corrió el traslado de las excepciones propuestas en los escritos de contestación de la demanda. La parte convocante, en tres escritos independientes, recorrió el anterior traslado en tiempo, solicitando la práctica de pruebas adicionales.¹²

⁹ Folios 149 a 166 del C. Principal No. 1.

¹⁰ Folios 168 y 169 del C. Principal No. 1.

¹¹ Folios 176 a 245 del C. Principal No. 1.

¹² Folios 248 a 287 del C. Principal No. 1.

10. El 2 de mayo de 2012, se llevó a cabo a la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo alguno. En la misma fecha, mediante Auto No. 6, el Tribunal fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del proceso, las cuales fueron oportunamente entregadas al Árbitro Único por las partes.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

4.1. Primera audiencia de trámite

El 30 de mayo de 2012 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, en la que se dio lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, y adicionalmente, mediante Auto No. 7, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

En esa misma fecha, siguiendo el trámite previsto en la Ley, el Tribunal, mediante Auto No. 8, decretó las pruebas solicitadas por las partes.¹³

4.2. Etapa probatoria

4.2.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos aportados con (i) la demanda arbitral, (ii) la demanda arbitral sustituida, (iii) los memoriales presentados por la parte convocante el 12 de enero y el 28 de febrero de 2012, y (iv) con la contestación de la demanda presentada por Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda.

Adicionalmente se incorporaron al expediente los documentos que fueron entregados por algunos testigos en el transcurso de sus declaraciones, así como aquellos remitidos por las partes en relación con la inspección judicial realizada.

¹³ Folios 317 a 323 del C. Principal No. 1

4.2.2. Experticio

El documento aportado con la demanda (folios 59 a 93 del Cuaderno de Pruebas No. 1), denominado "*Avalúo Comercial Retroactivo a Mayo de 2005 – Local Comercial No. 06 Conjunto Residencial ATIKA, Etapa 1 Calle 23 No. 66 – 39 – Urbanización Ciudad Salitre Sur-Oriental Bogotá D.C.*" de fecha junio 29 de 2010, elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, fue decretado como un experticio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 del C.P.C, modificado por el artículo 18 de la ley 794 de 2003.

4.2.3. Testimonios

En audiencias celebradas el 11 de julio de mayo y el 10 de septiembre de 2012 se recibieron los testimonios y declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 11 de julio de 2012, se recibieron los testimonios de los señores John Alejandro Sánchez Talero y Paulo Andrés Flórez Parra.¹⁴
- El 10 de septiembre de 2012, se recibieron las declaraciones de parte de los señores Franck Harb Harb, representante legal de Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda., Bibiana Carrasco Carrillo, representante legal de la Fiduciaria Central S.A. y José María Del Castillo Angulo, representante legal de la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas S.A.¹⁵

La parte convocante desistió de la práctica del testimonio de la señora María Amparo Reyes de Hernández.

¹⁴ Folios 200 a 213 del C. Pruebas No. 1.

¹⁵ Folios 238 a 256 del C. Pruebas No. 1.

Así mismo, Fiducentral S.A. desistió de la práctica del interrogatorio de parte de la señora Rosalba Hernández de Agudelo, mientras que Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda. desistió de la práctica del interrogatorio de parte de la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández.

4.2.4. Inspección judicial con intervención de perito

El Tribunal decretó la práctica de una Inspección Judicial con intervención de perito experto en avalúos de bienes inmuebles, de acuerdo con lo solicitado por las partes, en el local No. 6, Torre 2, del Conjunto Residencial ATIKA Etapa 1, ubicado en la Calle 23 No. 66-39. La diligencia tuvo lugar el día 25 de julio de 2012.

4.2.5. Dictamen Pericial

Se practicó un dictamen pericial decretado de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por el perito **ÓSCAR BORRERO OCHOA** quien fue designado por el Tribunal.¹⁶ De dicho dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 238 del C.P.C., se corrió traslado a las partes, quienes dentro del término del traslado solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron respondidas en tiempo.¹⁷ El citado dictamen fue objetado por error grave por las sociedades integrantes de la parte convocada. De la objeción se corrió traslado a la parte convocante quien se pronunció solicitando que la misma fuera desestimada.

4.3. Alegatos de conclusión

Por encontrar que todas las pruebas decretadas fueron practicadas en forma oportuna, en audiencia celebrada el 1º de noviembre de 2012, las partes dejaron expresa constancia de su conformidad con la duración transcurrida del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas, la forma en que la totalidad de las pruebas fueron evacuadas y el pleno ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, todo sin perjuicio de las excepciones y alegaciones que sobre aspectos específicos hubiesen interpuesto en su oportunidad procesal.

¹⁶ Folios 153 a 189 del C. Pruebas No. 1.

¹⁷ Folios 214 a 236 del C. Pruebas No. 1.

De otra parte, el Tribunal, mediante Auto No. 19 de la misma fecha, decretó el cierre del periodo probatorio y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones.

El día 28 de noviembre de 2012, las partes alegaron de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.¹⁸

En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó como fecha para la audiencia de lectura del Laudo el día 30 de enero de 2013.

Posteriormente, el Tribunal mediante Auto No. 21 modificó la fecha anteriormente fijada, para que la audiencia de lectura del presente Laudo tuviera lugar el 20 de febrero de 2013 a las 2:00 p.m.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como quiera que las Partes no pactaron nada distinto, y al tenor de lo indicado en el Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991¹⁹, el término de duración del proceso es de seis (6) meses. Su cómputo se inició cuando finalizó la primera audiencia de trámite, es decir, el 30 de mayo de 2012, por lo cual el plazo previsto en la Ley vencería el 29 de noviembre de 2012. Sin embargo, a dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud de las Partes:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS HÁBILES
Acta No. 8 – Auto No. 13	Julio 12 a Julio 24 de 2012 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 9 – Auto No. 14	Julio 26 a Agosto 12 de 2012 (ambas fechas inclusive)	11

¹⁸ Folios 512 a 591 del C. Principal No. 1.

¹⁹ El Art. 19 del Decreto 2279 de 1989, según fue modificado por el Art. 103 de la Ley 23 de 1991, dice:

“Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.”

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS HÁBILES
Acta No. 8 – Auto No. 13	Julio 12 a Julio 24 de 2012 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 10 – Auto No. 15	Agosto 22 a Septiembre 9 de 2012 (ambas fechas inclusive)	13
Acta No. 11 – Auto No. 16	Septiembre 18 a Octubre 2 de 2012 (ambas fechas inclusive)	11
Acta No. 14 – Auto No. 19	Noviembre 2 a Noviembre 27 de 2012 (ambas fechas inclusive)	16
Acta No. 15 – Auto No. 20	Noviembre 29 de 2012 a Enero 29 de 2013 (ambas fechas inclusive)	41
TOTAL		100

En consecuencia, al sumarle los cien (100) días hábiles durante los cuales el proceso estuvo suspendido, el término vence el 26 de abril de 2013.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

CAPITULO SEGUNDO

LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda, la parte convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

1. “Que se declare rescindido por lesión enorme, el contrato referido celebrado mediante escritura pública No 4.601 del día 02 de Diciembre de 2.008 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá.
2. “Como consecuencia de tal declaración, se ordenen las restituciones mutuas en las que las demandadas deberán restituir la totalidad del precio recibido debidamente indexado a la fecha, concediéndole a la demandada para el pago un término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.
3. “Condénese a la parte demandada al pago de intereses bancarios corrientes sobre la suma liquidada al tenor del numeral 2 de este acápite de pretensiones según lo normado por el artículo 884 del código DE COMERCIO.”

4. "Se ordene la cancelación al folio de matrícula inmobiliaria, de la venta efectuada mediante escritura pública No 4.601 del día 02 de Diciembre de 2.008 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá.
5. "Se condene a la demandada al pago de las mejoras plantadas al inmueble en la cuantía determinada por el perito con la experticia.
6. "Se condene en costas a la parte demandada.

"PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. "Que se condene a la demandada a restituir el exceso del precio recibido, sobre el justo precio aumentado en una décima parte (art. 1948 C.C.), con los intereses bancarios corrientes desde el 2 de diciembre de 2008, fecha en la que se suscribió el contrato, concediéndole a la demandada para el pago un término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.
2. "Se condene a la demandada al pago de las mejoras plantadas al inmueble en la cuantía determinada por el perito con la experticia.
3. "Que se condene en costas del proceso a la demandada."

1.2. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los siguientes hechos:

1. "Mediante Escritura Pública No. 3292 del Cinco de Junio de 1.997 otorgada en la Notaria Primera del Circulo de Bogotá, se celebro entre la **COMPANIA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S. A.** en calidad de **FIDEICOMITENTE** y **FIDUCIARIA CENTRAL S. A.** en calidad de **FIDUCIARIA** un contrato de fiducia mercantil en virtud del cual se constituyo el patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SANITAS.** (Anexo la citada Escritura 3292).
2. "El día 31 de Mayo de 2.005, la señora **MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ,** firmo un ENCARGO FIDUCIARIO-PRIMERA ETAPA DEL PROYECTO DE VIVIENDA ATIKA (Anexo copia) Llamándosele dentro del mismo, **EL CONSTITUYENTE Y/O EL BENEFICIARIO DEL AREA;** dicho ENCARGO lo firmo con la **PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LIMITADA** y la **FIDUCIARIA CENTRAL S. A.** quien obraba en su condición de vocera del patrimonio autónomo denominado **FIDUCENTRAL FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SANITAS.**

3. "En su condición de Representante Legal de **PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LIMITADA**, firmo el señor **FRANCK HARB HARB**.
4. "En su condición de **FIDUCENTRAL FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SANITAS**, firmo **FARIDE ALFARO IBAGON** como Primer Suplente del Presidente de **FIDUCIARIA CENTRAL S. A.**
5. "El desconocimiento de la normatividad legal y su buena fé, llevaron a la señora **MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ**, a entender que lo que firmaba, era una **PROMESA DE COMPRAVENTA** de un bien inmueble, en donde la vendedora era **PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LIMITADA**.
6. "Aprovechándose de la Ingenuidad de la compradora y de su buena fe, ni el supuesto Representante Legal de la vendedora **PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LIMITADA**, ni la supuesta primer suplente del presidente de la **FIDUCIARIA CENTRAL S. A.** aportaron documento alguno que los acreditara como tajes y reiteradamente se negaron a asistir a firmar ese ENCARGO FIDUCIARIO ante un notario; escasamente, estamparon al final del mismo algunos rasgos grafológicos con su aparente firma.
7. "Al final (Último párrafo) de la cláusula PRIMERA, quedo establecido: **"Parágrafo: El presente contrato de Encargo fiduciario no constituye promesa de compraventa."**
8. "Mediante el documento **QUE NO ES PROMESA DE COMPRAVENTA** citado en el numeral 2º. de este mismo acápite, la señora **MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ**, pretendía adquirir un inmueble-local "...por cuenta y riesgo del beneficiario de dicho FIDEICOMISO esto es, **COMPANIA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S. A. sociedad con la que LA PROMOTORA contrato la promoción y construcción del proyecto A TIKA de que trata este contrato ... "**
9. "El inmueble que pretendía adquirir **MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ**, se distingue así: local número Seis (#6) Torre Dos (#2), que hace parte del Conjunto Residencial ATIKA Etapa 1- propiedad horizontal, que se desarrolla en el predio denominado supermanzana dos tres (SMII-3) ubicado en la Calle Veintitrés (23) Numero sesenta y seis-treinta y nueve (66-39) actual, antes calle veintidós B (22B) numero sesenta y seis treinta y nueve (66-39) de la nomenclatura urbana de Bogotá; LOCAL COMERCIAL No. 6 está ubicado en la planta del primer piso del CONJUNTO RESIDENCIAL ATIKA ETAPA 1, cuenta con un área privada de quince punto ochenta y uno metros cuadrados (15.81 M2) y diecinueve punto diez metros cuadrados (19.10 M2) de área construida, en los siguientes linderos especiales de conformidad con el plano PH-04. Sus linderos con muros estructurales y demás elementos al medio son **POR EL ORIENTE:** Partiendo del punto 2 en dirección occidente en línea quebrada en distancia de

uno punto setenta y cinco metros (1.75 mts.), de esta distancia hacia el sur tres punto ochenta y tres metros (3.83 mts.) al punto 3, lindando con zona común del CONJUNTO RESIDENCIAL ATIKA. **POR EL SUR:** Partiendo del punto 3 en línea quebrada hacia el occidente en distancia de dos punto setenta y cinco metros (2.75 mts.) al punto 4, lindando con el local comercial número 7. **POR EL OCCIDENTE:** Partiendo del punto 4 en línea recta hacia el norte en distancia de cinco metros (5.00 mts.) al punto 1, lindando con zona común del CONJUNTO RESIDENCIAL ATIKA. **POR EL NORTE:** Partiendo del punto 1 cerrando en línea quebrada con dirección al oriente en distancias sucesivas de cuatro punto cincuenta metros (4.50 mts.). de esta distancia hacia el sur uno punto dieciocho metros (1.18 MTS.) AL PUNTO 2, LINDANDO CON EL LOCAL COMERCIAL NUMERO 5. **NADIR:** Con placa de uso o servicio común que lo separa del sótano. **CENIT:** Con placa de uso o servicio común que lo separa del segundo piso. A este inmueble le corresponde la M. I. 50C-1715022; Es importante tener en cuenta, que estos linderos solo hacen parte del local comercial, toda vez que por mutuo acuerdo se excluyó de la venta, el garaje que entra a protocolizarse en una escritura pública totalmente diferente.

