TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.

contra

INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Árbitro: Pablo Rey Vallejo

Secretaria: Eugenia Barraquer Sourdis

Bogotá, 16 de octubre de 2018
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TECNOLÓGIA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.
5350

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TECNOLÓGIA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.

Bogotá, dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por el señor Árbitro Pablo Rey Vallejo, con la secretaría de Eugenia Barraquer Sourdis, a dictar el Laudo que pone fin al proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. parte convocante, y INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., parte convocada.

El presente Laudo se profiere en derecho.

CAPITULO I
ANTECEDENTES

1. LAS PARTES

Actúa como parte demandante TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S., sociedad colombiana, con NIT 800.184.181-6, en adelante INTELCOL.

Actúa como parte demandada INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S. sociedad colombiana, con NIT 900.580.798-0, en adelante CASTISAS.

2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria, es la contenida en la cláusula decimotercera del Convenio Privado celebrado entre las partes, de fecha 30 de agosto de 2013 y que es del siguiente tenor:
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

TECNOLÓGIA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.
5350

"DÉCIMA TERCERA.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las partes aceptan que cualquier diferencia que se presente en relación con la interpretación, ejecución, terminación y liquidación del convenio, que no pueda ser solucionada directamente por las partes, será resuelta en derecho, por un Tribunal de Arbitramiento constituido por un árbitro, abogado titulado, designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se sujetará en su conformación y desarrollo a la legislación vigente al momento de presentarse el conflicto y a las reglas de dicho Centro de Arbitraje."

3. EL TRÁMITE

El 18 de agosto de 2017, la convocante, mediante apoderado judicial, presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la demanda que dio origen a este trámite arbitral.

En audiencia llevada a cabo el día 29 de agosto de 2017, por sorteo se realizó el nombramiento del señor Árbitro, quien oportunamente aceptó su designación.

El 7 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación en la que el Árbitro tomó posesión de su cargo, recibió el expediente, designó a la Secretaria, fijó sede del proceso y de la secretaría, y profirió el Auto Admisorio de la demanda. Dicho auto fue notificado personalmente a la convocada el 27 de enero de 2018, en los términos del artículo 292 del Código General del Proceso.

El 28 de febrero de 2018, estando en tiempo, la convocada, mediante apoderada judicial presentó escrito de contestación de la demanda y escrito de objeción al juramento estimatorio. El traslado de las anteriores se realizó mediante Auto N° 2 del 1 de marzo de 2018. El traslado transcurrió en silencio.

El 12 de marzo de 2018 se adelantó la audiencia de conciliación prevista en la ley, la cual se declaró concluida sin que hubiera arreglo alguno. En esa misma fecha se profirió el Auto mediante el cual el Tribunal resolvió respecto de las sumas por concepto de honorarios y gastos. Los dineros correspondientes a las sumas decretadas se consignaron en su totalidad por la parte convocante.
El 9 de abril de 2018 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el Tribunal profirió el auto mediante el cual se declaró competente para conocer de las pretensiones propuestas, así como de las excepciones de mérito formuladas y dictó el auto de decreto de pruebas.

Durante el trámite del proceso el Tribunal sesionó en 11 audiencias. Agotada la instrucción, en la audiencia del 18 de septiembre de 2018 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión.

Por no haber estipulado las partes el término de duración del proceso, de conformidad con lo establecido en la Ley, este término es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite. En consideración a que dicho término fue suspendido por voluntad de los partes en dos oportunidad, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir Laudo.

4. EL CONFLICTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL

En su demanda INTELCOL formuló las siguientes pretensiones (visibles a folios 9 y 10 del Cuaderno Principal N° 1):

"PRIMERA.- Sírvase señor Arbitro declarar que por los incumplimientos de Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., declarados en el laudo arbitral del once (11) de enero de dos mil dieciséis (2.017) entre las mismas partes, dicha sociedad hizo perder la oportunidad o la chance a Intelcol S.A.S. de poder participar en las utilidades del proyecto "Castillo Reservado", toda vez que la relación jurídica contractual se terminó el treinta (30) de noviembre de dos mil catorce (2.014), conforme lo declaró el anterior laudo arbitral mencionado en ésta demanda.-

SEGUNDA.- Sírvase señor Árbitro condenar a la parte demandada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar a la parte actora o Convocante, sociedad Tecnología en Ingeniería S.A.S., Intelcol S.A.S., la suma de quinientos cuarenta y siete millones setecientos treinta y cuatro mil doscientos tres pesos ($547.734.203,00 m c/t), moneda corriente, por concepto de "pérdida de una oportunidad" o "pérdida de un chance"."
TERCERA.- Sirvanse señores Árbitros condenar a las parte demandada o convocada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar a la parte actora o Convocante, sociedad Tecnología en Ingeniería S.A.S., Intelcol S.A.S., la indexación por el valor por el cual se dicte condena por la primera pretensión, desde el primero (1º) de julio de dos mil quince (2015), hasta la fecha en que sea notificada la demanda a la Parte Convocada o Demandada.-

CUARTA.- Sirvanse señores Árbitros condenar a las parte demandada o convocada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar a la parte actora o Convocante, sociedad Tecnología en Ingeniería S.A.S., Intelcol S.A.S., sobre el valor por el cual se dicte condena por la segunda pretensión, los intereses comerciales de mora a partir del día de la notificación de la presente demanda hasta el día de la solución o pago total de la obligación.-

QUINTA.- Sirvase señor Árbitro condenar a las parte demandada o convocada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar a la parte actora o Convocante, sociedad Tecnología en Ingeniería S.A.S., Intelcol S.A.S., los costos del tribunal y agencias en derecho que genere u occasiones este proceso arbitral."

CASTISAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito (visibles a folios 94 a 102 del Cuaderno Principal Nº 1) que denominó:

"EXCEPCIÓN DE MÉRITO POR IMPROCEDENCIA DEL TRÁMITE DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA POR CONFIGURARSE LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL SOBRE LAS MISMA

EXCEPCIÓN DE MÉRITO POR LIQUIDACIÓN DEL CONVENIO PRIVADO DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO PRIVADO POR PARTE DE INTELCOL S.A.S. Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

EXCEPCIÓN DE MÉRITO DE INEXIGIBILIDAD DE PAGO DE CONTRAPRESTACIÓN CORRESPONDIENTE EN LA PARTICIPACIÓN EN LA UTILIDAD EFECTIVA DEL PROYECTO Y FALTA DE ACREDITACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN A LA QUE LA MISMA SE ENCONTRABA SOMETIDA"
La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda visibles a folios 1 a 8 del Cuaderno Principal N° 1. La respuesta de la parte convocada a los mismos, está en la contestación de la demanda, a folios 81 a 89 del Cuaderno Principal N° 1.

5. LAS PRUEBAS.

Con base en las pruebas oportunamente solicitadas por las partes, y en la facultad oficiosa prevista en la ley, el Tribunal decretó las siguientes:

5.1. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD INTECOL

Todas las documentales aportadas que obran en el expediente.
El dictamen pericial rendido por el señor contador César Rodríguez Rojas.

De conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 236 del Código General del Proceso, se negaron las inspecciones judiciales solicitadas y en su lugar se decretó un dictamen pericial rendido por un experto contador público, quien dictaminará únicamente respecto del valor por el que se vendieron o se han vendido los apartamentos del proyecto "Castillo Reservado".

5.2. PRUEBAS DECRETADAS POR SOLICITUD DE CASTISAS

Todas las documentales aportadas que obran en el expediente.
El dictamen pericial rendido por el señor contador Andrés Ricardo Carvajal.

De conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 226 del Código General del Proceso, se negó el dictamen pericial financiero anunciado en la contestación de la demanda a realizarse sobre la totalidad de costos y gastos correspondientes a la ejecución del Proyecto Castillo Reservado.

Por no estar previsto en la ley, se negó el interrogatorio de parte de la propia parte.

6. DESARROLLO DE LA FASE PROBATORIA

La fase probatoria se inició el 10 de abril de 2018.
Se incorporaron al expediente todos los documentos oportunamente aportados y los dictámenes periciales acompañados con la demanda y la contestación.

Dentro de la prueba documental se destaca:

El convenio Privado de fecha 30 de agosto de 2013 suscrito entre las sociedades Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S. e INTELCOL S.A.S., con sus correspondientes Otrosí N° 1 y N° 2.

Los siguientes documentos que vienen trasladados del proceso arbitral entre las misma partes, en donde fue Árbitro único el doctor Édgar Augusto Ramírez Baquero y que concluyó con laudo de fecha 11 de enero de 2017:

- La demanda reformada y su contestación
- Demanda de reconvención y su contestación
- Interrogatorio de parte decretado de oficio al Representante Legal de Inversiones y Construcciones del castillo S.A.S.
- Laudo arbitral de fecha 11 de enero de 2017

Para el dictamen pericial rendido por un experto contador público, quien dictaminará únicamente respecto del valor por el que se vendieron o se han vendido los apartamentos del proyecto “Castillo Reservado”, se designó a la señora Gloria Zady Correa Palacio, quien estando en tiempo presentó su dictamen. La parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones que fueron tramitadas y resueltas.

Para efecto de la contradicción del dictamen, la perito asistió a audiencia de interrogatorio, que se realizó el 10 de agosto de 2018.