10. "El valor pactado por concepto del inmueble antes descrito, incluido el garaje, fue de \$303.609.600.00 (Trescientos tres millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.); excluido el garaje cuyo valor fue de \$15.000.000.00 (Quince millones de pesos M/cte.), queda entonces para el local comercial un valor de \$288.609.600.00 (Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.
11. "El día 26 de Diciembre de 2.005, mediante un CONTRATO DE CESION DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ENCARGO FIDUCIARIO, **MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ**, cede a favor de sus padres **ALFREDO DE JESUS AGUDELO MALDONADO y ROSALBA HERNANDEZ DE AGUDELO**, el 80% de los derechos y obligaciones contraídos en el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO suscrito el 31 de Mayo de 2.005. Este CONTRATO DE CESION DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ENCARGO FIDUCIARIO, es avalado por FIDUCIARIA CENTRAL S. A. y PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA. a través de sus representantes legales.
12. "Posteriormente, **MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNANDEZ y ALFREDO DE JESUS AGUDELO MALDONADO**, ceden sus derechos a la señora **ROSALBA HERNANDEZ DE AGUDELO**, quedando entonces esta última, como dueña del 100% de los derechos sobre el bien inmueble.
13. "Dueña ya doña **ROSALBA HERNANDEZ DE AGUDELO** del 100% de los derechos, acude a la firma de la Escritura Pública No. 4.601 del Dos de Diciembre de 2.008 otorgada en la Notaría 35 del Circulo de Bogotá; mediante la Escritura antes citada, se protocolizaba la compra del bien inmueble descrito en la cláusula 9ª de este mismo acápite. Esa Cesión de Derechos fue aceptada por las partes PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA. y COMPANIA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S. A. y es así como acuden a la firma de la

Escritura Pública atada.

14. "En la Escritura Publica 4.601, CLAUSULA QUINTA, se estipulo el precio del inmueble en la suma de \$288.609.600.00 (Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/Cte.), valor este que se cancelo toda vez que el Garaje se había desenglobado del compromiso inicial, es decir, ya no hacía parte de contrato alguno; en la actualidad, el garaje cuenta con Matricula Inmobiliaria propia y no hace parte del proceso que nos ocupa. En resumen, el precio del local que realmente nos ocupa y que se describió en la cláusula 9ª. de este mismo acápite. es la suma de \$288.609.600.00 (Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.)
15. "Al momento de la adquisición (Posteriormente y por cuenta de la hoy demandante se hizo un mezanine) se tiene entonces que el local tiene un área privada de 15.81 Mts² (Quince metros con Ochenta y un centímetros) y esa área fue adquirida por la adora (Según consta en la Esc. Publica 4601) en la suma de \$288.609.600.00 (Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.) lo que nos da un valor de \$18.254.876.66 (DIEZ Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON 66/100 m/CTE.) por metro cuadrado.
16. "El valor de las mejoras adelantadas (Mezanine) por la actora en el local, posterior a la compra, será determinado mediante experticia que en el acápite de las pruebas se solicitara.
17. "Las ventajas del local (Bien inmueble) adquirido y que fueron verbalmente ofrecidas por los vendedores, no llenaron las expectativas toda vez que aun hoy, seis años y medio después, los inmuebles aledaños al adquirido tales como los locales 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, **continúan desocupados.**
18. "Sobre planos, en el año 2.005, tres personas, entre ellas la hoy demandante, confiados de lo que sería la mejor inversión, adquirieron los locales 2, 6 Y 7; de un total de nueve locales, tres fueron vendidos sobre planos.
19. "Los locales 1, 3, 4, 5, 8 y 9 aun hoy seis años y medio después no han sido vendidos ni arrendados, lo que demuestra el fracaso del proyecto para los compradores respecto a los valores negociados.
20. "El local 7 está vendido, pero su propietario no ha podido arrendar o vender por su alto costo.
21. "El local 8 fue vendido pero su propietario prefirió perder las arras al comprobar que siguiendo con el negocio, el fracaso sería total, pues el alto costo del mismo no se justificaba con la realidad pues Cinco años después, lo ofrecido no aparece ni aparecerá.
22. "Preocupada doña **ROSALBA HERNANDEZ DE AGUDELO** de una inmensa

inversión y comprobados los sobre costos de los inmuebles en ese proyecto, decide entonces asesorarse de la **LONJA DE BOGOTA** a efectos que se le adelante al predio una experticia para determinar su valor real; esa experticia finalmente concluye que para el año 2.005, fecha de adquisición del predio, el inmueble solo podía valer \$115.413.000.00 (Ciento quince millones cuatrocientos trece mil pesos M/cte.) lo que da un valor real por metro cuadrado de \$7.300.000.00 (Siete millones trescientos mil pesos por M2.

23. "Si se toma entonces el valor pagado por el predio en al año 2.005 (\$288.609.600.00 Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.), y se compara con la EXPERTICIA (\$115.413.000.00 Ciento quince millones cuatrocientos trece mil pesos *M/cte.*), se comprueba entonces que se pago por el inmueble MAS DEL DOBLE de su valor real, configurándose así, la **LESION ENORME**.

24. "Esa **LESION ENORME** queda demostrada no solamente con la experticia relacionada en el numeral anterior, sino también con el Avalúo Catastral (**Año 2.010**) del predio con M.I. 50C-1715022, avalúo que esta por un valor de \$71.619.000.00 (Setenta y un millones seiscientos diez y nueve mil pesos M/CTE.), es decir, que según el avalúo catastral, el valor por metro cuadrado, seria para el año 2.010 de \$4.529.981.024 (Cuatro millones quinientos veintinueve mil novecientos ochenta y un mil pesos con 24/100 M/CTE.)

25. "Si se toma la práctica de tos avalúos de bienes inmuebles para efectos legales, es decir que se parte del avalúo Catastral y al valor del mismo se le suma un 50% adicional, se tendrá entonces que:

"AVALUO CATASTRAL Año 2.010.....	\$ 71.619.000.00
.. 50% más sobre el avalúo catastral.....	\$ 35.809.500.00
Total Avalúo	\$107.428.500

"AVALUO CATASTRAL Año 2.011.....	\$ 73.228.000.00
50% más sobre el avalúo catastral.....	\$ 36.614.000.00
Total Avalúo.....	\$109.842.000

26. "Ese avalúo catastral (Año 2.010), aumentado en un 50% que da un total de \$107.428.500.00., es similar al avalúo adelantado por la lonja que determina que para el momento de la compra (Año 2.005), el valor del predio era de (\$115.413.000.00 Ciento quince millones cuatrocientos trece mil pesos M/cte.) nos permite determinar entonces que para el año 2.010, el predio, contrario a aumentar su valor, HA DECRECIDO.

"Igualmente, el avalúo catastral (Año 2.011) aumentado en un 50% da un total de \$109.842.000.00 que comparado con el avalúo de la lonja, sigue demostrando que aun hoy, transcurridos **SEIS AÑOS Y MEDIO** desde el momento de la adquisición inicial, el valor total der inmueble ni siquiera alcanza el 50% del valor por el pagado teniendo en cuenta que el precio del bien (Ya

pagado), fue de \$288.609.600.00 (Doscientos ochenta y ocho millones seiscientos nueve mil seiscientos pesos M/cte.

27. "Es importante aclarar al despacho que sí bien la negociación del predio se dio el día 31 de Mayo de 2.005 y no existió jamás promesa de compraventa alguna, solo hasta el 02 de Diciembre de 2.008, se protocolizo mediante Escritura Pública, la venta, entendiéndose entonces que esa fue la fecha en que se firmo el contrato. (Art. 1.954 del Código Civil.)

28. "La jurisprudencia es clara respecto a que: **"La prescripción de la acción rescisoria por lesión enorme se cuenta desde la fecha del contrato, es decir, desde la fecha de la escritura de venta, no desde la fecha del registro de esta escritura."** (Cas., 23 Septiembre 1.918. XXVII, 77). En el caso que nos ocupa, la escritura pública se otorgo el 02 de Diciembre de 2.008 por lo que a la fecha de presentación de esta solicitud de arbitramento no han transcurrido ni siquiera tres años.

"El Art. 1954 del C. Civil, establece: '**La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato.'**"

1.3. La contestación de la demanda por parte de FIDUCIARIA CENTRAL S.A. y formulación de excepciones

Frente a las pretensiones aducidas, FIDUCIARIA CENTRAL S.A. se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. Inexistencia de responsabilidad de la Fiduciaria por ausencia de obligación contractual insoluta.
2. Cumplimiento de todas las obligaciones exigibles a la Fiduciaria (Patrimonio Autónomo Ciudad Sanitaria Sanitas), encontrándose a paz y salvo por todo concepto.
3. Inexistencia de la lesión enorme en el encargo fiduciario por falta de los presupuestos legales.
4. Naturaleza aleatoria del encargo fiduciario no permite aplicar la lesión enorme.

5. Los recursos entregados por el beneficiario de área corresponden a una inversión aleatoria.
6. Falta de legitimación por activa respecto de la convocante Mónica María Anne Agudelo Hernández.
7. Falta de legitimación en la causa por pasiva.
8. Excepción genérica.

1.4. La contestación de la demanda por parte de PROMOTORA INMOBILIARIA SÁNITAS LIMITADA y formulación de excepciones

Frente a las pretensiones aducidas, PROMOTORA INMOBILIARIA SÁNITAS LIMITADA se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. Inaplicabilidad de las normas de la lesión enorme al negocio fiduciario.
2. El encargo fiduciario es un contrato aleatorio por lo que en dicha clase de contrato no se aplica la lesión enorme.
3. El contrato de fiducia es un contrato de naturaleza jurídica diferente al contrato de compraventa.
4. Los recursos entregados por el beneficiario de área corresponden a un valor previamente determinado para la inversión.
5. Improcedencia de la acción rescisoria por lesión enorme en el encargo fiduciario, máxime si la acción se encuentra prescrita.
6. Falta de legitimación por activa en cuanto corresponde a la demandante, señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández.
7. Falta de legitimación por pasiva en cuanto corresponde a la convocada, Promotora Inmobiliaria Sánitas.

1.5. La contestación de la demanda por parte de COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. y formulación de excepciones

Frente a las pretensiones aducidas, COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. se opuso a todas y cada una de ellas. Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, en un planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el ánimo de enervar las pretensiones de la demanda:

1. Inexistencia del negocio jurídico de compraventa de bien inmueble.
2. Improcedencia de la institución lesión enorme en el contrato de encargo fiduciario.
3. Confesión acerca de que se suscribió un encargo fiduciario, y que no se suscribió una promesa de compraventa, a través de la aplicación de la figura de la confesión judicial por apoderado.
4. El encargo fiduciario es un contrato aleatorio, por lo que en este tipo de contrato no se aplica la institución de la lesión enorme.
5. Escogencia residual de la acción rescisoria por lesión enorme, a pesar de que esta no procede en los contratos de fiducia mercantil.
6. Excepción genérica.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están dados. En efecto, tanto las personas naturales que componen la parte convocante, como las personas jurídicas convocadas son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir. En efecto, de conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, FIDUCIARIA CENTRAL S.A. es una sociedad anónima de economía mixta del orden departamental, legalmente existente, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá; PROMOTORA INMOBILIARIA SÁNTAS LIMITADA es una sociedad comercial de carácter privado, legalmente existente, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá; y la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. es una sociedad anónima de carácter privado, legalmente existente, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá. Igualmente, los representantes legales de las sociedades convocadas son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes, y las dos partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante Auto No. 7 proferido en la Primera Audiencia de Trámite que tuvo lugar el día 30 de mayo de 2012, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir; que el pacto arbitral reunía los requisitos legales y que, en consecuencia, el Tribunal es competente para tramitar y decidir el litigio.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO CUARTO

CONSIDERACIONES

De conformidad con el principio de congruencia, consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual la decisión que se adopte en sede jurisdiccional, al dirimir un conflicto, debe estar limitada por las pretensiones del convocante, las excepciones de los demandados y los hechos en

que se funden unas y otras,²⁰ el presente asunto se centra en el establecimiento de si es procedente o no rescindir por lesión enorme el acto jurídico contenido en la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008 elevada ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá.

De antemano se registra que, si bien del libelo demandatorio se desprenden aseveraciones que más podrían encausar pretensiones resciliatorias diferentes, lo cierto es que la concreción de las pretensiones impide que el asunto decidido se sustraiga de la figura específica de la lesión enorme, es decir, no puede tratar asuntos no pedidos; ni siquiera acudiendo a una prudente interpretación de la demanda como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia para casos particulares, sin comprometer el derecho de defensa de las sociedades convocadas, ni violar precisamente el principio de la congruencia.

Dadas las anteriores consideraciones que definen el *thema decidendum*, de entrada se avizora que hay una excepción de fondo, propuesta de manera común por las convocadas aun cuando con diferentes nominaciones, que de prosperar sería suficiente para descartar todas las pretensiones de la demanda, por lo que, a la luz de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, se procederá a un pronunciamiento que resuelve la totalidad del tema contenido en tal excepción.²¹

La excepción en comento fue denominada “*inexistencia de la lesión enorme en el encargo fiduciario por falta de los presupuestos legales*” por parte de Fiduciaria Central S.A., “*inaplicabilidad de las normas de la lesión enorme al negocio fiduciario*”, por parte de Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda., e “*Improcedencia de la institución lesión enorme en el contrato de encargo fiduciario*”, por parte de la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas S.A.

²⁰ Sin perjuicio del deber del Juez de declarar de oficio las excepciones que estén debidamente probadas, excepto las de prescripción, compensación y nulidad relativa (art. 306 del Código Civil).

²¹ Es prudente mencionar que, si bien el artículo 282 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) el cual no aplica al presente tribunal, la citada disposición modifica la manera como se deben resolver las excepciones en el entendido que, de haber una excepción que de lugar a descartar todas las pretensiones, el operador jurídico ya no tiene la facultad de pronunciarse sobre las demás sino que obligatoriamente debe limitarse a la que así prospera. Se comparte la teleología de la disposición en cuanto al dinamismo de la justicia, la economía procesal, la mayor facilidad de ubicación de la *ratio decidendi* para efectos de interpretación jurisprudencial y el bienhechor efecto de impartir justicia y no hacer tratados en las providencias judiciales.

La antedicha excepción común (con diverso nombre) apunta en el mismo sentido: determinar que en Colombia, la lesión enorme es una figura jurídica de carácter excepcional y restrictivo, que sólo tiene cabida en los contratos específicamente determinados por el legislador.

No obstante como fue anunciado y de conformidad con el principio de publicidad, la argumentación que sustenta la decisión se limita a precisar la excepción que da lugar a desestimar íntegramente las pretensiones de la demanda. Por otra parte, resulta útil establecer la legitimidad en la causa tanto por activa como por pasiva, habida consideración de ser temas objeto de discusión en el trámite del proceso arbitral.

En efecto, en relación con la falta de legitimación por activa y pasiva, si bien no se trata de excepciones llamadas a prosperar, curiosamente por su falta de mérito merece que sean analizadas, pues implica la determinación de si la parte demandante es la titular del derecho que reclama (independientemente de su vocación de prosperidad) y si las sociedades convocadas son las que, en sentido abstracto, estarían llamadas a soportar los designios de la decisión, favorable o no, dada la relación jurídico sustancial que subyace a la relación jurídico procesal.

Lo anterior, con relación a los efectos materiales de la cosa juzgada del laudo, hace prudente y necesario el pronunciamiento sobre tales excepciones, sin que por ello se desconozca que, en línea de principio, una vez verificada la existencia de alguna excepción con aptitud de desestimar todas las pretensiones de la demanda, la buena técnica aconseje someter la parte considerativa del laudo a esa específica excepción.

1. EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA RESPECTO A LA DEMANDANTE MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO HERNÁNDEZ

Al contestar la demanda arbitral, tanto Fiduciaria Central S.A. como Promotora Inmobiliaria Sánitas Limitada propusieron excepción de la falta de legitimación por activa respecto de la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández, demandante en este proceso. Aunque cada una de las convocadas presentó su

propio escrito de contestación de demanda, el texto de las excepciones relativas a la falta de legitimación por activa es muy similar en los dos casos incluyendo similares argumentos para sustentar dicha excepción.

Las partes citadas se refieren al hecho de que la señora Agudelo Hernández cedió los derechos y obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario, por lo que, aun partiendo de la base de que la acción de lesión enorme fuere procedente, la mencionada demandante no estaba legitimada para reclamar derechos derivados del encargo fiduciario.

Fiduciaria Central propuso una excepción que denominó "Falta de legitimación por activa respecto de la convocante Mónica María Anne Agudelo Hernández", en la que, tomando como fundamento los artículos 1947 y 1948 del Código Civil, asegura que la persona mencionada *"no ostenta la condición de propietaria o titular del derecho de dominio sobre los inmuebles transferidos a título de BENEFICIO DE ÁREA en cumplimiento del Encargo Fiduciario celebrado el 31 de mayo de 2005."*²²

Como sustento de su planteamiento se refiere a dos contratos de cesión firmados por la señora Agudelo Hernández. En primer lugar, hace alusión al Contrato de Cesión de Derechos y Obligaciones de Encargo Fiduciario celebrado el 26 de diciembre de 2005, en el cual, según afirma, la señora Agudelo Hernández cedió el ochenta por ciento (80%) de los derechos y obligaciones contraídos en virtud del contrato de encargo fiduciario objeto del presente trámite arbitral a los señores Alfredo de Jesús Agudelo Maldonado y Rosalba Hernández de Agudelo. En segundo lugar, se refiere a una nueva cesión ocurrida el 20 de octubre de 2006, en la que *"los señores Mónica Marie Anne Agudelo Hernández y Alfredo de Jesús Agudelo Maldonado cedieron a ROSALBA HERNÁNDEZ DE AGUDELO el ciento por ciento (100%) de los derechos y obligaciones que a cada uno correspondían en el Contrato de Encargo Fiduciario celebrado el 31 de mayo de 2005."*²³

En adición a lo anterior Fiduciaria Central afirma que en la demanda arbitral se reconoce expresamente que la señora Agudelo Hernández, quien aparece como demandante, cedió la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del

²² Folio 197 del C. Principal No. 1.

²³ Folio 198 del C. Principal No. 1

contrato de encargo fiduciario objeto del presente litigio. Como soporte de lo anterior se menciona el hecho número doce de la demanda, donde se afirma que,

*"12. Posteriormente, MÓNICA MARIE ANNE AGUDELO HERNÁNDEZ y ALFREDO DE JESUS AGUDELO MALDONADO, ceden sus derechos a la Señora ROSALBA HERNÁNDEZ DE AGUDELO quedando entonces esta última, como dueña del 100% de los derechos sobre el bien inmueble."*²⁴

A partir de lo anterior, Fiduciaria Central concluye que la señora Agudelo Hernández carece de legitimación en la causa para demandar, toda vez que cedió los derechos y obligaciones derivados del contrato de encargo fiduciario, los cuales se encuentran en forma exclusiva en cabeza de la señora Rosalba Hernández de Agudelo, también demandante dentro del presente trámite arbitral.

De su lado, Promotora Inmobiliaria Sánitas propuso una excepción denominada "Falta de legitimación por activa en cuanto corresponde a la demandante, señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández", donde expone exactamente los mismos argumentos utilizados por Fiduciaria Central, llegando así a la conclusión de que la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández carece de legitimación en la causa para reclamar el reconocimiento de derechos económicos derivados del contrato de encargo fiduciario.

La convocante, al pronunciarse sobre las excepciones que se analizan reconoce que, efectivamente, la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández cedió los derechos y obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario, pero afirma que "NO RENUNCIO al derecho de excepcionar, esto es al derecho de réplica"²⁵ por lo que considera que "*para ejercer ese derecho, obligatoriamente debía vincularse a la demanda que se presentó.*"²⁶

El argumento se sustenta con la mención del artículo 1964 del Código Civil, que establece que la cesión de un crédito no traspasa las excepciones personales del cedente, y a partir del mismo, en la demanda se concluye que la excepción no

²⁴ Folio 138 del C. Principal No. 1.

²⁵ Folio 266 del C. Principal No. 1.

²⁶ Folio 266 del C. Principal No. 1.

debe prosperar, toda vez que la señora Agudelo Hernández sí estaba legitimada para interponer la demanda.

Ahora bien, le corresponde al Tribunal determinar si efectivamente la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández carece de legitimación en la causa para reclamar el reconocimiento de los derechos económicos derivados del contrato de encargo fiduciario objeto del presente trámite arbitral.

En primer lugar, resulta de vital importancia recordar lo que se ha entendido jurisprudencialmente por falta de legitimación. Así, en sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, se dijo lo siguiente:

"La legitimación en la causa, es asunto propio del derecho sustancial, que no procesal, constituyendo uno de los presupuestos de la acción que guarda relación directa con la pretensión del demandante, y específicamente con una sentencia favorable a la misma. Esta es en el demandante, la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca; y en el demandado, la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa."²⁷

En ese orden de ideas, se hace necesario resaltar que estará legitimado en la causa por activa quien ostente la condición de titular del derecho subjetivo invocado en la demanda; en este caso, están legitimados los titulares de los derechos económicos derivados de los contratos objeto del presente trámite.

En el caso que ocupa al Tribunal, ha de partirse de lo afirmado en el hecho doce de la demanda arbitral, donde se reconoce expresamente que la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato de encargo fiduciario se encuentran en cabeza de la señora Rosalba Hernández, y que también se encuentran bajo su exclusiva titularidad los derechos derivados de la transferencia que se materializó en virtud de la suscripción de la escritura pública No. 4.601 otorgada el 2 de diciembre de 2008 y su posterior inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Si bien el Tribunal no puede dejar de lado la afirmación contenida en el hecho 12 de la demanda citado, y considerar que se trata de una confesión, para el análisis de la materia resulta esencial remitirse a los contratos en los que, según las

²⁷ Tribunal Superior del Distrito Civil de Bogotá D.C., Sala Civil, Sentencia del 4 de Agosto de 2010.

convocadas, la señora Agudelo Hernández cedió los derechos y obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario. El primero de los contratos que hay que analizar es el denominado "CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ENCARGO FIDUCIARIO" celebrado el 26 de diciembre de 2005, donde los señores Alfredo de Jesús Agudelo Maldonado y Rosalba Hernández de Agudelo aparecen como cesionarios. La cláusula segunda de dicho contrato dispone:

*"SEGUNDA: MONICA MARIE ANNE AGUDELO HERNÁNDEZ en su calidad de CEDENTE por medio del presente escrito CEDE el ochenta por ciento (80%) de los derechos y obligaciones contraídos en el contrato de encargo fiduciario suscrito el día treinta y uno (31) de mayo de 2.005 a favor de los CESIONARIOS."*²⁸

A su vez, en la cláusula segunda del denominado "CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ENCARGO FIDUCIARIO" celebrado el 20 de octubre de 2008, la señora Rosalba Hernández de Agudelo aparece como única cesionaria, y en tal acuerdo se pactó lo siguiente:

"SEGUNDA: MONICA MARIE ANNE AGUDELO y ALFREDO DE JESÚS AGUDELO MALDONADO en su calidad de CEDENTE por medio del presente escrito CEDEN el cien por ciento (100%) que les corresponde, de los derechos y obligaciones contraídas en el contrato de encargo fiduciario suscrito el día treinta y uno (31) de mayo de 2.005 a favor de EL CESIONARIO."²⁹

Analizadas las estipulaciones contenidas en los contratos de cesión de derechos y obligaciones derivadas del encargo fiduciario, resulta evidente que la señora Agudelo Hernández cedió la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario a la par que lo hizo el segundo titular, con lo cual la titularidad de los mismos quedó, en forma única y exclusiva, en cabeza de la señora Rosalba Hernández de Agudelo, siendo entonces esta persona la única legitimada en la causa para interponer la demanda arbitral que mediante este laudo se resuelve.

²⁸ Folio 37 del C. de Pruebas No. 1.

²⁹ Folio 39 del C. de Pruebas No. 1.