7. ALEGATOS

En la audiencia llevada a cabo el 18 de septiembre de 2018, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión, de los cuales entregaron resúmenes escritos que fueron incorporados al expediente.
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.
5350

8. LEY PROCESAL APLICABLE

Analizado el pacto arbitral, y en atención a la fecha de presentación de la demanda, este proceso se rige por las disposiciones de la Ley 1563 de 2012 y en lo no previsto en ellas por las normas del Código General del Proceso.

9. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer de las cuestiones sometidas a decisión arbitral; la demanda se ajustó a lo dispuesto por las normas que regulan la materia y no se observa causal de nulidad alguna; las partes son personas jurídicas, cuya existencia y representación están debidamente acreditadas; comparecen al proceso apoderadas por abogados inscritos cuyos documentos de mandato han sido examinados, encontrándose correctos en todo sentido; tienen capacidad jurídica para transigir y las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal son susceptibles de transacción; está debidamente acreditada la existencia de la cláusula compromisoria, y en su momento se cumplió debidamente el trámite para la designación del señor Árbitro, quien aceptó oportunamente y asumió su cargo en legal forma, se cumplieron debidamente todos los trámites del proceso arbitral y se cumplió con el control de legalidad.

Así las cosas, el Tribunal se encuentra plenamente habilitado para entrar a resolver sobre el fondo de la controversia, como a continuación pasa a hacerlo.

CAPÍTULO II
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con el fin de decidir en derecho la controversia y visto que el Tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y no advierte causal alguna de nulidad, procede a efectuar el estudio de las pretensiones y excepciones de mérito de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el laudo.

Así, el Tribunal determinará la suerte de la demanda arbitral, en atención a los hechos, pretensiones y excepciones del caso, y según las pruebas y demás elementos de juicio aplicables al presente proceso arbitral, así como con fundamento en las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia.
10. IDENTIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA CONTROVERСIA

El debate jurídico que se desata ante este Tribunal Arbitral remonta en sus orígenes a la relación sostenida por las partes con ocasión del desarrollo de los contratos denominados CONVENIO PRIVADO, contenido en escrito contractual otorgado el día treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013), así como sus dos acuerdos modificatorios consignados en documentos OTRO SÍ; y el CONTRATO DE OBRA CIVIL CR-001/2014, documentado en escrito del tres (03) de agosto de dos mil quince (2015).

Del mismo modo, cobra especial relevancia la decisión proferida el día once (11) de enero de dos mil dieciséis (2017) por un Tribunal Arbitral que resolvió las controversias surgidas entre las mismas partes con ocasión de las relaciones arriba señaladas y que fueron plasmadas en escritos de demanda principal y de reconvención presentadas ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), reformada el día veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), y quince (15) de marzo de dos mil dieciséis (2016), respectivamente.

En particular, la controversia que actualmente interesa a este Tribunal Arbitral no gira entorno a la identificación de la existencia, validez o eficacia de los contratos arriba señalados ni del desempeño contractual de las partes alrededor de estos ya que dichos aspectos fueron oportunamente resueltos en la providencia judicial apuntada.

No obstante lo anterior, el demandante procura una declaratoria de que los incumplimientos de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., declarados en el laudo arbitral en mención, acarrearan que TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. – INTECOL S.A.S. – perdiere la oportunidad de poder participar en las utilidades del proyecto “Castillo Reservado”, tal como fue inicialmente previsto en el aludido CONVENIO PRIVADO. Valga anotar que las pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA son consecuenciales de la PRIMERA que comporta el petitorio principal, cual es la declaratoria de la mencionada pérdida de oportunidad o chance.
11. **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL**

En su escrito de contestación, la parte convocada esgrimio argumentos tendientes a que se desestimen las pretensiones de la parte convocante, por considerar que comportan identidad de partes, causa y objeto en relación con las pretensiones planteadas y resueltas en el Tribunal Arbitral que antecedió a esta causa.

En relación con el primer aspecto, resulta de bulo que en el presente trámite arbitral las partes son los mismos protagonistas del procedimiento adelantado ante el señalado Tribunal de Arbitramento. Para concluirlo, basta cotejar los aspectos formales relativos a la identidad de estas en la providencia objeto de estudio y en los documentos que soportan los escritos de demanda y de contestación que dan origen a este proceso.

En lo que respecta a la identidad de causa y objeto, resulta necesario hacer aparecer en esta providencia aquellos presupuestos que fueron objeto de debate en la actuación arbitral tantas veces invocada, así como los términos en los que estos fueron debatidos y la decisión a la que arribó el operador judicial, en su momento competente. Los detalles de la petición, presumiblemente objeto de solapamiento, que fue esgrimida por la convocante en el trámite arbitral ya decidido, indicaba:

"**VIGÉSIMA PRIMERA:** Condenar a la parte demandada o convocada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar la suma de setecientos diecisiete millones sesicientos noventa mil ochocientos treinta y siete pesos con ochenta y dos centavos ($717,690,837,82) o la suma que se demuestre en el proceso arbitral, a título de lucro cesante por concepto de los ingresos dejados de percibir por concepto de participación en la utilidades del proyecto, si el señor árbitro opta por el segundo escenario planteado por el señor perito contable".