Ahora bien, el Tribunal considera necesario referirse a lo establecido en el artículo 1964 del Código Civil, norma a la que ha recurrido la parte convocante y a partir de la cual afirma que, no obstante haber cedido los derechos y obligaciones derivados del contrato de encargo fiduciario, la señora Agudelo Hernández conserva el derecho a excepcionar, lo que la lleva a actuar como demandante legitimidad en este proceso.

El mencionado artículo dispone que: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente."

Sobre el particular, en sentencia de 12 de septiembre de 1950, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que:

"(...) la cesión de un crédito transmite todo lo que constituya la realidad del crédito mismo y tenga conexión con él: la fianza, privilegios e hipotecas, la acción ejecutiva de que esté revestido el acreedor primitivo, la acción resolutoria que le corresponde al mismo, y, en general, cuanto pertenezca al crédito en cabeza del cedente, de quien el cesionario es un verdadero sucesor. Lo único que no transfiere la cesión son las excepciones personales del cedente."³⁰

Por su parte, por vía doctrinaria se ha establecido que:

"Con sano criterio doctrinario, tratadistas nacionales y extranjeros, especialmente chilenos, han criticado el tenor de ese vocablo por no corresponder a los propósitos y fines normativos que regula dicho artículo. No se trata de excepciones personales, que serían, así, medios de defensa a favor del cedente y que como tal no los tiene, ya que los instrumentos exceptivos no están reglamentados en beneficio del titular de un activo, sino a favor del deudor cuando le asiste derecho para alegarlo. Simplemente hay que entender que no se traspasan las exenciones personales del cedente, es decir de las ventajas y beneficios que la ley les confiere a ciertos titulares de créditos."³¹ (Subraya fuera de texto)

³⁰ M. P. Pedro Castillo Pineda. Gaceta Judicial LXVIII. Páginas 55 a 63.

³¹ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2008. P. 372

En ese sentido, es dable afirmar que la cesión de un crédito no traspasa al cesionario las ventajas o beneficios que la ley confiere a ciertos titulares de créditos, pues estas ventajas o beneficios encuentran su fundamento en la persona misma que es titular del crédito. Sin embargo ello nada tiene que ver con medios de defensa que tendría en condición de deudor, circunstancia que no se presenta en el presente caso.

Visto lo anterior, para el Tribunal no es de recibo el argumento de la convocante según el cual la señora Agudelo Hernández, en virtud de lo establecido en el artículo 1964, está legitimada para ejercer su derecho de réplica, *pues como ya fue puesto en evidencia, dicha norma no tiene el alcance que pretende darle la convocante.*

Para el Tribunal resulta entonces claro que la señora Mónica Marie Anne Agudelo Hernández hizo parte del contrato de encargo fiduciario objeto del presente litigio, pero cedió su posición en el mismo mediante los contratos de cesión antes mencionados, *circunstancia de hecho que expresamente se reconoce en la demanda.*

Por lo expuesto el Tribunal concluye que la señora Rosalba Hernández de Agudelo es la única legitimada para *actuar como demandante en el presente trámite arbitral.*

Con base en lo anteriormente expuesto, las excepciones propuestas por Fiduciaria Central y Promotora Inmobiliaria Sánitas, referidas a la falta de legitimación en la causa por activa en cuanto a la señora Mónica Marie Agudelo Hernández están llamadas a prosperar, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este Laudo. En consecuencia la señora Rosalba Hernández de Agudelo ha de tenerse como única integrante de la parte convocante en el presente trámite arbitral.

2. EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

2.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva

De otro lado, al contestar la demanda arbitral, tanto Fiduciaria Central como Promotora Inmobiliaria Sánitas propusieron una excepción relacionada con la

falta de legitimación en la causa por pasiva. Le corresponde pues al Tribunal analizar si dichas sociedades, convocadas dentro del presente trámite arbitral, están legitimadas por pasiva, o si por el contrario, tal como ellas lo afirman, no lo están.

a. Respetto a Fiduciaria Central S.A.

En su escrito de contestación a la demanda arbitral, Fiduciaria Central propuso una excepción que denominó "Falta de legitimación en la causa por pasiva", en la que resalta que en este caso no es factible que Fiduciaria Central sea quien esté llamada a responder, pues considera que:

"En la escritura pública contentiva del marco jurídico del negocio de fiducia mercantil inmobiliaria claramente, se expresó que, los desarrollos, construcciones y demás obras que realice en los predios fideicomitidos son de exclusiva responsabilidad del fideicomitente, dejando claramente señalado que FIDUCIARIA CENTRAL S.A. EN NINGÚN MOMENTO SERÍA RESPONSABLE; lo que indica, en primer lugar, que cualquier pretensión relacionada debería dirigirse contra otras personas jurídicas diferentes".³²

Adicionalmente, asegura que con las pruebas aportadas en la demanda no se ha logrado acreditar el incumplimiento por parte de Fiduciaria Central, por lo cual se hace evidente que dicha sociedad no omitió ninguno de los compromisos adquiridos en virtud del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria y atendió las instrucciones impartidas para el correcto manejo del patrimonio autónomo.

Posteriormente en los alegatos de conclusión presentados al Tribunal, Fiduciaria Central retoma los argumentos iniciales y resalta que la Fiduciaria no concurre a la litis a nombre propio como gestora del patrimonio, sino que lo hace representando el patrimonio autónomo. Así, cita el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio, donde se establece que le corresponde a la fiduciaria llevar la personería jurídica del patrimonio autónomo en las actuaciones procesales de orden administrativo o jurisdiccional necesarias para proteger los bienes que lo conforman.

³² Folio 199 del C. Principal No. 1.

Lo antes expuesto lleva a Fiduciaria Central a concluir que *"los supuestos hechos generadores de la lesión enorme alegada no le son imputables a FIDUCIARIA CENTRAL, como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO CIUDAD SANITARIA SÁNITAS, sino que por el contrario estarían relacionados con obligaciones que nunca estuvieron a su cargo."*³³

Al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por Fiduciaria Central, la convocante asegura que la excepción relativa a la falta de legitimación por pasiva no es más que una manera de eludir responsabilidad y endilgársela a la parte actora. Resalta que el denominado encargo fiduciario reúne todas las características de un contrato de promesa de compraventa, y transcribe los requisitos de existencia de dicho contrato. Así mismo, afirma que basta con mirar la escritura pública número 4601, *"por medio de la cual LAS TRES DEMANDADAS transfieren la propiedad del inmueble objeto de la lesión enorme que nos ocupa"*³⁴, para concluir que Fiduciaria Central sí está legitimada en la causa por pasiva.

En sus alegatos de conclusión la convocante resalta nuevamente el hecho de que las tres sociedades demandadas firmaron la escritura objeto de litigio, por lo cual, asegura, *"basta revisar quienes concurrieron a la firma de la escritura 4601 por medio de la cual transferirían la titularidad del bien."*³⁵ En esa medida, afirma que la parte actora debía demandar a todos los que intervinieron en el negocio jurídico objeto del presente litigio. Agrega que si aún persistieren dudas sobre la legitimación en la causa por pasiva respecto de Fiduciaria Central, resulta necesario remitirse a lo dicho por las demandadas en el escrito de objeción al dictamen pericial por error grave, pues considera que a partir de lo allí establecido se puede concluir con toda seguridad que Fiduciaria Central es la titular del derecho de dominio de ciertos locales comerciales, lo que, a su juicio, permite confirmar que está legitimada en la causa por pasiva.

b. Respecto a Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda.

Al contestar la demanda, Promotora Inmobiliaria Sánitas propuso la excepción de "Falta de legitimación por pasiva en cuanto corresponde a la convocada,

³³ Folio 533 del C. Principal No. 1.

³⁴ Folio 267 del C. Principal No. 1.

³⁵ Folio 563 del C. Principal No. 1.

Promotora Inmobiliaria Sánitas” donde resalta el hecho de que ella estaba encargada de la promoción, construcción y comercialización del proyecto inmobiliario ATIKA, por lo cual no está llamada a responder en el presente trámite arbitral.

Considera que su participación en el negocio jurídico objeto de litigio *"se enmarca en las actividades que permitan la ejecución, desarrollo y comercialización del proyecto, acordes con las instrucciones específicas que le fueron dadas por el CONSTITUYENTE y BENEFICIARIO del proyecto CIUDAD SANITARIA SANITAS, la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA SANITAS a través de su representante legal."*³⁶

De esa manera, asegura que en ningún momento ha tenido la calidad de constituyente o beneficiario del fideicomiso Ciudad Sanitaria Sánitas, por lo cual no se beneficia de los rendimientos del proyecto. Por el contrario, resalta que a pesar de no tener la calidad de titular del derecho de dominio del inmueble transferido y de no recibir ninguna suma de dinero con ocasión de dicha transferencia, y siguiendo las instrucciones dadas por la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas, Promotora Inmobiliaria Sánitas suscribió tanto el contrato de encargo fiduciario como la transferencia a título de beneficio plasmada en la Escritura Pública número 4601 del 2 de diciembre de 2008.

Con base en lo anterior, concluye que no es ella la llamada a responder por las pretensiones invocadas por las convocantes, *"pues su participación se suscribe al cumplimiento de las instrucciones emitidas por la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas"*.³⁷

En adición a lo anterior, en sus alegatos de conclusión Promotora Inmobiliaria Sanitas retoma los anteriores argumentos, resaltando una vez más que su rol estaba limitado a cumplir *"las instrucciones emitidas por la **COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS**, conforme a la comunicación de fecha 23 de noviembre de 2004, que se encuentra aportada al proceso."*³⁸ Afirma que *"En la medida que la legitimación en la causa por pasiva se predica de quien es llamada responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación relativa, y en*

³⁶ Folio 223 del C. Principal No. 1.

³⁷ Folio 223 del C. Principal No. 1.

³⁸ Folio 560 del C. Principal No. 1.

*el presente caso, como se ha explicado, la sociedad **PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA**, no es la llamada a responder”³⁹.*

Al recorrer el traslado de las excepciones, la parte convocante argumentó que *“basta mirar el CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO y la Escritura Pública 4601 tantas veces citada y que obra en el proceso, para determinar de primera mano que si hizo parte de la negociación”⁴⁰.*

Para el análisis de la materia el Tribunal considera necesario recordar lo dicho por el Tribunal Superior de Bogotá, al referirse a la legitimación en la causa, *en el sentido de que “es en el demandante, la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca; y en el demandado, la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa.”⁴¹*

Así las cosas, estará legitimado en la causa por pasiva quien ostente la calidad de deudor en las obligaciones reclamadas por la parte actora, quien, a su vez debe ser titular del derecho subjetivo invocado en la demanda.

En este caso particular están legitimados quienes se encuentren obligados frente a la parte convocante en virtud del contrato de encargo fiduciario “Primera Etapa del Proyecto Atika” y/o de la transferencia de dominio a título de beneficio en fiducia que consta en la Escritura Pública número 4601 de fecha 2 de diciembre de 2008.

En ese orden de ideas, el Tribunal se remite, en primer lugar, al texto del encargo fiduciario objeto del presente trámite, contrato que aparece firmado, tal y como lo resalta en repetidas oportunidades la parte convocante, por Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Ciudad Sanitaria Sánitas y por Promotora Inmobiliaria Sánitas como sociedad encargada de adelantar la construcción del proyecto inmobiliario Atika.

Adicionalmente, en la Escritura Pública número 4601, otorgada en la Notaría treinta y cinco del Círculo de Bogotá, relativa a la transferencia de dominio a título de beneficio en fiducia, aparecen como otorgantes tanto Fiduciaria Central,

³⁹ Folio 560 del C. Principal No. 1.

⁴⁰ Folio 286 del C. Principal No. 1.

⁴¹ Tribunal Superior del Distrito Civil de Bogotá D.C., Sala Civil, Sentencia del 4 de Agosto de 2010.

como vocera del mencionado patrimonio autónomo y Promotora Inmobiliaria Sánitas, además de la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas y de otro lado, la señora Rosalba Hernández de Agudelo.

Lo anterior, es evidente que en el negocio jurídico objeto de la presente controversia intervinieron las tres sociedades que fueron convocadas en la demanda arbitral. Así, resulta claro que Fiduciaria Central, como vocera del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Ciudad Sanitaria Sánitas, y Promotora Inmobiliaria Colsanitas, están legitimadas en la causa por pasiva, toda vez que intervinieron en los negocios que son fuente de las obligaciones que se reclaman en las pretensiones contenidas en la demanda presentada por la parte convocante.