**VIGÉSIMA PRIMERA SUBSIDIARIA:** Condenar de manera subsidiaria solo en relación con la anterior pretensión; si no acoge la pretensión anterior (VIGÉSIMA) a la parte Demandada o convocada, sociedad Inversiones y Construcciones del Castillo S.A.S., a pagar a la parte Actora o Convocante sociedad Tecnología en Ingeniería S.A.S. Intelcol S.A.S. la suma de seisientos treinta y
cuatro millones setecientos veinticinco mil setecientos setenta y siete pesos con veintitrés centavos ($634,725.777,23), a la suma que se demuestre en el proceso arbitral, a título de lucro cesante por concepto de los ingresos dejados de percibir por concepto de los ingresos dejados de percibir por concepto de participación en las utilidades del proyecto, si el señor árbitro opta por el primer escenario planteado por el señor perito."

Frente a lo anterior, el Tribunal Arbitral que conocía del caso abordó el análisis de las referidas pretensiones precisando que las mismas abogaban por un "reconocimiento de daño a título de lucro cesante consistente en la utilidad que en el proyecto CASTILLO RESERVADO dice la petente haber dejado de percibir por causa de la conducta de la reconviniente". Precisa el Tribunal que esta pretensión de condena, a diferencia de las demás de esta misma entidad, no es de "cumplimiento de deudas negociales incumplidas" sino de resarcimiento de daños resultantes de la inobservancia de compromisos convencionales.

Previa enunciación de los requisitos de procedencia de un pedido de indemnización de esta categoría de daños y del análisis fáctico de la situación particular, el Tribunal advirtió que, para el caso particular, "es fácilmente advertible que el daño cuya reparación se solicita no existe". Lo anterior, aunado a otras consideraciones de orden procesal y de la congruencia de la sentencia, derivó en una negativa del Tribunal Arbitral a la prosperidad de las pretensiones Vigésima Primera (21ª) y Vigésima Primera (21ª) subsidiaria, arriba señaladas.

Tomando en consideración los términos del debate que actualmente se presenta en este Tribunal Arbitral, resulta entonces necesario identificar si la pretensión PRIMERA del escrito de demanda, relacionada con la pérdida de oportunidad o chance, comporta una identidad de causa o objeto en relación con las materias tratadas en el Tribunal anterior y que fueron identificadas en la presente sección.

El límite objetivo de la cosa juzgada lo conforman estas dos identidades señaladas, consistiendo el objeto en el bien corporal o incorpóral que se reclama, es decir, las pretensiones o declaraciones que se piden de la justicia, o en el objeto de la pretensión, y la causa, en el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso.\footnote{Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil No 11001-31-03-037-2007-00090-01 de 15 de agosto de 2017} Si bien en el caso particular es posible identificar...
una identidad de causa, no es posible afirmar lo mismo sobre la identidad del objeto pues las pretensiones esgrimidas en los dos procesos, si bien en ambos casos apuntan al reconocimiento de un derecho sobre unas utilidades, se diferencian entre sí por pretender cada una de ellas un reconocimiento de una modalidad de daño patrimonial diferente, uno de ellos ya negado en el trámite anterior. En este sentido, no le es dable a este Tribunal dar prosperidad a la excepción de cosa juzgada alegada por la demandada.

12. **DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DE LAS PRETENSIONES SOMETIDAS A ESTE TRIBUNAL**

Procede ahora el Tribunal en este punto a estudiar las pretensiones invocadas por INTELCOL en este proceso arbitral, con miras a determinar su objetivo y alcance.

La primera pretensión está encaminada a que se disponga que la demandante perdió la oportunidad de participar en las utilidades del proyecto “Castillo Reservado”, por cuenta de los incumplimientos de la convocada que fueron declarados en el laudo arbitral del 11 de enero de 2017 y que llevaron a la terminación de la relación contractual el 30 de noviembre de 2014. Las demás pretensiones, es decir, de la segunda a la quinta, como ya se indicó, son todas consecuenciales de condena, derivadas de la primera.

Así las cosas, y habiendo confrontado las pretensiones con los hechos de la demanda, es entonces claro que en el presente proceso no se solicita que el Tribunal se pronuncie respecto de si existió o no incumplimiento, de si el mismo fue o no la causa de la terminación del Convenio Privado del 30 de agosto de 2013 y, de si el mismo es o no la fuente del daño que, en modalidad de pérdida de oportunidad, ahora se reclama.

Entonces, en este proceso solo se persigue una indemnización con base en que, según el demandante, en el laudo citado quedó definido que los incumplimientos por los cuales fue condenado CASTISAS son la causa de que INTELCOL no haya podido participar en las utilidades del proyecto. Argumenta el demandante, soportado en el dictamen pericial de parte aportado por él a este proceso, que en el laudo anterior quedó claro que los incumplimientos de la parte convocada ascendieron al 96.5% mientras que los de la parte convocante tan solo representaron un 3.5%, correspondiente al incumplimiento parcial de una sola de las obligaciones.
En la medida en que para poder ordenar una indemnización es necesario que exista la demostración de la responsabilidad de quien con su falta causó un daño a otro y, se repite, ese cuestionamiento no fue planteado a este juzgador, es necesario estudiar lo dispuesto en el laudo del 11 de enero de 2017, para determinar si en efecto allí se resolvió que la demandada causó a la demandante el daño que le impidió participar de las utilidades del proyecto, generando con ello el derecho para INTELCOL de reclamar la indemnización correspondiente.


Para el efecto del análisis de este apartado resulta necesario precisar que el Tribunal Arbitral que antecedió a este trámite abordó la problemática desde la perspectiva de la existencia de dos contratos: uno el Convenio Privado, en el cual el convocante desempeñó el papel de Gerente de Obra y otro el contrato de Obra Civil.

Además es de anotar que en dicho proceso se presentó demanda principal y de reconvención por lo que dicho laudo dividió su análisis en dos partes, cada una de ellas encaminada estudiar cada una de las demandas presentadas.

Es relevante precisar que el Convenio Privado contenía las pautas, derechos y obligaciones de las partes en relación con el desarrollo del proyecto inmobiliario, trámite y obtención de permisos y disponibilidad de servicios públicos, comercialización (incluyendo los trámites legales y financieros asociados a las ventas), construcción, entrega y servicio postventa, manejo de garantías, entre otros. A su turno, el contrato de obra civil tenía por objeto el montaje de instalaciones de redes de incendio, hidráulicas, sanitarias, gas, acueducto y alcantarillado. Es de anotar que dados los convenios suscritos entre las partes, el convocante asumió la posición contractual de Gerente de Obra y de Contratista de obra, respectivamente, y la demandada la de dueño de la obra.

La fórmula de participación de INTELCOL S.A.S. en las utilidades del proyecto está contenida en el primero de estos contratos en la cláusula tercera, en la que se dispuso:
"TERCERA.- VALOR DEL CONVENIO: El valor de este convenio, entendido como los montos que el CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA, es indeterminado y comprende los siguientes conceptos y valores así:

(…)

2. Por concepto de participación en las utilidades efectivas del PROYECTO, un porcentaje de las mismas, según el estado de resultados estimado y el presupuesto general del PROYECTO aprobados, así: a) Cuando las utilidades efectivas del PROYECTO, sean iguales o inferiores al ochenta y cinco por ciento (85%) de las utilidades estimadas aprobadas en el presupuesto general del PROYECTO, el CONTRATISTA no recibirá pago alguno por este concepto. b) Cuando las utilidades efectivas del PROYECTO, alcancen un monto que se ubique por encima del ochenta y cinco por ciento (85%) y hasta el ciento por ciento (100%) de las utilidades estimadas aprobadas, el CONTRATISTA recibirá como pago un porcentaje equivalente al doce por ciento (12%) de esas utilidades, c) Cuando las utilidades efectivas del PROYECTO, alcancen un monto que se ubique por encima del ciento por ciento (100%) de las utilidades estimadas aprobadas, el CONTRATISTA recibirá como pago un porcentaje equivalente al quince por ciento (15%) de esas utilidades.

En todos los casos, para efecto de determinar las utilidades estimadas aprobadas se toma como base un valor promedio de venta de metro cuadrado construido no inferior a CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE ($4,700.00.00)."

En primera instancia este Tribunal considera pertinente resaltar el análisis efectuado por su antecesor en lo relativo a la calificación del desempeño contractual de las partes, específicamente en el punto del estudio realizado para resolver sobre las aspiraciones tercera y cuarta de la demanda principal, que proponían la declaratoria del incumplimiento del Convenio Privado por parte de CASTISAS y la consecuente terminación del mismo por cuenta de los alegados incumplimientos.

En la señalada providencia se destaca que CASTISAS efectivamente observó un comportamiento contractual calificado por el Tribunal como "absolutamente disfuncional" y "constitutivo de grave incumplimiento" de los deberes que le competía observar. Dichos incumplimientos fueron confesados por el representante
legal quien aceptó la existencia de sumas de dinero a cuyo pago aspiraba la actora principal que constituían deudas reconocidas e insólutas, que pese a haber sido facturadas, no fueron pagadas. Esta inejecución, en términos del Tribunal de Arbitramento que conoció de ella, produjo secuelas altamente lesivas para la continuidad de la fase de ejecución contractual.