Con base en lo anteriormente expuesto, las excepciones propuestas por Fiduciaria Central y Promotora Inmobiliaria Sánitas, referidas a la falta de legitimación por pasiva no están llamadas a prosperar, tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

3. EXCEPCIÓN DE “INEXISTENCIA DE LA LESIÓN ENORME EN EL ENCARGO FIDUCIARIO POR FALTA DE LOS PRESUPUESTOS LEGALES” POR PARTE DE FIDUCIARIA CENTRAL S.A., “INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE LA LESIÓN ENORME AL NEGOCIO FIDUCIARIO”, POR PARTE DE PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA., E “IMPROCEDENCIA DE LA INSTITUCIÓN LESIÓN ENORME EN EL CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO”, POR PARTE DE LA COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A.

Como se estableció en la parte introductoria del presente capítulo, las excepciones denominadas “*inexistencia de la lesión enorme en el encargo fiduciario por falta de los presupuestos legales*” por parte de Fiduciaria Central S.A., “*inaplicabilidad de las normas de la lesión enorme al negocio fiduciario*”, por parte de Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda., e “*Improcedencia de la institución lesión enorme en el contrato de encargo fiduciario*”, por parte de la Compañía de Medicina Prepagada Colsánitas S.A., tienen un sustrato argumentativo común,

relacionado con el carácter excepcional y restrictivo de la figura de la lesión enorme en Colombia.

Así las cosas, para hacer un análisis metodológico y ordenado de la excepción común (en esencia) se procederá a verificar: i) la naturaleza excepcional de la lesión enorme, es decir, al marco general y abstracto de aplicación de la figura, ii) la naturaleza del acto jurídico contenido en la escritura pública no. 601 de diciembre 2 de 2008 elevada ante la notaría 35 del círculo de Bogotá, esto es, el caso concreto y iii) a modo de conclusión, la definición de las pretensiones principales.

3.1. La lesión enorme y su naturaleza excepcional

La lesión, en términos generales, es una figura jurídica que permite la rescisión de los contratos conmutativos de tracto sucesivo o ejecución periódica o diferida que aún no han concluido o, en algunos eventos, la revisión de las prestaciones de las obligaciones que de ellos emanan, siempre que se verifique una protuberante desproporción del contenido económico que grava a cada parte.

Nuestro Código Civil no contiene una regulación general y sistemática de la lesión, pues apenas contempla para ciertos negocios específicos, que la desproporción prestacional genera determinadas consecuencias jurídicas, que usual, pero no necesariamente, se concretan en la posibilidad de rescindir el contrato.

Sobre este tema en particular, Don Andrés Bello tomó distancia de su fuente próxima, cual fue el Código Civil Francés de marzo 21 de 1804⁴², que en su artículo 1118 estableció la Lesión como vicio del consentimiento⁴³.

⁴² Don Andrés Bello redactó el Código Civil Chileno de 1857, basado especialmente –y más en materia de obligaciones y contratos- en el Código Civil Francés de 1804. En Colombia el Código Civil de Bello fue adoptado por el Estado de Antioquía en enero de 1860, seguido por el Estado de Santander en julio del mismo año y posteriormente por la mayoría de Estados hasta ser el Código de la Unión, mediante la Ley 84 de 1873, finalmente convertido en el Código Civil de la República Unitaria de Colombia, tras la Constitución Política de 1886, mediante la Ley 57 de 1887.

⁴³ No obstante la inclusión de la lesión enorme como vicio del consentimiento en el Código Civil Francés, el mismo artículo 1118 dispone que *"la lesión no vicia las convenciones sino en relación con ciertos contratos o respecto de ciertas personas"*, por lo que tampoco tenía aplicación general. Muy al contrario, eran menos los eventos en que el Código Civil Francés permitían la lesión, frente a los incluidos en los Códigos Civiles Chileno y Colombiano. Por lo anterior, en Francia se han expedido diversas leyes que han ampliado la aplicación de la lesión a negocios diferentes de los inicialmente previstos –particiones y compraventas inmobiliarias- como ocurrió con las Leyes de julio 8 de 1907, abril 29 de 1916, julio 16 de 1971, diciembre

Tal posición no fue de todas maneras constante durante la etapa de preparación de dicha obra.

En los proyectos de Código Civil de 1842, 1847 y 1853, don Andrés Bello erigía la lesión enorme como vicio del consentimiento, esto es, con carácter general, si bien se exigía a quien la alegara *"justificar ignorancia del valor de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato"* y añadía que no *"se tendrá por ignorancia la que fuere imputable a negligencia aun leve"*.

Sin embargo, en la última y definitiva versión, los artículos que consagraban la lesión como vicio del consentimiento y los que establecían el requisito del desconocimiento del valor para su procedencia desaparecieron, y la lesión pasó de tener aplicación general para todas las declaraciones de voluntad, a quedar sólo consagrada en los eventos taxativamente determinados por la Ley, al punto que ni siquiera es tratada en la parte general sino para cada contrato al que se puede aplicar.

La limitación de la figura de la lesión enorme es completamente consistente en el contexto socio económico del liberalismo que inspiraba la época en que se redactan estos Códigos decimonónicos.

En efecto, bajo la óptica del estado liberal, el Estado debía interferir lo menos posible en la vida de las personas, limitándose, en términos generales, a garantizar la efectividad de sus derechos y libertades.

La consolidación del ordenamiento jurídico y económico alrededor de la libertad del individuo tenía como consecuencia lógica e insoslayable la entronización del principio de la autonomía de la voluntad, entendida como la facultad de los particulares para modelar su propio entorno jurídico.

Así las cosas, en la concepción liberal de principios del siglo XIX, el contrato es la máxima expresión jurídica, y su espectro de acción es amplísimo, apenas limitado mediante los conceptos de orden público y buenas costumbres, de conformidad con el artículo 16 del Código Civil patrio, a los que se le daba un contenido por cierto altamente restringido.

28 de 1966 y marzo 11 de 1957.

A pesar de la evidente ampliación de los conceptos de orden público y buenas costumbres, ocurrida desde la expedición del Código Civil hasta hoy y a la realidad del mundo negocial moderno donde las diferencias de poder económico y la necesidad propia de las operaciones masivas generan la imposición del contenido contractual de una parte a otra, la esencia jurídica del contrato sigue vinculada al concepto de autonomía de la voluntad; así en ocasiones quede reducida, en la praxis, a su mínima expresión, cual puede ser elegir si contratar o no, o elegir con quién contratar.

La doctrina y la jurisprudencia han sido conscientes de la modificación conceptual del principio de la autonomía de la voluntad, para llegar a la conclusión que el principio existe mientras haya al menos un resquicio del poder creador de derecho en el acuerdo de voluntades.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

"Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes y facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato de forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad" (...)

"La posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía privada y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones".

"Tal es la inteligencia genuina de la autonomía privada, o sea, la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto iuris para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente".⁴⁴
(Negrilla fuera del texto original).

La estructuración del contrato con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad no ha sido tampoco modificada por las regulaciones especiales que atañen a la actividad contractual, como se evidencia, por ejemplo, en el Código de Comercio de 1971⁴⁵ o en la Ley 80 de 1993⁴⁶, que regulan los contratos mercantiles y los contratos estatales, en su orden.

Así las cosas, la substancia del principio de la autonomía de la voluntad continúa vigente, y no es otra que la establecida en el artículo 1602 del Código Civil el cual literalmente establece:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

En efecto, la máxima y primigenia expresión del principio de la autonomía de la voluntad está en la fuerza vinculante que tiene para quienes acceden a formarlo, de suerte que los ata o une como si fuera una ley entre ellos, no pudiendo ser desconocido, modificado o extinguido por una sola de las partes, salvo por causa legal y previo pronunciamiento judicial.

En este orden de ideas, las personas capaces que realizan acuerdos dispositivos de sus intereses jurídicamente relevantes de contenido patrimonial, quedan sujetos al respectivo acuerdo –contrato– sin que los beneficios o pérdidas

⁴⁴ Sentencia del 30 de agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas.

⁴⁵ El artículo 864 del Código de Comercio define el contrato como un **acuerdo**, así: *"El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial"*

⁴⁶ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que el contrato estatal es un acto jurídico (recordamos que los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad encaminadas a producir efectos jurídicos) y expresamente señala que pueden ser contratos estatales tanto los nominados como los innominados, es decir, aquellos que no fueron previstos por el legislador sino fruto, precisamente, de la autonomía de la voluntad: *"Son contratos estatales todos los **actos jurídicos** generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o **derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...**"*

resultantes de su decisión puedan, en principio, dar lugar a la revisión del contrato o a su eliminación del universo jurídico.

Que se considere justa o no la aplicación restrictiva de la lesión enorme sólo para cierto tipo de contratos, es cuestión que un árbitro facultado para FALLAR EN DERECHO no puede plasmar en su decisión, pues está irredimiblemente atado al imperio de la Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

La Corte Suprema de Justicia lo reconoce cuando señaló en sentencia del 6 de julio de 2007, relativa a la aplicación de la lesión enorme en la dación en pago, que:

*"No pueden entonces los jueces, a la luz de normas foráneas que ontológica y teleológicamente participan de un criterio legal por completo diferente, alterar el esquema que, ex professo, otrora se adoptó en el ámbito nacional, ni siquiera cuando tal tendencia, sin duda bienhechora, está inspirada en la equidad o en la justicia conmutativa, pues **ello sería tanto como abrogarse, en la praxis, facultades exclusivas del legislador, que es a quien compete fijar el campo de aplicación de fenómenos restrictivos y sancionatorios -por matizados que resulten-, como el de la rescisión de los contratos por causa de lesión enorme, al mismo tiempo que el de sustituir, nada menos, un sistema por otro, sustitución que, por justificada que en teoría pudiere parecer, no es de poca monta o insustancial, por todo lo que ella entraña.**"⁴⁷ (Negrillas fuera del texto original).*

Precisamente, la institución jurídica de la lesión en los regímenes en donde se acepta de forma general, deja de ser objetiva⁴⁸, es decir, cuando las legislaciones nacionales deciden ampliar la posibilidad de rescindir contratos por lesión, también abandonan el criterio de desproporción matemática de las prestaciones, pues campearía la inseguridad jurídica y se paralizaría el tráfico de bienes y servicios, para acoger criterios subjetivos más exigentes, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista probatorio procesal, mediante

⁴⁷ Sentencia del 6 de julio de 2007, Exp. 11001-31-03-037-1998-00058-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴⁸ Como ocurre, por ejemplo, en los Códigos Civil Alemán, Federal Suizo de las Obligaciones, Civil Chino, Polaco de las obligaciones, Civil Italiano, Civil Portugués y los regímenes argentino, brasileño y mexicano.

criterios como el del ánimo de explotación, la inferioridad del contratante lesionado y la existencia de ventajas manifiestamente desproporcionadas.

Así pues, resulta incompatible con la facilidad demostrativa y configurativa del sistema patrio, la consagración abierta y general de la figura pues generaría una perniciosa inseguridad jurídica en el campo contractual.

En efecto, así como en Colombia, en los casos en que aplica la lesión enorme, basta con demostrar simple y llanamente la desproporción matemática (entre el doble o la mitad) del valor comercial al momento de la celebración del contrato, con el valor acordado por la partes, para que prospere automáticamente la pretensión resciliatoria (o la revisión prestacional cuando es lo pertinente). En los países en que se acepta la lesión de forma general es más gravosa su configuración, guardando en ambos casos el delicado equilibrio entre seguridad jurídica y justicia conmutativa contractual.

En conclusión, la lesión enorme únicamente puede operar en los casos en que ha sido consagrada por el legislador, a saber:⁴⁹ i) compraventa común de bienes inmuebles (artículo 1946 en concordancia con el artículo 32 de la Ley 157 de 1887), ii) permuta de bienes inmuebles (artículo 1958), iii) partición de la herencia (artículo 1405), iv) aceptación de una asignación sucesoral (artículo 1291), v) mutuo con interés (artículo 2231), vi) hipoteca (artículo 2455), vii) anticresis (artículo 2466) y viii) cláusula penal (artículo 1601).

3.2. Naturaleza del acto jurídico contenido en la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008 elevada ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá

Ahora bien, a lo largo del proceso y en los alegatos de conclusión la parte actora ha pretendido establecer que el negocio jurídico que se realizó mediante la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008 elevada ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, es una mera compraventa, que es precisamente uno de los negocios jurídicos en los que la lesión estaría expresamente permitida por la Ley (artículo 1946 en concordancia con el artículo 32 de la Ley 157 de 1887).

Así las cosas, en sus alegatos de conclusión afirma la parte convocante:

⁴⁹ Todos los artículos son del Código Civil.

*"... si bien el contrato se denominó **ENCARGO FIDUCIARIO PRIMERA ETAPA DEL PROYECTO DE VIVIENDA ATIKA**, el resultado final del mismo fue la compra de un bien inmueble claramente establecido y por un precio determinado, es decir BILATERAL, ONEROSO y CONMUTATIVO, características todas de un CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE". (Negrillas en el texto original, subrayado fuera del texto original)*

Este Tribunal no comparte la posición de la parte convocante en cuanto la naturaleza jurídica de la relación contractual que existe entre ella y las sociedades convocadas, pues, verificado el contrato denominado **ENCARGO FIDUCIARIO PRIMERA ETAPA DEL PROYECTO DE VIVIENDA ATIKA**, celebrado el 3 de mayo de 2005 entre FIDUCIARIA CENTRAL S.A., PROMOTORA INMOBILIARIA SANITAS LTDA. y MONICA MARIE AGUDELO HERNÁNDEZ, se puede establecer que en realidad es un contrato fiduciario.

El artículo 1226 del Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil de la siguiente manera:

"La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios."

Aun cuando lo que se pretende es la rescisión del acto plasmado en la escritura pública No. 601 de 2008, no puede perderse de vista que la relación jurídica tiene su origen en un contrato de mayo 3 de 2005, siendo, como se verá, imposible desligar uno del otro, pues mediante el primero se cumplen parcialmente las obligaciones derivadas del segundo.

En este orden de ideas, al pretender asimilar la escritura pública de 2008 con una compraventa, el actor forzosamente habría de entender el contrato de 2005 como una promesa de compraventa, lo cual no resulta posible.

Lo cierto es que el contrato denominado de encargo fiduciario, suscrito el 3 de mayo de 2005, no comporta la naturaleza de promesa de contrato y, en cambio, cumple los requisitos del contrato fiduciario.

En relación con la *promesa*, entendida como el contrato cuyo objeto es la celebración de otro contrato futuro, prudente es recordar que en nuestro Código Civil estaba proscrita, no obstante el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 al modificar el artículo 1611 del Código Civil, si bien en comienzo y como regla general preceptúa que la promesa de celebrar un contrato no genera obligación alguna, permite, de manera excepcional, que la promesa cumpla sus efectos dadas unas específicas y claras condiciones, entre ellas

"4. Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

En este orden de ideas, el contrato de promesa de compraventa de bien inmueble es válido cuando se tiene claramente determinado el bien y el precio, faltando sólo la forma legal de la escritura pública que exige el artículo 1857 del Código Civil.

Así pues, la obligación esencial de la promesa de compraventa de bien inmueble es una obligación de hacer, específicamente de suscribir la escritura pública que perfeccione la misma compraventa prometida.

En el contrato que ahora se examina (encargo fiduciario de mayo 3 de 2005) el objeto dista de esa simple formalidad, de esa clara y precisa obligación de hacer y en lugar de ello se traduce primigeniamente en la ADMINISTRACIÓN de los recursos dinerarios entregados por la señora AGUDELO, llamada *constituyente* en el mencionado documento.

En efecto, la cláusula primera del contrato de encargo fiduciario determina que:

"constituye el objeto del presente contrato que LA FIDUCIARIA administre los recursos que de conformidad con lo previsto más adelante entregará EL CONSTITUYENTE a LA FIDUCIARIA..."

Así pues, de entrada se advierte que el objeto del contrato se adecúa con la definición legal de fiducia mercantil, pues la constituyente entregó bienes determinados a la fiduciaria para que ésta los administre, obviamente con el fin de cumplir con una finalidad determinada por ella misma.

Esa finalidad se traduce en una obligación alternativa, bien sea de transferir el dominio de un bien inmueble debidamente especificado SI Y SOLO SI se cumplía el punto de equilibrio de una fiducia inmobiliaria mencionada en el mismo contrato y, en caso que así no fuera, de restituir los dineros entregados con sus respectivos rendimientos (los que no se garantizan, vale la pena aclarar).

Con la promesa de compraventa, no se compadece la administración de recursos ajenos y mucho menos el deber de devolverlos con rendimientos, pues como quedó visto, la promesa de contrato es válida sólo cuando está especificado de tal manera el contrato prometido que sólo falte la tradición o la forma legal.

Sería francamente artificioso pretender equiparar la administración de los recursos entregados con unas arras de retracto, pues la entidad fiduciaria no tenía la facultad de desistir del negocio devolviendo las supuestas arras dobladas, sino lo que se evidencia es una obligación alternativa, sujeta a una condición suspensiva y negativa, consistente en que de no llegar al punto de equilibrio en el proyecto inmobiliario, se debía devolver el dinero recibido, no doblado, sino con los rendimientos producidos precisamente por su administración.

Ahora que, si el proyecto inmobiliario llegaba al punto de equilibrio en tiempo, la obligación, está vez sujeta a condición suspensiva positiva, de la Fiduciaria, era la de transferir una unidad inmobiliaria de dicho proyecto, con lo que se puede determinar que el acto jurídico contenido en la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008 elevada ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá y cuya rescisión se pretende hoy, no es una compraventa, sino constituye un pago efectivo.

En efecto, si de conformidad con el artículo 1626 del Código Civil, el pago es *"la prestación de lo que se debe"*, la escritura pública 601 de 2008 varias veces

citada, responde a la formalidad legal que se requiere para poder realizar la tradición del inmueble y satisfacer la obligación originada en el contrato fiduciario de mayo 3 de 2005.

De esta forma, resulta que la escritura pública 601 de 2008 no es la solemnidad requerida para la compraventa de inmuebles que consagra el artículo 1857 del Código Civil, aunque es fácilmente confundible; se trata de la solemnidad necesaria para el pago del encargo fiduciario, con base en el numeral 1º del artículo 2º del decreto ley 1250 de 1970, en virtud del cual debe registrarse todo acto que modifique derechos reales sobre bienes raíces (salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario).

La escritura referida no es pues, en estricto sentido, un título nuevo donde conste un acuerdo primigenio de voluntades como ocurre con la compraventa - precedida de un contrato preparatorio, que por cumplir su finalidad se extingue con el nacimiento del contrato prometido-, sino parte del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de fiducia mercantil.

De ser un nuevo contrato, tendría que admitirse que la fuente de extinción de la obligación contenida en el encargo fiduciario habría sido la novación, lo que evidentemente no es el caso como quiera que no se modificó ningún elemento del acuerdo original, ni se evidencia la menor intención de novar; sino que, simple y llanamente se satisface la prestación debida tal y como fue acordada, lo que corresponde al concepto jurídico de pago.

No hay, en definitiva, contrato de compraventa, por el contrario podemos afirmar que estamos ante el mero cumplimiento de un contrato de fiducia, que no es susceptible de ser rescindido por lesión enorme como quiera que así no fue previsto por el legislador, siendo la lesión en Colombia, como ya quedo visto, una figura excepcional de aplicación restringida sólo para aquellos casos en que expresamente así lo establezca la Ley.

4. DEFINICIÓN DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES

Dadas las anteriores consideraciones, dentro del marco limitado de decisión que impone el principio de congruencia, forzoso es concluir en el caso puesto a consideración de este Tribunal, que no procede la rescisión por lesión enorme del acto jurídico contenido en la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008,

elevada ante la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, por no cumplir las condiciones que nuestro ordenamiento jurídico impone para su prosperidad, motivo suficiente para la desestimación adicional de las demás pretensiones principales por tratarse de pretensiones consecuenciales cuyo éxito dependía de la prosperidad de la solicitud resciliatoria.

En efecto, si no se decreta la rescisión del contrato por lesión enorme, quedando entonces incólume el negocio jurídico de transferencia de dominio de bien inmueble antes citado, ningún sentido tendría decretar la cancelación del modo mediante el cual se perfecciona dicha transferencia (cuarta pretensión principal), ni mucho menos acceder a las restituciones mutuas (segunda pretensión principal), a los intereses sobre el precio que habría de ser reintegrado (tercera excepción principal), o al reconocimiento de mejoras (quinta excepción principal) sobre un bien que, de todas maneras, era y sigue siendo de propiedad de la parte demandante en virtud del pago de un negocio fiduciario al que accedió mediante cesión de contrato de encargo fiduciario.

5. DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Habiendo definido la improcedencia de la declaración de rescisión por lesión enorme del acto jurídico contenido en la escritura pública No. 601 de diciembre 2 de 2008 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, así como de las demás pretensiones principales consecuenciales de la declaración de rescisión; conforme lo establece el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, se procederá al pronunciamiento expreso sobre las demás pretensiones.

Pretende "*subsidiariamente*" la parte convocante que "*se condene a la convocada a restituir el exceso del precio recibido, sobre el justo precio aumentado en una décima parte (art. 1948 C.C.), con los intereses bancarios corrientes desde el 2 de diciembre de 2008, fecha en la que se suscribió el contrato...*" y, que se condene al pago de mejoras realizadas en el inmueble.

Como se verifica, la pretensión subsidiaria la fundamenta el actor en el artículo 1948 del Código Civil que concede una facultad a la parte contra la que se ha decretado la rescisión de una compraventa de bien inmueble, para que pueda hacer subsistir el negocio, en los siguientes términos:

"El comprador contra quien se pronuncia la rescisión podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte.

No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato."

Debe observarse que la norma, influida indudablemente por la necesidad de dar seguridad a las relaciones jurídicas negociales, otorga una facultad a la persona contra la que se declara la rescisión por lesión enorme en una compraventa de bien inmueble, para hacer subsistir el contrato y enervar su fulminación, mediante el pago de suma determinada que equilibre la desproporción prestacional.

En este sentido, en primer término el convocante no está legitimado para pretender un derecho que, por disposición legal corresponde al demandado y, en segundo término, que la facultad que contempla la norma nace con la declaración de rescisión por lesión, lo cual en el presente evento tampoco ocurre.

Las pretensiones subsidiarias segunda y tercera son consecuenciales de la prosperidad de la primera pretensión subsidiaria, de suerte que, fracasada ésta, ningún asidero encuentran aquellas.

En conclusión, no siendo la parte convocante la destinataria del derecho reconocido por el artículo 1948 del Código Civil, es decir, no estando legitimada para pretender tal derecho y, además, por no configurarse el supuesto de hecho que contempla la norma para su ejercicio, cual es la prosperidad de la acción rescisoria, fuerza es declarar la improsperidad de las pretensiones subsidiarias.

6. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE FORMULADA POR LAS SOCIEDADES CONVOCADAS CONTRA EL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR EL PERITO OSCAR BARRERO OCHOA.

Finalmente, no por su injerencia en la decisión como tal, como quiera que la inaplicabilidad de la figura de la lesión enorme hace innecesaria la valoración de

las prestaciones para efecto de determinar su equivalencia, sino por efecto de la relación que tiene con el derecho que le asiste al perito en la causación de sus honorarios como auxiliar de la justicia, es indispensable verificar si hubo o no error grave en su trabajo evaluativo.

6.1. Consideraciones generales

Le corresponde al Tribunal ocuparse de la objeción por error grave que en momento oportuno y en un mismo escrito, presentaron las sociedades convocadas contra el dictamen pericial decretado y practicado dentro del proceso, rendido por el perito designado, señor Oscar Borrero Ochoa.

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 238 -numerales 1º y 4º-, establece que dentro del término del traslado, las partes pueden objetar el dictamen por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas. Así mismo, el numeral 6 del artículo 239 del C.P.C. dispone que: "*la objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen*", por lo que es del caso proveer lo pertinente dentro del presente laudo.

Antes de entrar a analizar los cargos formulados por las sociedades convocadas, el Tribunal considera necesario resaltar una serie de consideraciones generales predicables de toda objeción. Así, según lo dispuesto en el numeral 4 del art. 238 del C.P.C., para que un error sea considerado como grave, se hace necesario que el mismo "*haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos*" o que "*se haya originado en éstas*", lo que significa que el error debe ser de una entidad tal que se pueda considerar grave y que además haya sido determinante para el concepto que emite el perito, es decir que constituya una equivocación de tal magnitud que en el evento de no haberse incurrido en ella, el sentido del concepto emitido por el perito sería sustancialmente diferente.

En efecto, en sentencia del 29 de agosto de 2007 (radicación 14854), el Consejo de Estado consideró que:

"...para que se configure el "error grave" en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte

de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4º y 5º del artículo 238 del C. de P. C.”