Así mismo, el mencionado Tribunal al analizar el desempeño contractual de INTELCOL encontró que si bien esta intentaba, de muy buena fe cumplir las obligaciones propias de un Gerente de Proyecto de construcción, lo hizo con imperfecciones, toda vez que no actuó con “el rigor y la metodología que las circunstancias exigían, siendo este un incumplimiento relevante que no puede considerarse como insignificante, en vista del contexto y sus circunstancias. Entonces, del lado de esta parte litigiosa, para este tribunal arbitral atiende un evento de cumplimiento contractual imperfecto [...]”.

Sin lugar a dudas, para ese Tribunal los incumplimientos atribuidos a CASTISAS corresponden al no pago de deudas negociales cuya entidad resultó de menor envergadura que aquellos que recayeron en cabeza de INTELCOL y que se relacionaron con su muy deficiente desempeño en el ejercicio de sus funciones gerenciales. Lo anterior se desprende de la conclusión a la que ese operador judicial arribó al sentenciar que “el que gerencia una obra de construcción no puede ser otro que un profesional en esta actividad; alguien dotado de especiales conocimientos y técnicas con apoyatura en las cuales pueda llevar semejante emprendimiento sin riesgos adicionales a los que son propios de esta actividad y mantener estos últimos bajo control; profesional que, para los fines de una satisfactoria culminación de la tarea, debe hacer uso de los recursos y las técnicas que la correspondiente lex artis han decantado y prescriben a quienes incursionan en este campo del quehacer empresarial.”

Sopesados los dos imperfectos comportamientos contractuales de las partes el Tribunal concluyó que resultó más lesivo el incumplimiento de INTELCOL S.A.S. y por ello afirmó que “no puede ser verás que, por haber la convocada infringido sus compromisos contractuales, no pudo ser agotado el objeto del acuerdo de gerenciamiento de obra; como que tampoco es verdadero que por culpa de la culpa de la demandada principal, fue que tuvo su fin el contrato de gerencia del proyecto CASTILLO RESERVADO.”
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

TECNLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTECOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.
5350

Resultado de lo anterior, al analizarse las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención, específicamente la relativa a la declaratoria de incumplimiento del Contrato de Gerencia de Proyecto por parte de INTECOL S.A.S., en la parte decisoria del laudo en estudio se declaró el incumplimiento contractual de la demandante principal.

A pesar de lo anterior, no hubo una condena respecto del daño que este incumplimiento causó, en la medida en que el juzgador encontró que “A propósito de la causación de daños derivados de esta infracción contractual, en los autos del proceso no existe prueba alguna de ellos y es de destacarse que con ocasión de su actividad probatoria la reconvínciente no desplegó esfuerzo alguno en tal sentido. De consiguiente, solo se declarará el citado incumplimiento, pero la declaración respectiva no será adicionada con lo que respecta con la irrogación de daños.”

Por otro lado, aunque el resultado del Contrato de Obra no es el que permite desatar la litiis que ocupa este trámite en la medida en que la posibilidad o no de participación en las utilidades del proyecto “Castillo Reservado” dependía de la suerte del Convenio Privado, para tener el panorama completo es importante precisar qué fue lo que el laudo que antecedió a este proceso resolvió respecto del mismo.

En la mencionada providencia judicial declaró el árbitro que INTECOL S.A.S. cumplió con oportunidad y a cabalidad las obligaciones de su rol, mientras que en el caso de CASTISAS ocurrió todo lo contrario. En este punto se destaca que el representante legal de CASTISAS igualmente confesó una serie de sumas debidas que con ocasión del desarrollo de la fase probatoria se arribó a la identificación de las mismas y en tal sentido se produjeron las condenas correspondientes, tanto aquellas referidas al incumplimiento del contrato, como las relativas a la determinación de los montos adeudados.

A pesar de lo anterior, que en efecto implicó numéricamente una condena muy significativa a favor de INTECOL y que es la fuente de donde ahora esta parte establece los porcentajes de cumplimiento e incumplimiento que presenta, este reconocimiento dinerario no la pone en una posición que permita afirmar que fue por culpa de CASTISAS que se frustró su posibilidad de participar en las utilidades, pues como ya se explicó, hay dos tipos de condenas en el laudo anterior: la que refiere al incumplimiento del Convenio Privado que es fundamental en este proceso y que
sería de donde este laudo podría derivar la existencia de un daño indemnizable, y las que provienen de la liquidación de las deudas negociales, que obedecen a una naturaleza distinta, muy cercana a la meramente liquidatoria de los contratos.

Así las cosas, para este Tribunal es claro que de acuerdo con lo resuelto en el laudo antecedente, a pesar de los mutuos incumplimientos, la causa de la fractura de la relación jurídica emanada del Convenio Privado, tal y como quedó resuelto fue el incumplimiento de INTELCOL. En efecto, en el numeral décimo de la parte resolutiva del laudo de fecha 11 de enero de 2017 se decidió: “DÉCIMO.- Se declara que la demandante principal incumplió el contrato por las partes en contienda celebrado el treinta (30) de agosto de 2013”.