De su lado, la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 8 de septiembre de 1993, (Expediente 3446) determinó lo siguiente:

"Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave concierne, uno de los factores que no puede perderse de vista para definir su procedencia es la modalidad que presente la función de consultoría pericial que en dicho experticio se pone de manifiesto, habida consideración que, como tantas veces lo ha reiterado la doctrina jurisprudencial, "... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos 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..." (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras 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...", de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil "... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. 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 ni 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 (...)." (G. J. Tomo LXXXV, pág. 604). (Subraya del Tribunal)

El tema también ha sido analizado por diversos tratadistas, entre ellos el profesor Jairo Parra Quijano, quien sobre el particular expresa:

*"El error se presenta cuando hay una inadecuación entre la realidad y lo pensado. Si esa inadecuación es grande estamos frente al error grave."*⁵⁰

En ese sentido, no basta con que una de las partes esté en desacuerdo con los fundamentos del dictamen o las conclusiones del mismo. Para que una objeción por error grave pueda prosperar ha de probarse lo siguiente:

1. Que el perito incurrió en equivocaciones cuando apreció equivocadamente aquello que debió examinar, cambiando sus cualidades o atributos, o dedujo de ello consecuencias equivocadas.
2. Que el perito tomó como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen.
3. Que tales equivocaciones sean determinantes de las conclusiones a que hubiere llegado el perito.

Así mismo, el Tribunal observa que corresponde al objetante demostrar el error grave en que incurre el perito, y por ello al presentar su objeción, debe pedir las pruebas para demostrarla (artículo 238 del Código de Procedimiento Civil), por consiguiente, si el error grave no se acredita, debe desecharse la objeción.

Por último, se hace necesario recordar que la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten dentro del debate judicial, pero no tiene carácter vinculante para la decisión a tomar, pues es el juez quien, a partir de su análisis y crítica de la respectiva experticia, saca sus propias conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia implique que este haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez.

Dadas estas directrices, procede ahora el Tribunal a decidir la objeción por error grave que en este caso han presentado las sociedades demandadas respecto del

⁵⁰ Tratado de la Prueba Judicial. La Prueba Pericial, Ed. Librería del Profesional. 1996, página 136.

dictamen pericial rendido dentro de este trámite por el señor Oscar Borrero Ochoa.

6.2. Las concretas cuestiones en que se basa la objeción por error grave propuesta por la parte convocada contra el dictamen pericial

El dictamen pericial fue rendido por el señor Oscar Borrero Ochoa⁵¹ y dentro del término legal, y a solicitud de ambas partes, fue aclarado y complementado⁵².

A juicio de las convocadas, al rendir su dictamen pericial, incluidas las aclaraciones y complementaciones al mismo, el señor perito incurrió en errores graves que inciden sustancialmente en sus conclusiones.

Para resolver lo que corresponda, el Tribunal analizará cada uno de los cargos formulados por las sociedades convocadas en el mismo orden en el que aparecen en el memorial único presentado ante el Tribunal.

6.3. Sobre la aplicación de un Factor de Área del veinte por ciento (20%)

Las sociedades convocadas se refieren en primer lugar al hecho de que el perito haya aplicado un factor área del veinte por ciento (20%), toda vez que consideran que no aparece en el dictamen "*comprobación, argumento o explicación alguna que sirva de soporte a este porcentaje.*"⁵³ Igualmente, resaltan que sobre dicho punto particular, se le formuló al perito una solicitud de aclaración que "*el Perito soslayó responder técnicamente*"⁵⁴. En ese sentido, en el escrito de objeción, la parte convocada asegura que:

"Carece por tanto de respaldo técnico la manifestación del doctor Borrero Ochoa, en el sentido de que la afectación del "FACTOR ÁREA" en un avalúo técnicamente elaborado deba llevarse a cabo exclusivamente con base en la experiencia, como método empírico, al punto de que para el caso materia de arbitramento el mismo corresponda a un veinte por ciento

⁵¹ Folios 153 a 189 del C. Pruebas No. 1

⁵² Folios 214 a 236 del C. Pruebas No. 1

⁵³ Folio 477 del C. Principal No. 1

⁵⁴ Folio 477 del C. Principal No. 1

*20%, máxime cuando dicho porcentaje genera severa distorsión en el resultado del avalúo para el año 2012.*⁵⁵

De otro lado, considera la convocada que carece también de fundamento técnico el citar estudios y doctrina que datan de más de 20 años atrás como fundamento idóneo de las conclusiones del dictamen pericial; sin embargo, la convocada no presenta los fundamentos idóneos a su parecer, en los cuales debía fundamentarse el perito.

Por su parte, al recorrer el traslado de la objeción, la parte convocante afirma que el perito respondió de manera clara la pregunta que le fue formulada, y sustentó su respuesta tanto con planteamientos propios como con planteamientos de la RNA (Registro Nacional de Avaluadores), además de remitir, en caso de duda, a las normas técnicas de ICONTEC.

De igual manera, resalta que los argumentos expuestos por la objetante carecen de fundamento legal y consisten en opiniones personales que no corresponden con lo establecido por vía jurisprudencial en materia de requisitos para la existencia de un error grave.

Para el Tribunal es necesario remitirse a lo dicho por el perito, quien sobre la aplicación de un factor de área consideró que:

*"Factor de área. Es parte de la metodología por el sistema de factores. Significa que un inmueble en la medida que es más grande tiene un precio por M2 inferior. El método comparativo aplica un factor de tamaño a los inmuebles el cual oscila entre el factor de 1.0 y 0.5, lo que significa que un local muy grande puede tener una diferencia del 50% con un local pequeño. En el caso que nos ocupa se compara con los locales encontrados en el mercado aplicando un factor de 0.8 al local que avaluamos. Para un mayor estudio sobre el tema remitimos a las normas técnicas de valuación del RNA- Icontec y a libros o manuales sobre avalúos.*⁵⁶

⁵⁵ Folio 478 del C. Principal No. 1.

⁵⁶ Folio 232 del C. de Pruebas No. 1.

Posteriormente el perito hizo referencia a un estudio suyo sobre la materia que fue publicado.

Así pues, considera el Tribunal que el perito explicó el fundamento para la aplicación del mencionado factor de área, haciendo incluso remisión a las normas técnicas del Registro Nacional de Avaluadores, por lo cual resulta inadecuado concluir que se trató de una aplicación "caprichosa", tal como lo afirma la parte convocada.

Se hace necesario resaltar nuevamente que el hecho de que una de las partes esté en desacuerdo con la metodología utilizada por el perito para elaborar su dictamen no basta para formular una objeción por error grave, pues tal como ya fue puesto en evidencia, se necesita que el perito haya incurrido en equivocaciones cuando apreció erróneamente aquello que debió examinar, cambiando sus cualidades o atributos, o que haya tomado como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen. Adicionalmente, la objeción se limita a señalar que carece de fundamento el uso del factor de área del 20 por ciento y critica asimismo los soportes que el perito presentó, pero no evoca, como prueba de su objeción, razón alguna que permita concluir que el uso del citado factor de área es equivocado.

Visto lo anterior, para el Tribunal es claro que en este caso particular no se cumplen los requisitos necesarios para la prosperidad de la objeción, lo que lo lleva a concluir que no prospera la objeción en este primer tema.

6.4. Sobre el Método Comparativo de Precios de Mercado

El segundo cargo formulado por las sociedades convocadas se refiere a la aplicación del método comparativo de precios de mercado, pues consideran que:

"Si bien este método permite comparar dos o más bienes raíces, de acuerdo con sus respectivas superficie, situación, características y precio, (...) impone siempre tomar como base inmuebles comparables con el que se pretende avaluar, a partir de datos similares y mesurables, y no bienes de mercados disímiles, que impiden su comparación y conducen a resultados erróneos."⁵⁷

⁵⁷ Folio 479 del C. Principal No. 1.

Así mismo, la parte convocada resalta que el perito incurre en error grave al considerar que el Local No. 6, objeto de la presente controversia, no es comparable "*con otros ubicados en los Centros Comerciales Gran Estación o Salitre Plaza, que se encuentran precisamente en el mismo sector*"⁵⁸ mientras que sí lo considera comparable con otros locales ubicados en sectores diferentes, como Hayuelos y Galerías.

Adicionalmente, afirma que el señor perito asegura haber tomado en cuenta "abundantes ofertas", "*cuando en realidad fueron solamente cinco (5) de venta y cinco (5) para renta, número que corresponde al mínimo exigido en la Resolución No. 620 del 23 de septiembre de 2008, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.*"⁵⁹ Por tanto, concluye la parte objetante que el perito no se refiere a un número representativo de bienes semejantes, por lo cual incurre en un error grave al rendir su dictamen.

De su parte, la convocante, al descorrer el traslado de la objeción, se pronuncia sobre este segundo cargo y considera que los argumentos esbozados por la demandada no tienen la fuerza suficiente para demostrar la existencia de un error grave, toda vez que no se refieren a un error de fondo que sea claro y que salte a la vista.

Para el Tribunal es de vital importancia resaltar lo dicho por el perito en su escrito de aclaraciones y complementaciones, donde justificó las razones por las que el local objeto de la controversia resultaba comparable con locales ubicados en lugares distintos. Así, estableció que:

*"El local objeto de estudio se encuentra con frente sobre una vía principal como la Avenida 68, sin embargo esta importante vía arteria de la ciudad en este punto es una vía rápida sin gran flujo peatonal. Así mismo, no cuenta con grandes superficies comerciales vecinas. No obstante su ubicación es buena desde el punto de vista, de que esta frente La Clínica Colombia y el edificio de consultorios de Colsanitas, razón por la cual se encuentra más comparable con los locales cercanos a centros comerciales".*⁶⁰

⁵⁸ Folio 479 del C. Principal No. 1.

⁵⁹ Folio 479 del C. Principal No. 1.

⁶⁰ Folio 223 del C. Principal No. 1.

Ahora bien, sobre el hecho de que el perito haya tenido en cuenta únicamente cinco ofertas de venta y cinco de renta, como bien lo dice la parte convocada en su escrito de objeción, este número equivale al mínimo exigido en la Resolución No. 620 del 23 de septiembre de 2008 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, por lo cual es un número que se ajusta a los requisitos legales del caso y por tanto, no encuentra el Tribunal que el perito haya incurrido en error alguno en este punto de su dictamen pericial.

Con base en lo antes expuesto, el Tribunal considera que este segundo cargo formulado por las sociedades convocadas contra el dictamen pericial tampoco está llamado a prosperar pues los argumentos expuestos por las sociedades convocadas en su objeción corresponden a reproches frente a los razonamientos del perito y las conclusiones que este alcanza en su dictamen. De acuerdo con lo dicho por la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, no basta con el desacuerdo de una de las partes frente a los razonamientos utilizados por el perito, sino que se necesita que exista un error de cierta envergadura, lo cual no ocurre en este caso particular. Nuevamente en este punto se observa que no hay en la objeción elementos de prueba que acrediten el error que se argumenta. Así pues, el Tribunal concluye que los argumentos expuestos por la convocada en este segundo cargo no permiten evidenciar que el perito haya incurrido en equivocaciones al apreciar el objeto de examen, pues no cambió sus cualidades o atributos ni tampoco tomó como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, por lo cual el cargo no ha de prosperar.

6.5. Desconocimiento del Artículo 18 de la Resolución No. 620 de 2008, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC

En tercer lugar, las sociedades convocadas resaltan que incurre el perito en error grave al no dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 de la Resolución No. 620 de 2008, expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pues al rendir su dictamen tiene en cuenta el área construida y no el área privada, tal como lo ordena dicha norma.

Sobre este punto, la parte convocada asegura que al perito se le pidió, dentro de las aclaraciones y complementaciones solicitadas en la oportunidad legal, establecer por qué en el peritaje se había tomado en consideración el área

construida y no el área privada del inmueble, y que el perito "*se limitó a sostener que se debía al resultado de la investigación de mercado*".⁶¹

Con base en esos argumentos, las sociedades convocadas concluyen que el perito incurrió en error grave al "*practicar un avalúo comercial por el método de comparación de mercado, a partir de inmuebles cuyo valor está determinado sobre la base del ÁREA CONSTRUIDA*"⁶², desconociendo así la norma especial relativa a avalúos de inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Por su parte, la parte convocante es enfática al asegurar que es ella la única afectada por el hecho de que para el avalúo del inmueble se haya tomado el área construida y no el área privada, por lo que considera que la demandada "asume como propios argumentos que no le competen, ni les da sustento para presentar una OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE."⁶³

Para el Tribunal este tercer cargo tampoco ha de prosperar, toda vez que los argumentos presentados por la convocada no son suficientes para probar que el perito incurrió en un error grave sino que se limitan a mostrar la discrepancia de las sociedades demandadas con el razonamiento y las conclusiones del perito, temas estos que son del resorte exclusivo del Tribunal, quien es el llamado a valorar la prueba pericial, tal como ocurre con las demás pruebas.