14. **LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O CHANCE FREnte AL CASO**

La pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo, con identidad y características propias, que se materializa en una vulneración a una expectativa legítima cuya reparación debe darse de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió.

En sentencia del 05 de abril de 2017, el Consejo de Estado\(^2\) reformuló los elementos que configuran la pérdida de oportunidad, según la histórica jurisprudencia colombiana, y sentó una serie de criterios que interesan a los efectos de la resolución del caso sub examine. Para esta Corporación, la pérdida de oportunidad no es un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad dado que jurídicamente no es posible acceder a declarar dicha responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima y el hecho dañoso.

Entonces, se desprende de los criterios señalados, que la pérdida de oportunidad no puede constituirse en una técnica de facilitación probatoria, ya que resulta a todas luces contrario a los principios jurídicos más básicos construir presunciones artificiales y parciales de responsabilidad para condenar a reparar una fracción de la totalidad del daño final, sin tener certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final. Así lo expresó el Consejo de Estado:

---

\(^2\) CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 5 de abril de 2017, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero; Radicación 17001-23-31-000-2000-00645-01 (25706).
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S.
contra
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S.
5350

“Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad (...)” (Subrayas fuera del texto)

Esta posición, se ha apoyado en la doctrina más especializada sobre la materia. Es así como en GIRALDO GÓMEZ se ha señalado:

“Si bien se reconoce que en algunos casos el tema de la incertidumbre causal está muy presente, ello no es razón suficiente para echar mano de una teoría [como la pérdida de oportunidad] que se refiere, exclusivamente, a la naturaleza y extensión del daño y, por supuesto, no fue creada para resolver el problema de la incertidumbre causal.

Aceptar la postura que se comenta implicaría ir en contradicción con los presupuestos tradicionales establecidos por la institución de la responsabilidad civil, buscando una nueva forma de hacerle frente a los problemas que se generan en la sociedad, y así, en vez de hacer justicia, se generaría una inseguridad jurídica que produciría un daño más grave para la convivencia en comunidad, en cuanto daria lugar a resultados tan injustos como sería el hecho de que una de las partes en conflicto se viera indemnizada, pero de manera parcial, a pesar de tener derecho a una reparación integral de su daño, de haberse demostrado la causa del mismo. Y, como contrapartida, que la otra parte, tuese condenada sin que existiera certeza sobre si fue ella quién en definitiva originó el daño que se le imputa”.³ (Subrayas fuera del texto)

La pérdida de oportunidad como daño autónomo, efectivamente cuenta con un componente de incertidumbre que corresponde a la ganancia esperada o el perjuicio que se busca evitar, derivado de la imposibilidad de determinar con certeza

³ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.
si se hubiera alcanzado o evitado de no haberse extinguido la oportunidad. Sin embargo, la pérdida de oportunidad también debe contar con dos componentes de certeza que resultan irrefutables ya que son fundamento esencial del derecho de daños como institución que persigue la reparación a lesiones antijurídicas: En primer lugar, el relativo a la existencia de la expectativa, que debe ser cierta y razonable; en segundo lugar, respecto de la privación de la misma, dado que debe predicarse con seguridad que el hecho dañino efectivamente infligido por el deudor fue determinante para que la víctima se viera privada de obtener en el futuro la ganancia esperada.

Entonces, en el caso concreto es posible identificar que concurren dos elementos que podrían, eventualmente, estructurar el daño de pérdida de oportunidad, tal como se puede colegir de lo expresado en el laudo arbitral de fecha once (11) de enero de dos mil dieciséis (2017), como son: Primero, la certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; y segundo, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho. No obstante, la mencionada providencia judicial no entra a calificar el tercer elemento, como es que la parte convocada se encontrara en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

El análisis de si INTECOL se encontraba en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho no corresponde a un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino a un criterio para determinar la imputabilidad de CASTISAS. Respecto de este punto, del laudo arbitral antecedente se puede concluir que la primera no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pudiera reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad ya que con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad pues fue INTECOL quien incumplió, y así fue declarado judicialmente, el contrato denominado CONVENIO PRIVADO, que tenía por objeto gerenciar la obra denominada PROYECTO CASTILLO RESERVADO y en el que estaban previstos los términos para una eventual repartición de utilidades. Este último elemento configura, de manera clara, una causal eximente de responsabilidad de CASTISAS.

En conclusión, como lo deja claramente sentado el laudo arbitral que ya conoció de las relaciones contractuales entre las partes, fue INTECOL quien incurrió en comportamientos de entidad tal que llevaron a que se declarara su incumplimiento en punto del contrato en el que se desempeñó como gerente de obra, impidiendo
con ello que pueda configurarse a su favor cualquier escenario de reparación por una eventual perdida de oportunidad en la participación de las utilidades del proyecto.

Así las cosas, tal y como ha quedado sentado y teniendo en cuenta el conflicto que fue sometido a este Tribunal Arbitral, ninguna de las pretensiones formuladas por INTELCOL en contra de CASTISAS está llamada a prosperar.

15. RESPECTO A LAS DEMÁS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS

Por último, en relación con las excepciones segunda y tercera propuestas por la demandada, considera este Tribunal que dado que las pretensiones no están llamadas a prosperar en la medida en que, como quedó sentado, no ha existido por parte de CASTISAS la causación de un daño que diera derecho a INTELCOL a obtener una indemnización, y recordando que ese es el único objetivo de su demanda, no encuentra este juzgador que sea necesario pronunciarse respecto de ellas pues con lo ya establecido se han enervado completamente las reivindicaciones de la actora.

CAPÍTULO TERCERO
JURAMENTO ESTIMATORIO

Como en el presente caso, tal y como quedó sentado, las pretensiones de la demanda no prosperarán, es necesario analizar si se debe o no dar aplicación a la consecuencia prevista en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso que dispone:

"PARÁGRAFO. (Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.) También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas."
La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte."

Para este juzgador es claro que solo es dable imponer la sanción citada cuando la causa de la no prosperidad de las pretensiones sea el actuar negligente o temerario de la parte, cosa que en este proceso no se evidenció, razón por la cual no hay lugar a imponer condena alguna por este concepto.

CAPÍTULO CUARTO
COSTAS, GASTOS Y AGENCIAS EN DERECHO

Mandan los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso que en las sentencias, para este caso en el presente Laudo, existan condenas en costas y agencias en derecho cuando quiera que se den los presupuestos contemplados en los mencionados artículos.

Siendo así que no prosperó ninguna de las pretensiones de la parte demandante, se procede efectuar la liquidación de costas y agencias en derecho, según lo preceptuado en la Ley, condenando a quien ha resultado vencido en este proceso, según la siguiente liquidación:

a) En lo relativo a las agencias en derecho, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, en los procesos declarativos de única instancia, como es el caso del proceso arbitral, se aplicará una tarifa entre el 5% y el 15% de lo pedido, por lo que el Tribunal las fija en la suma de veintiocho millones setecientos treinta y seis mil setecientos diez pesos ($28.736.710), a cargo de la parte convocante, cifra correspondiente al 5% de la cuantía jurada en la demanda.

b) En lo que concierne a los honorarios del Tribunal y a los demás gastos del proceso, es decir, la suma de cuarenta y tres millones trescientos treinta y un mil quinientos treinta y tres pesos ($43.331.533), ellos fueron sufragados en su totalidad por la convocante, por lo que no habrá lugar a restitución alguna por este concepto.

c) En relación con los costos del dictamen pericial practicado en este proceso, la convocante no ha cancelado la suma a su cargo, la cual deberá pagar directamente a la perito. Por su parte la convocada canceló por este concepto
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. 
contra 
INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S. 
5350

la suma total de cinco millones novecientos cincuenta mil pesos ($5.950.000) por lo que será de cargo de la parte convocante restituirle dicho valor.

En conclusión, por concepto de costas y agencias en derecho, será de cargo de la convocante y a favor de la convocada, la suma de TREINTA Y CUARENTA MIL MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS ($34.686.710).

CAPÍTULO QUINTO
DECISIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramiento instalado para resolver en derecho las controversias surgidas entre TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. e INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin y administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR improspera la pretensión primera de la demanda formulada por TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. en contra de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR improsperas las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta de la demanda formulada por TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. en contra de INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., por ser consecuenciales de la primera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a TECNOLOGÍA EN INGENIERÍA S.A.S. - INTELCOL S.A.S. a pagar a INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES DEL CASTILLO S.A.S., dentro de los diez (10) días hábiles siguiente a la ejecutoria de este laudo, la suma de TREINTA Y CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS ($34.686.710), por concepto de costas del proceso y agencias en derecho, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cámara de Comercio de Bogotá - Centro de Arbitraje y Conciliación
CUARTO: DECLARAR causado el saldo de los honorarios del Árbitro y de la Secretaría, por lo que se ordena realizar el pago de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

QUINTO: ORDENAR que se rinda por el señor Árbitro la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que se proceda a la devolución a la parte que corresponda, de las sumas no utilizadas de esta partida si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

SEXTO: ORDENAR que en la oportunidad de ley, se archive este expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

SÉPTIMO: ORDENAR la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las partes.

El anterior laudo se notifica en audiencia.

[Signature]

PABLO REY VALLEJO
Árbitro

[Signature]

EUGENIA BARRAQUER SOURDIS
Secretaria