En ese sentido, si bien el perito tomó como base del avalúo el área construida y no el área privada, esta circunstancia en sí misma no es suficiente para comprobar que haya incurrido en un error de tal magnitud que conduzca a conclusiones erróneas. Adicionalmente, el perito justificó su decisión de tener en cuenta el área construida y no el área privada, por lo que en su escrito de aclaraciones y complementaciones, resaltó que: "*Debido a que la unidad constructiva (en este caso el local comercial No. 6), no podría existir sin los muros divisorios, la fachada o las columnas es necesario tener también en cuenta el área construida*".⁶⁴

Vale la pena destacar que tal como se reconoce en el escrito de objeción en su escrito de aclaración y complementación el perito señaló que "*para mayor*

⁶¹ Folio 481 del C. Principal No. 1.

⁶² Folio 482 del C. Principal No. 1.

⁶³ Folio 491 del C. Principal No. 1.

⁶⁴ Folio 220 del C. de Pruebas No. 1.

claridad hemos aplicado el mismo valor pero al área privada, lo cual eleva el precio por m². Lo que estamos avaluando es un cuerpo cierto que tiene dos nomenclaturas de área, una privada de propiedad horizontal y otra construida que es la real."

La anterior manifestación demuestra que el cálculo se hizo sobre los dos coeficientes, de área privada y de área construida, circunstancia que fue reconocida en la objeción cuando se afirmó que "(...) *en desarrollo de las solicitudes de complementación y aclaración se limitó a convertir el valor unitario en área privada como lo exige la norma (...)*".

Así las cosas, queda claro que los argumentos esgrimidos en el tercer cargo formulado por las sociedades convocadas tampoco permiten concluir que el perito haya incurrido en un error grave, puesto la norma que se dice se incumplió fue después tenida en cuenta con el cálculo sometido al área privada.

6.6. Determinación del Valor Comercial

De otro lado, las sociedades convocadas resaltan que el perito incurre en un error grave al rendir el dictamen, toda vez que *"pasa por alto que en el año 2005 no se había emprendido la construcción de la Primera Etapa del Conjunto Residencial Átika, y, por consiguiente, el Local Comercial No. 6 no existía"*⁶⁵. Así mismo, consideran que *"el Experticio debió tener lugar sobre el bien efectivamente objeto de transacción, es decir, los derechos inmobiliarios resultado de la vinculación de las Convocantes al negocio fiduciario en el año 2005, cuando se fijó el monto del aporte a cargo de las mismas por concepto de tal vinculación."*⁶⁶

Lo anterior lleva a la parte convocada a concluir que *"no procedía la aplicación del IPC para calcular retroactivamente el valor comercial de un inmueble inexistente y por concepto de un negocio jurídico diverso."*⁶⁷

Adicionalmente, las sociedades convocadas manifiestan que el dictamen presentado por el señor Oscar Borrero Ochoa es materia de objeción adicional, toda vez que consideran que el perito no resolvió puntos esenciales sometidos a

⁶⁵ Folio 483 del C. Principal No. 1.

⁶⁶ Folio 483 del C. Principal No. 1.

⁶⁷ Folio 483 del C. Principal No. 1.

su experticio. Así, aseguran que al perito se le solicitó expresamente determinar el valor comercial de los derechos fiduciarios y en el dictamen por él rendido no se hace referencia alguna a dicho tema, pues *"el Experticio se circunscribió a deducir el valor de un inmueble que para esa fecha no solamente no existía, sino que ni siquiera se tenía certeza acerca de la ejecución del Proyecto Inmobiliario."*

Por último, la parte convocada afirma que el dictamen registra error en la identificación de los propietarios de los locales comerciales. Asegura que, pese a que dichos errores fueron puestos de manifiesto al perito en la solicitud de aclaración y complementación, el señor Borrero Ochoa *"inexplicablemente reitera los errores del experticio original acerca de la titularidad de dichos inmuebles."*⁶⁸

De su lado, la parte convocante, al descorrer el traslado de la objeción, considera que este cuarto cargo, referido al método utilizado por el perito, no puede ser tenido como base para objetar por error grave el dictamen, pues el método aplicado en el dictamen es el *"generalizado para determinar el valor de un predio"*⁶⁹, a la vez que resalta que, al rendir su dictamen, el perito manifestó que se debía tener en cuenta para poder establecer el valor de un predio en años anteriores, justificando así la metodología por él utilizada.

Sobre el error en la identificación de los propietarios, la convocante resalta que, tal como ocurre con los cuatro cargos formulados por la objetante, se basa en argumentos sin sustento legal y que de ningún modo puede considerarse como un error grave, en los términos que ha sido entendido por la jurisprudencia, la cual cita en repetidas oportunidades en su escrito.

Teniendo en cuenta los argumentos expresados por cada una de las partes, el Tribunal considera que el cuarto cargo formulado por las sociedades convocadas contra el dictamen pericial tampoco está llamado a prosperar. Lo anterior, dado que la parte convocada se limita a mostrar su desacuerdo con el razonamiento y la metodología utilizada por el señor perito, pero no prueba en ningún momento la existencia de un error grave, lo cual, tal como lo han expresado la doctrina y la jurisprudencia, es requisito para la prosperidad de la objeción. Así, el cargo formulado por la objetante equivale a un rechazo del razonamiento hecho por el perito y no a la prueba de que en el dictamen pericial se haya incurrido en un

⁶⁸ Folio 485 del C. Principal No. 1.

⁶⁹ Folio 492 del C. Principal No. 1.

error de tal magnitud que las conclusiones a las que se llegó sean completamente erradas.

En cuanto al error en la identificación de los propietarios, el Tribunal considera que no le asiste razón a la objetante, una falencia en esta materia no es suficiente para formular una objeción por error grave contra el dictamen pericial, toda vez que la misma no altera las conclusiones del dictamen.

En conclusión, no observa el Tribunal que el dictamen rendido por el señor Oscar Borrero Ochoa presente las falencias que estructuren o abran paso a la prosperidad de la objeción por error grave, pues no se observa en el mismo ni ha quedado probado en la objeción, un desacierto ostensible y notorio atribuible al perito sino que parecería provenir de la discrepancia de la parte convocada con los fundamentos de la experticia rendida.

En este punto recuerda el Tribunal que los dictámenes rendidos por los peritos no obligan al juez, quien al apreciarlos deberá tener en cuenta su precisión y firmeza, los fundamentos en que se apoyan, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, tal como lo manda el artículo 241 del C.P.C. Lo anterior concuerda, además con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

“...la ley no obliga al juzgador a someterse a las conclusiones de la experticia, frente a la cual su valoración y acatamiento es plenamente amplia como corresponde a la función judicial, puesto que los peritos son auxiliares técnicos del juez y sus conclusiones constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que aquéllas se apoyan”⁷⁰. (Sentencia 040 de 27 de abril de 2004).

Así las cosas, el Tribunal declarará que respecto del dictamen elaborado por el perito Oscar Borrero Ochoa, no procede la objeción por error grave planteada por las sociedades convocadas.

⁷⁰ Sentencia 040 de abril de 2004.

CAPITULO QUINTO

COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso."⁷¹

Entendido lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso no prosperan las pretensiones objeto de la demanda, cotejando el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes, al igual que el sentido general de la decisión del litigio contenida en el presente Laudo, de conformidad con el artículo 392 numeral sexto del C. de P.C., es del caso condenar a la parte convocante a reembolsarle a la convocada por concepto de costas y agencias en derecho y en proporciones iguales para cada una de las sociedades que la conforman, el cien por ciento (100%) de las expensas procesales en que ésta última incurrió, de conformidad con la siguiente liquidación, en la cual se incluirá la suma de \$13.500.000, como agencias en derecho, (estas últimas determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003).

1. GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL

1.1. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral.⁷²

Honorarios del Árbitros Único	\$13'500.000
IVA 16%	\$ 2'160.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 6'700.000
IVA 16%	\$ 1'072.000
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 4'500.000
IVA 16%	\$ 720.000
Otros gastos	<u>\$ 1'400.000</u>
TOTAL	\$30'052.000

⁷¹ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura

⁷² Acta No. 4, Auto No. 6, folios 295 a 298 del C. Principal No. 1

Teniendo en cuenta que cada parte asumió el cincuenta por ciento (50%) que le correspondía y que el cien por ciento (100%) de los gastos del Tribunal de Arbitramento debe ser asumido por la parte convocante, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a la convocante a devolver a la convocada la suma de \$15'026.000 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto total fijado, de manera que al final de la operación la suma a cargo de la convocante resulte ser un cien por ciento (100%) de los gastos fijados.

Suma a cargo de la parte convocante y a favor de la parte convocada, por concepto de honorarios de Árbitros, Secretaria, gastos de funcionamiento, IVA y otros gastos	\$15.026.000
--	---------------------

1.2. Honorarios y gastos fijados a favor del perito Óscar Borrero Ochoa.⁷³

Honorarios	\$5'000.000
IVA 16 %	<u>\$ 800.000</u>
TOTAL:	\$5'800.000

Igualmente, considerando que la parte convocante deberá asumir el cien por ciento (100%) de los gastos del trámite arbitral, debe devolver a la parte convocada el monto de \$2.900.000 equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la suma total fijada como honorarios del señor perito Oscar Borrero, con lo cual queda a cargo de la parte convocante un cien por ciento (100%) de tales honorarios.

Suma a cargo de la parte convocante y a favor de la parte convocada, por concepto de honorarios del perito	\$2.900.000
---	--------------------

⁷³ Acta No. 12, Auto No. 17, folios 434 a 435 del C. Principal No. 1

2. AGENCIAS EN DERECHO

De otro lado, en razón a lo dispuesto en materia de agencias en derecho, la parte convocante será condenada a pagar a favor de la convocada, a título de agencias en derecho la suma correspondiente al cien por ciento (100%) del valor establecido por el tribunal por este concepto, suma que asciende a \$13.500.000.

Suma a cargo de la parte convocante y a favor de la parte convocada, por concepto de agencias en derecho	\$13.500.000
---	---------------------

3. SUMA TOTAL POR CONCEPTO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A CARGO DE LA PARTE CONVOCANTE Y A FAVOR DE LA PARTE CONVOCADA

Suma total por concepto de costas y agencias en derecho a cargo de la parte convocante y a favor de la parte convocada	\$31.426.000
---	---------------------

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Otros Gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

CAPITULO SEXTO

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por las sociedades convocadas contra el dictamen pericial rendido por el señor Oscar Borrero Ochoa. El Árbitro Único procederá al pago en favor del perito, de los honorarios correspondientes.

Segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que prospera la excepción formulada por Fiduciaria Central S.A. y Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda., en sus respectivas contestaciones de la demanda, denominada falta de legitimación por activa respecto de la convocante Mónica María Anne Agudelo Hernández y en consecuencia la señora Rosalba Hernández de Agudelo ha de tenerse como única integrante de la parte convocante en el presente trámite arbitral.

Tercero. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que prosperan las excepciones denominadas "*Inexistencia de la lesión enorme en el encargo fiduciario por falta de los presupuestos legales*" formulada por Fiduciaria Central S.A., "*Inaplicabilidad de las normas de la lesión enorme al negocio fiduciario*", formulada por Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda., e "*Improcedencia de la institución lesión enorme en el contrato de encargo fiduciario*", formulada por la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.

Cuarto. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que no prosperan las excepciones formuladas por Fiduciaria Central S.A. y Promotora Inmobiliaria Sánitas Ltda., en sus contestaciones de la demanda, respectivamente denominadas "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*" y "*Falta de legitimación por pasiva en cuanto corresponde a la convocada, Promotora Inmobiliaria Sánitas*".

Quinto. Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que no prosperan las pretensiones de la demanda.

Sexto. Condenar a la parte convocante a pagar a la parte convocada por concepto de costas y agencias en derecho y en proporciones iguales para cada

una de las sociedades que la conforman, la suma total de treinta y un millones cuatrocientos veintiséis mil pesos (\$31.426.000), monto que deberá ser cancelado en un plazo de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo.

Séptimo. Declarar que el Árbitro Único y la Secretaria adquieren el derecho a devengar el saldo de los honorarios una vez adquiera firmeza el laudo o, llegado el caso, la providencia que resuelva sobre eventuales solicitudes de aclaración, o complementación del mismo.

Octavo. Ordenar que se rinda por el Árbitro Único la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización y que proceda a devolver las sumas no utilizadas de la partida denominada "Gastos", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final.

Noveno. Expedir copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

Décimo. Disponer la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá. En caso de que el rubro previsto para protocolización no sea suficiente, deberán las Partes pagar la suma que sea necesaria al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ

Árbitro Único

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria