

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y DEBIDO PROCESO- Interpretación de cláusulas del contrato es razonable/ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y DEBIDO PROCESO-No se probó violación

VIA DE HECHO POR DICTAMEN PERICIAL EN PROCEDIMIENTO ARBITRAL

VIA DE HECHO EN DECISIONES DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Procedencia

Tanto jueces como árbitros pueden llegar a incurrir en vías de hecho en su labor de administrar justicia. Es necesario para estar incurso en tal figura haber actuado arbitrariamente. La arbitrariedad en la actividad de los jueces de la República se ha encuadrado dentro de las siguientes tipos de defectos: orgánico, sustancia, procedimental y fáctico. La Corte ha aclarado que tratándose de arbitramentos en equidad si bien se puede incurrir en conductas arbitrarias, éstas no serían encuadradas dentro de los posibles efectos de un fallo en derecho. Así las cosas, los posibles defectos serían: falta de motivación material o evidente irrazonabilidad. No obstante, si el arbitraje es en derecho los tipos de defecto bajo los cuales se analizaría la conducta serían los mismos en los que podría incurrir un juez de la República.

VIA DE HECHO EN PROCESO ARBITRAL

VIA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL

Si bien existe un sistema de normas que establece las formalidades y etapas a seguir en los diferentes asuntos litigiosos que deben ser respetadas por los jueces o particulares que administren justicia, no todo desconocimiento de éstas permite la procedencia de la tutela. Sólo cuando quien administre justicia haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido se configura una vía de hecho de carácter procedimental. La vía de hecho por defecto procedimental se ha relacionado con el recaudo de medios probatorios en el proceso.

ERROR GRAVE EN DICTAMEN PERICIAL-El haberse pronunciado ultra petita no lo constituye

El haberse pronunciado más allá de lo pedido no constituiría error grave en la medida en que el objeto de estudio no fue algo “fundamentalmente” diferente, toda vez que al incluir lo que se preguntaba, aunque excediéndolo, existe una clara relación entre los términos en que se

decretó y emitió el peritazgo. Declarar que un peritazgo que vaya más allá de lo pedido, sin más fundamento que éste, es un defecto procedimental. Por otro lado, de llegarse a desvirtuar la validez del dictamen por haberse pronunciado sobre un objeto diferente al pedido, se rechazarán las conclusiones ultra petitum, mas no lo que se haya dicho con relación a lo pedido. Si bien se presentó un error de carácter procedimental al haber considerado que la objeción por error grave en el dictamen pericial estaba llamada a prosperar, tal error no es constitutivo de una vía de hecho, puesto que así se hubiera considerado el peritazgo como prueba no hubiera cambiado el sentido del Laudo. El Tribunal consideró que el peritazgo emitido dentro del proceso adolecía de error grave, toda vez que se había pronunciado sobre un objeto diferente al solicitado. La Sala observa que tal calificación del peritazgo es errada, toda vez que si bien, en un comienzo, el experticio pudo haberse extralimitado en lo pedido la extralimitación no implicaba un objeto de estudio fundamentalmente distinto al que era materia del dictamen, debido a que comprendía en su plenitud lo pedido, pero iba más allá. En esa medida, existe concordancia con lo solicitado en un porcentaje casi pleno, lo que hace que no se pueda predicar la fundamentalidad en la diferencia de objeto.

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y DEBIDO PROCESO-Se cumplió obligación con primera entrega de auditoría

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Y DEBIDO PROCESO-No existía obligación de realizar auditoría en visita conjunta

En cuanto a la exigencia de la realización de visitas conjuntas para la determinación de si se había configurado un error en la auditoría, la Sala encuentra que si bien el Tribunal estableció un límite de tiempo inexistente en el contrato para su realización, la interpretación de la cláusula j. sin el establecimiento del límite no habría cambiado los resultados del proceso, toda vez que, como el mismo Tribunal lo indica, de haberse realizado las visitas conjuntas y comprobado que sí existía error en la auditoría de AFA no se habría derivado la obligación de pagar el mayor tiempo en la ejecución de la obra, como señala AFA, sino, únicamente, el deber de cubrir los costos derivados de la visita conjunta por parte de Electrocosta. De la no realización de la inspección conjunta no se puede derivar lógicamente la inexistencia de errores en la labor de AFA y la consecuente exoneración del cubrimiento de los costos de la elaboración de todas las correcciones, como pretendía el Juez de segunda instancia, ni el

cubrimiento de los costos por mayor tiempo en la ejecución del contrato, como pretendía AFA.

ERROR GRAVE EN DICTAMEN PERICIAL Y VIA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-No todo error la configura

En criterio de la Sala sí se incurrió en un defecto procedimental en la aplicación del artículo 238, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil que permite acoger una objeción de prueba pericial cuando existe error grave. A la luz del mencionado artículo, el Tribunal ha debido considerar la prueba pericial de manera conjunta con las demás pruebas que constan en el expediente, puesto que no existía imprecisión de alta envergadura en el pronunciamiento pericial. Se repite, el haberse pronunciado más allá de lo pedido, incluye el objeto de lo pedido, por lo que no se puede predicar la manifiesta equivocación. Ahora bien, teniendo en cuenta que de no haberse incurrido en este error de tipo procedimental el Tribunal habría tenido que valorar, dentro de la sana crítica, la prueba pericial de manera conjunta con las demás pruebas que constaban en el expediente, la Sala -atendiendo a que no todo error implica vía de hecho- encuentra que el mencionado defecto no conlleva la pérdida de efectos del Laudo Arbitral cuestionado.

Referencia: expediente T-888314

Peticionario: AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P.

Accionado: Tribunal de Arbitramento conformado por los árbitros Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas por el Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena, el 27 de agosto de 2003, y el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena, el 6 de octubre de 2003

I. ANTECEDENTES

AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P.1 manifiesta, actuando a través de apoderado, que el Tribunal de Arbitramento conformado por los árbitros Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García, incurrió en una vía de hecho por error sustantivo y fáctico en el Laudo proferido el 23 de mayo de 2003 y su Aclaración del 20 de junio del mismo año. El presunto error sustantivo se presentó, toda vez que interpretó de manera irrazonable las cláusulas del contrato COMER 005 y los términos del Acta de liquidación de tal contrato del 9 de febrero de 2001, contrato y liquidación suscritos entre la accionante y la Empresa Electrificadora de la Costa Atlántica, Electrocosta S.A. E.S.P.2, derivando de tal comprensión el cumplimiento de las obligaciones contractuales de Electrocosta, en particular la de realización de las auditorías sobre las obras de AFA dentro de los 30 días siguientes a la entrega de la labor contratada, a pesar de que, según AFA, tal auditoría no se había hecho sobre el 100% de la labor realizada. Por su parte, el presunto error fáctico se presentó, puesto que, a pesar de que tal obligación sí existía, el Tribunal no valoró las pruebas que demostraban plenamente el incumplimiento del contrato por parte de Electrocosta y el desequilibrio económico del contrato que esto implicaba, en virtud de los mayores tiempos en la ejecución del contrato que se habían generado. Los presuntos errores manifiestos se sustentan en los siguientes hechos:

1. El 28 de agosto de 2000 se suscribió el contrato COMER 005, entre AFA y Electrocosta, con el objeto de levantar la cartografía de los departamentos de Córdoba y Sucre y el censo de usuarios a los cuáles les prestaba el servicio Electrocosta en tales departamentos.
2. Aduce la accionante que, en virtud de las dificultades económicas que estaba pasando, debidas al incumplimiento del pago de otros contratos suscritos anteriormente con Electrocosta, fue necesario suscribir el Acta de terminación de mutuo acuerdo del contrato COMER 005, el 9 de febrero de 2001. En tal Acta se acordó un plazo de 60 días calendario para la entrega de los trabajos señalados en el contrato COMER 005. Según tal término, la fecha de entrega de los trabajos de cartografía debería hacerse el 15 de febrero de 2001

para Córdoba y el 19 del mismo mes para Sucre.

Los términos en los cuáles quedó fijada la obligación en la mencionada Acta, cláusula quinta, son los siguientes: “una vez el contratista entregue el trabajo realizado Electrocosta – Electricaribe (entendiéndose también la auditoría de los contratos) cuenta con treinta días para aceptar o rechazar dichos trabajos. Si pasados los treinta días estipulados anteriormente en el informe de auditoría no es entregado, el contratista podrá tramitar la factura respectiva. ”

3. Indica la demandante que el 14 de febrero de 2001 AFA entregó el total de los trabajos acordados.

4. Según la demandante, el 21 de marzo de 2001, Electrocosta entregó un informe parcial de auditoría, toda vez que faltaban por auditar el municipio de Montería y otros municipios de Córdoba. Por no estar completo, en criterio de la contratista –ahora demandante-, el informe fue rechazado a través de escrito del 3 de abril de 2001. Además de que, en criterio de la accionante, la auditoría fue parcial, ésta presentó un alto margen de error, lo que, en su parecer, hacía mayor el incumplimiento de la obligación de auditar en cabeza de la entidad contratante.

5. El 10 de abril de 2001 se entregó por parte del contratante un segundo informe parcial –en criterio del demandante- de auditoría en el cual disminuyó el porcentaje de error frente al inicialmente presentado. Sin embargo, en este informe tampoco estaban auditadas la totalidad del departamento de Córdoba e igualmente presentaba un alto margen de error. Tal complementación del informe de auditoría se hizo 40 días hábiles después de la entrega de la labor realizada por el Contratista.

6. Con fecha de 20 de abril de 2000, recibido por AFA el 23 de abril, el contratante entregó un tercer informe de auditoría, corrigiéndose así, en criterio de la ahora accionante, los informes parciales. En el informe final se señala 11.530 como número de fincas auditadas que fueron rechazadas.

En parecer de la accionante, el informe de auditoría fue extemporáneo, toda vez que la totalidad de la auditoría fue entregada 48 días después de entregada la labor contratada y no 30, como se había establecido en el Acta de liquidación.

7. Frente al informe recibido el 23 de abril de 2000, el 30 de abril de 2001, la contratista manifestó su inconformidad debido, en su criterio, a la incongruencia de éste.

8. No obstante, el 3 de mayo de 2001, AFA presentó las correcciones. A pesar de que los informes de auditoría habían sido oportunamente cuestionados por parte de AFA, el 3 de mayo de 2001, Electrocosta rechazó las correcciones presentadas por AFA, por extemporáneas. Tal rechazo desconoce, según AFA, la cláusula del Acta de terminación de mutuo acuerdo según la cual “si se llegare a rechazar parte alguna del trabajo realizado, en consideración a los estándares de calidad pactados en los contratos el contratista deberá hacer dicho trabajo en un plazo no mayor de 8 días calendarios”. Al rechazar la corrección de los predios impidió el trámite de legalización de la factura sobre el estudio cartográfico de éstos presentado por AFA.

9. En parecer de la accionante, en virtud de la tardanza y los errores en la entrega de la auditoría, el contratante debió haber aceptado la factura sobre los predios corregidos, a la luz del Acta del 9 de febrero de 2001 según la cual “si pasados los 30 días estipulados [con los cuáles cuenta el contratante para entregar el informe de auditoría éste] no es entregado, el contratista podrá tramitar la factura respectiva.”

10. Hechos semejantes ocurrieron con respecto a la cartografía del departamento de Sucre. En efecto, AFA entregó al contratante el 19 de febrero de 2001 la cartografía de este departamento, en cumplimiento de lo estipulado en el Acta del 9 de febrero de 2001. A partir de esta fecha, el contratante contaba con 30 días hábiles para entregar la auditoría.

12. El 27 de marzo de 2001 se presentó un informe parcial, en criterio de AFA, toda vez que dejó de auditar un alto porcentaje de las fincas de varios municipios de Sucre.

13. El 2 de abril de 2001, el contratante presentó un segundo informe parcial que complementaba y corregía el anterior. Tal informe fue rechazado el 5 de abril de 2001 por AFA, tanto por sus errores, como por su presunto carácter parcial.

14. El 20 de abril de 2001, el contratante entregó a AFA un informe parcial el cual contiene la revisión de los informes anteriores. Tal informe fue presentado 44 días hábiles después de haberse entregado el trabajo por parte de AFA y, por tanto, en criterio del demandante fue extemporáneo. Este informe también fue rechazado por AFA, el 3 de mayo de 2001, por no

comprender la revisión total del trabajo y por no haberse hecho la revisión conjunta en campo como lo determina el anexo de los contratos denominado procedimiento para la evaluación de calidad, cuyo literal j. señala “en caso de que el contratista no acepte la validez de un lote se aceptará la revisión conjunta.”

15. Con respecto a la entrega de los suministros del departamento de Córdoba, aconteció algo similar, en dicho de la peticionaria. Según el Acta de liquidación del 9 de febrero de 2001, AFA se comprometía a la entrega de la labor contratada en el término de 60 días. AFA entregó los suministros el 16 y el 29 de marzo de 2001.

16. A pesar de que la entrega de los suministros fue oportuna, en criterio de la accionante, los informes de auditoría no lo fueron. En efecto, el 7 de mayo de 2001 se recibió informe de auditoría del suministro y tal informe no incluyó el análisis de todos los lotes. Por tal razón fue rechazado por AFA, en escritos del 11 de mayo y el 16 de mayo.

17. El segundo informe de auditoría fue presentado el 11 de junio de 2001. Este informe fue tardío, toda vez que se entregó 78 días hábiles después de la entrega realizada por el contratista, debiéndose haber entregado a los 30 días hábiles. Por presentar inconsistencias, el informe del 11 de junio también fue rechazado por AFA.

18. El 13 de junio de 2001, el contratante presentó el tercer informe de auditoría. A pesar de la discrepancia frente a dicho informe, el contratante no accedió a la realización de la visita conjunta en campo, como lo ordenaban los contratos.

19. En criterio de AFA, la tardanza en la entrega total de las auditorías, el alto margen de error de éstas y la remisión para la realización de visitas conjuntas generaron mayores tiempos de ejecución para el contratista –el contrato COMER 005 que debió ejecutarse entre el 28 de agosto de 2000 y el 28 de diciembre de 2000, se extendió, debido a Electrocosta, hasta el 4 de julio de 2001, fecha de la entrega del último informe de auditoría-. A tal mora por parte del contratante, se añadió la tardanza en la cancelación de las obras entregadas. Además, como las diferencias en la aplicación de los márgenes de error en la práctica de las auditorías y los suministros no auditados no debían deducirse de las facturas que presentara el contratista y fueron deducidas por el contratante, también se causó un perjuicio.

20. AFA buscó, a través de arreglo directo, que se solucionaran las diferencias mencionadas

en el numeral antecedente, pero no logró llegar a ningún acuerdo con Electrocosta.

21. Debido a que AFA consideraba que se había incumplido el contrato, lo cual había generado un consecuente desequilibrio en las condiciones del contrato, acudió a la Cámara de Comercio de Cartagena para que se convocara un tribunal de arbitramento y éste dirimiera el conflicto. Como hechos de la demanda presentó los arriba expuestos y como pretensiones las siguientes: “Primero. Que se declare que Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. incumplió el Acta de Terminación por mutuo acuerdo de los contratos COMER el (sic) 005 y COMER el (sic) 006 de fecha 28 de agosto de 2000, los dos, suscrita, el acta, el 9 de febrero de 2000 (sic).

Subsidiariamente, en el improbable caso que no se acceda a la petición anterior, pido que se declare en relación con el acta de terminación de mutuo acuerdo del Contrato COMER 005, la ocurrencia de hechos o circunstancias no imputables al contratista que dieron lugar al rompimiento de la ecuación económica del contrato y que derivaron para el contratista los perjuicios económicos por: A) Incumplimiento en los tiempos de entrega de la auditoría por parte del Contratante; B) Incumplimiento al negarse a ejecutar la revisión conjunta en campo de las inconsistencias señaladas en los informes de auditoría presentado (sic) por el contratante; C) Incumplimiento en el trámite y pago de las cuentas por el Contratante al Contratista; y E) Mayores tiempos de ejecución de los contratos generados por las circunstancias anteriormente señaladas.

Segunda: Que como consecuencia de la petición primera principal, o de la subsidiaria, se condene a Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. al restablecimiento económico de AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P., mediante el pago de los siguientes conceptos:

a. Por intereses sobre los valores de las cuentas presentadas y pagadas con retardo la suma de \$13.956.705 (...)

b. Por concepto de intereses por retardo en el pago sobre el impuesto al Valor agregado (IVA) liquidados sobre el valor de cada factura presentada y pagada con retardo, la suma de \$2.011.094 (...)

c. Por concepto de mayores costos de administración causados por el retardo en cuatro

meses en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato comer 005 y el acta de 9 de febrero de 2001, la suma de \$247.092.000. (...)

d. Por conceptos de valores por trabajos ejecutados sobre fincas o AOL, y no canceladas en oportunidad por parte del contratante por defectuosa o mala liquidación la suma de \$ 23.245.422 (...)

Tercera: Que la suma de \$286.305.221 a que sean condenadas (sic) Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. sea con indexación.

Cuarta: Que se condene a Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. al pago de las costas y pagos de este proceso incluyendo los honorarios del abogado gestor.”

22. Electrocosta propuso excepciones previas consistentes en cumplimiento de lo pactado e inexistencia de la obligación endilgada por AFA y la consecuente no configuración de perjuicios derivados de la actuación de la contratante.

23. Dentro del proceso se decretó de oficio el peritaje sobre los libros, papeles, carpetas y documentos del convocante que contenían las revisiones de la cartografía sobre las cuáles, según el convocante, no le fue practicada la auditoria.

24. Los peritos rindieron informe según el cuál sí se había incumplido el contrato por parte de Electrocosta y, en consecuencia, debían indemnizarse los perjuicios, los cuáles determinó en el peritaje.

26. Mediante Laudo Arbitral proferido el 23 de mayo de 2003, el Tribunal conformado por los árbitros Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García resolvió declarar probada la excepción de cumplimiento de lo pactado y la de inexistencia de la obligación, invocadas por la parte convocante. En consecuencia, denegó la pretensión primera, tanto en lo principal como en lo subsidiario, y la pretensión segunda, a excepción del literal a, relativa a la mora en el pago de las facturas por parte del convocado. Con respecto a la objeción presentada frente al dictamen pericial, el Tribunal declaró que prosperaba de manera parcial. Las razones para tales decisiones se pueden exponer como sigue³:

a. El Tribunal verificó que AFA había entregado dentro del término pactado el trabajo encomendado tanto de las cartografías de Córdoba y Sucre, como de los suministros de

Montería, Cereté, Canalete y Buenavista.

b. Según los términos del Acta de liquidación, Electrocosta o la auditoría de los contratos contaban con 30 días para aceptar o rechazar dichos trabajos. Pasado tal término sin que el informe de la auditoría fuera entregado, AFA podía tramitar la factura respectiva. También se estipuló que si se llegare a rechazar alguna parte del trabajo hecho, AFA debía rehacer el trabajo en un término de 8 días calendario.

c. Según el análisis del acervo probatorio, el Tribunal encontró que “la auditoría sí realizó el encargo dentro del termino pactado en el acta de fecha 9 de febrero del 2.001, acorde a la siguiente tabla” (se transcribe textualmente):

AUDITORÍA

FECHA LÍMITE DE ENTREGA

FECHA DE ENTREGA

Cartografía de Córdoba

30 de marzo del 2.001

21 de marzo de 2.001

Cartografía de Sucre

3 de abril del 2.001

27 de marzo del 2.001

Suministros de Córdoba

15 de mayo de 2.001

7 de mayo de 2.001

a. Para el Tribunal, “al precisar la cláusula novena de[l acuerdo del 9 de febrero de 2001] que en lo no modificado por él se seguiría aplicando “todos los términos y condiciones pactadas en los contratos COMER 005 y COMER 006 quedando claro que todos los actos que de aquí en adelante se ejecuten tienden exclusivamente a la liquidación del mismo”, resulta[ba] evidente que aquel contrato constituye aún fuente de obligación y derechos para las partes.

En el aludido contrato y en el documento denominado CONDICIONES PARA LA EJECUCION DE CLIENTES que obra a folios 000123 a 000133 y 00028U del cuaderno de pruebas documentales principales se lee en su orden. “CLAUSULA OCTAVA: obligaciones del contratista. El contratista se obliga a la corrección inmediata de cualquier error u omisión de la información presentada del lote, que a juicio de El contratante esté en detrimento de la calidad exigida en el documento anexo” “CONDICIONES PARA LA EJECUCION DE DATOS. Esta corrección se hará sin ningún tipo de cargo económico para el contratante.; y “j. En caso de que el contratista no acepte la invalidez de un lote se procederá a una inspección conjunta entre (sic) personal del (sic) contratista y personal del (sic) contratante, los costos derivados de esta inspección serán por cuenta del causante del error. (contratista vs. Contratante)...”

La estipulación contractual y la convenida en el documento denominado CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DEL CENSO DE CLIENTES antes dichas, indican, de una parte que no pueden resultar a cargo de El contratante los gastos o costos en que necesariamente tuviese que incurrir El contratista para corregir error u omisión en cualquier información presentada, cosa bien diferente es que los costos derivados de la inspección consecuente al evento en que El Contratista no acepte la invalidez alegada por El Contratante sobre un posible error, sean por cuenta del causante mismo. Siendo ello así, además de ser manifiestamente extemporánea la solicitud de revisión conjunta formulada por el convocante en comunicación dirigida a La Convocada con fecha 11 de mayo de 2.001 (folio 430 a 432 del cuaderno de pruebas documentales anexo a la solicitud de convocatoria), resulta que continúan siendo a cargo de El Contratista los costos y gastos que demanden la corrección de esos errores de conformidad con lo establecido en la cláusula octava del contrato COMER 005. Y decimos extemporánea porque para el 11 de mayo de 2.001 el término de 8 días calendario para las correcciones por parte del Contratista ya había fenecido, así: para la entrega de la Cartografía de Córdoba el día 29 de marzo de 2.001, y para la Cartografía de Sucre, el día 5 de abril del 2.001. Ahora bien con respecto a los suministros de Córdoba El Contratista se

encontraba en tiempo para hacer las correcciones a que hubiere lugar o pedir la inspección conjunta de que trata el literal “j” del anexo PARA LA EJECUCIÓN DEL CENSO DE CLIENTES; pero no se pronunció con relación a dicho ítem.”

a. Con respecto al peritaje y la objeción grave contra este presentada indicó el Tribunal: “En dicho dictamen, se destaca, que lo que este Tribunal pretendía establecer eran situaciones fácticas que apuntaran a la existencia de correcciones y/o aclaraciones presentadas por el Convocante, en desarrollo del contrato COMER 005 y el Acta de 9 de febrero de 2.001, análisis Cartográfico de los municipios donde el Convocante practicó o debió practicar la labor objeto del contrato mencionado, fechas en que fueron presentadas por el Convocante cuentas de cobro, fecha de pago; la existencia o no de mayores tiempos en la ejecución del contrato, precisando en el evento de que se hubieren presentado, cual fue la causa de ello, y finalmente, verificar pagos conceptos y fecha en que estos fueron efectuados por El Convocado a El Convocante. Ciertamente el Tribunal no solicitó a los señores peritos determinar a cuanto ascendían supuestos perjuicios causados por el Convocado a El Convocante, extemporaneidades de cumplimiento calificadas por estos expertos, desconociendo la contabilización legal de los términos (...) y menos aún calificación y graduación de los mismo. Al hacerlo incurrieron en inferencias, juicios o deducciones que rebasan el objeto de su encargo. (...)”

En cuanto a la objeción por error grave formulada por la apoderada de la Convocada, el Tribunal considera que está llamada a prosperar parcialmente, puesto que (...) no se trata de refutar de manera simple los razonamientos y conclusiones de los peritos en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, sino que este dictamen o experticio tiene reparos, deficiencias y equivocaciones de tal entidad o magnitud que al no haber sido respondidas de manera satisfactorias las preguntas contenidas en el interrogatorio señalado por el Tribunal y rebasar el ámbito del mismo, ocupándose de aspectos ajenos a su encargo (...) rebasaron el lindero de sus atribuciones e invadieron la de los Árbitros”

27. AFA solicitó aclaración del Laudo Arbitral por juzgar que contenía apreciaciones infundadas, interpretaciones y valoraciones erradas; insuficiencia en la valoración y estimación de las pruebas, en particular en lo relativo al incumplimiento del contrato según los términos establecidos en el Acta del 9 de febrero de 2001. Además, por considerar que la providencia cuestionada no reúne los requisitos de los artículos 304 y 305 C.P.C. en cuanto

no es congruente la parte motiva con la resolutiva.

28. El Tribunal, en Auto del 20 de julio de 2003, no accedió a lo solicitado por considerar que el Fallo era congruente, puesto que analizaba todos los hechos y circunstancias descritos en la parte motiva y con base en éstos tomaba la decisión reflejada en la parte motiva. Además, en criterio del Tribunal, el Convocante no fue preciso en su solicitud, toda vez que señaló que la providencia desconocía requisitos de los artículos 304 y 305 del C.P.C., pero no indicó los motivos. A esto agregó que la aclaración sólo procedía sobre errores aritméticos y ninguno había sido cometido en el fallo cuestionado.

A las consideraciones expuesta, el Tribunal añadió las siguientes: en relación con el cumplimiento de la labor de auditoría “resulta un contrasentido pretender que la labor de la auditoría debía recaer sobre el cien por ciento (100%) de los trabajos y entregas realizados por La Convocante, cuando en el mismo documento denominado condiciones para la Ejecución del Censo de Clientes en el literal b) que obra a folio 000288U establece que la misma se practicará al azar sobre los registros por cada lote.

Sea de ello lo que fuere, es evidente que por haberlo convenido así las partes al dejar vigente las estipulaciones contenidas el contrato COMER 005 en su cláusula octava según la cual El Contratista quedaba obligado a corregir de manera inmediata cualquier error u omisión en la información presentada sobre lote(s) a juicio de El Contratante, cuando éste considerare que iba en detrimento de la calidad exigida en el Documento anexo al mismo y que dicha corrección se haría sin ningún tipo de cargo económico para el Contratante, de acuerdo con la estipulación también vigente contenida en el documento denominado “CONDICIONES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO” mal pueden interpretarse de manera aislada parcial y selectiva los documentos de los cuales emanan derechos y obligaciones a cargo de cada una de las partes, solicitando que los mayores costos y tiempos empleados se trasladen a la convocada, cuando fue precisamente ese específico aspecto regulado por las partes exonerando a ésta última de cualquier gasto como consecuencia de ello.”

29. En criterio de AFA, tanto el Laudo Arbitral como su aclaración incurrieron en vía de hecho, puesto que la cláusula del contrato COMER 005 que señaló que cualquier corrección en la información presentada se haría sin ningún costo para el contratante no era aplicable al caso, toda vez que de lo que se trataba no era de una corrección de información del trabajo

realizado por AFA, sino del reconocimiento de los gastos en que el contratista incurrió para demostrarle a Electrocosta sus propios errores en los informes de auditoría, los cuáles en su mayoría fueron rechazados por estar mal hechos, circunstancia que fue aceptada por la Contratante al corregirlos.

30. En cuanto a la consideración de la solicitud de inspección conjunta realizada por AFA, la cual encontró extemporánea el Tribunal, la accionante señala que el accionado aplicó una cláusula contractual de manera indebida, toda vez que en este caso no se trataba de realizar correcciones al trabajo realizado por AFA en cuanto a la información de la cartografía, sino de errores cometidos por Electrocosta en el trabajo de auditoría. Al ser así las cosas, en criterio de la accionante, debió haberse realizado la inspección conjunta para verificar las inconsistencias de los informes de auditoría que rendía la contratante las cuales corrían a cargo del causante del error, según el literal j de las condiciones par la ejecución del censo de clientes.

31. Agrega AFA que, en la providencia que resuelve la solicitud de adición y aclaración del Laudo, el Tribunal incurrió en vía de hecho, puesto que afirmó que Electrocosta podía realizar la auditoría al azar sobre los registros de cada lote. En criterio de AFA, tal afirmación desconoce el literal b de las Condiciones de la ejecución del Censo de datos que señala “El contratante seleccionará una muestra de registros por cada lote según tamaño determinado por las tablas 10.2 y 10.3 para inspección normal nivel 2 de acuerdo a lo indicado en la norma referenciada”, la cual indica que la convocante debía entregar la información en lotes de 1200 a 10.000 registros y la Convocada Electrocosta debía efectuar su auditoría seleccionando una muestra al azar por cada lote y que de por cada lote de 1200 registros debía hacer en el campo una muestra de 80 registros (de acuerdo a las tablas 10.2 y 10.3). En conclusión, considera AFA que debió entenderse que las muestras sobre los lotes eran las que se tomaban aleatoriamente, pero el auditaje sí debía recaer sobre el 100% “del trabajo efectuado”4.

31. En lo relativo a la valoración del dictamen pericial, la accionante estimó que se había desconocido el debido proceso por parte de la accionante, toda vez que éste sí absolvió las preguntas formuladas por el Tribunal, especialmente si se observa la aclaración rendida. Con respecto a la extralimitación del dictamen aducida por el Tribunal, observó la demandante que tasar el monto de los perjuicios era un asunto inescindible de la determinación de la

existencia de éstos, motivo por el cual no se podía considerar como error grave. Además, si bien en la demanda AFA no solicita expresamente la indemnización de perjuicios pidió el restablecimiento económico contractual que equivale a una indemnización. A esto agrega que, si bien el Tribunal descartó la tasación de perjuicios, ha debido tener en cuenta el análisis técnico realizado por los peritos.

32. En consecuencia, solicita declarar la nulidad parcial del Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2003 y su Aclaración de 20 de junio para que, a su vez, se denieguen la excepción de cumplimiento de lo pactado y de inexistencia de la obligación invocadas por Electrocosta y se deseche la objeción al dictamen pericial para apreciarlo como prueba. En consecuencia, se ordene al Tribunal proferir un nuevo laudo arbitral.

Contestación de las entidades vinculadas

1. Jairo Morales Navarro, Iris María Crismatt Mouthon y Norberto Gari García, como integrantes del Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo del 23 de mayo de 2003, cuestionado en la tutela, solicitaron se declarara improcedente la tutela por haberse promovido contra un Tribunal que ya cesó en sus funciones y, en consecuencia, no existe. Además, puesto que la acción de tutela fue creada para la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y no de la jurídica.

No obstante, el Tribunal procedió a desvirtuar el dicho de la accionante al señalar que en el procedimiento arbitral se hizo un completo estudio de las pruebas allegadas y si se dejó de practicar alguna esto se debió a la renuncia que expresamente se hizo sobre éstas por parte de AFA. Agrega que los argumentos ahora presentados en la tutela difieren de aquellos expuestos en el proceso arbitral. En la demanda arbitral no se solicitó que se reconocieran los gastos en que el contratista incurrió para demostrarle a Electrocosta sus propios errores en los informes de auditoría ni que se comprobaran los errores cometidos por Electrocosta en su trabajo de auditoría o que reconociera los costos fijos derivados de los mayores tiempos en la ejecución del contrato. De haberse pronunciado el Tribunal sobre estos aspectos que no eran objeto de la demanda habría incurrido en causal de nulidad del Laudo, de acuerdo al numeral 8 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998.

Por último, indicó que la tutela no era el mecanismo idóneo para cuestionar el laudo arbitral, toda vez que los cuestionamientos planteados por AFA atañen al cumplimiento del debido

proceso, al cual se refieren las causales de anulación de laudos.

2. Electrocosta solicitó se negara la tutela, en virtud de que el Laudo no adolecía de ninguna de las causales de vía de hecho. Del mero desacuerdo en la interpretación de las cláusulas contractuales no se deriva una vía de hecho. Con respecto a la valoración probatoria cuestionada por la accionante, estimó Electrocosta que no configura una violación al debido proceso, pues se trata de una diferencia interpretativa del valor del peritaje y no de una conducta caprichosa.

II. DECISIONES JUDICIALES

A. Primera Instancia

El Juzgado 3º Civil Municipal de Cartagena, en Sentencia del 27 de agosto de 2003, declaró improcedente la acción de tutela, puesto que consideró que la accionante contaba con el recurso de revisión para cuestionar el laudo arbitral cuya nulidad se solicitaba. En criterio del a quo para interponer el recurso de revisión no se exige requisito especial distinto a la inconformidad del perjudicado con el fallo.

B. Segunda instancia.

El Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena revocó la decisión del a quo, en fallo del 6 de octubre de 2003. Con respecto a los mecanismos de protección del derecho al debido proceso, consideró el Juzgado que los hechos planteados por el demandante en la tutela no encajan en ninguna de las causales de anulación o revisión de laudos arbitrales. En consecuencia, era procedente la tutela para estudiar la eventual vulneración del debido proceso.

Al entrar al estudio del asunto de la tutela, observó el Juzgado que el peritaje rendido ha debido ser considerado, puesto que si bien no se incluía en la demanda expresamente la solicitud de indemnización de perjuicios, los cuales tasó el peritaje, de la petición de restablecimiento económico del contrato podía derivarse tal solicitud. Era deber del juez buscar la intención del actor e interpretar integralmente la demanda y no lo hizo.

Por otro lado, en criterio del ad quem, para que se aplicara el literal j de las condiciones para la ejecución del censo de datos, es decir para que fuera obligatoria la realización de la

inspección conjunta, sólo se necesitaba que el contratista no aceptara la validez de los lotes rechazados por el informe de auditoría. Para convocar la inspección conjunta no existía plazo alguno, como expuso el Tribunal. En el caso bajo estudio, consideró el Juez, aparece probado que AFA no aceptó la invalidez de su trabajo y, no obstante, no se realizó la inspección conjunta. Mientras que la inspección ocular no se realizara no se podía establecer de manera definitiva si había existido o no error en los trabajos entregados por AFA, por tanto no podían empezar a correr los ocho días para corregir los errores sino después de realizadas las inspecciones. El término de ocho días se había fijado para la corrección de errores, mas no para la solicitud de inspección conjunta. El hecho de que no se haya logrado demostrar de manera definitiva quién cometió errores impide que la reelaboración de los trabajos se hiciera a costa del contratista.

Con base en lo señalado, el Juzgado consideró que sí se había presentado una vía de hecho pero ésta no era, como alega el accionante, por aplicación indebida de una norma de carácter sustancial, sino por valoración indebida de la cláusulas de unos documentos que constituyen el acervo probatorio (Contrato COMER 005, Acuerdo de 9 de febrero de 2001 y anexo de condiciones de ejecución del censo).

Por tales motivos, ordenó convocar de nuevo al Tribunal de Arbitramento para que éste profiriera un nuevo laudo arbitral.

Adición de la Sentencia

III. PRUEBAS

De las aportadas al expediente son pertinentes las siguientes:

1. Demanda ordinaria por incumplimiento de Acta de liquidación y de los contratos celebrados entre AFA y Electrocosta y Electricaribe S.A. E.S.P. en la cuál se plantea el incumplimiento de las electrificadoras en la realización de las auditorías a las obras entregadas por AFA y se pretende el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en virtud de los mayores costos que la entidad contratante debió asumir al haberse extendido la duración del contrato, debido al presunto incumplimiento por parte de las contratantes.

2. Contestación de Electricaribe según la cuál las diferencias entre AFA y esta entidad no pueden ser conocidas a través de tribunal de arbitramento, toda vez que esto no fue establecido en los contratos suscritos.

3. Reforma de la demanda, presentada el 29 de julio de 2002 ante la Cámara de Comercio de Cartagena, en la cuál se excluye a Electricaribe de la diferencia a ser dirimida por el Tribunal, quedando exclusivamente Electrocosta como convocada. Las pretensiones varían en cuanto el contrato cuyo cumplimiento se analiza es el COMER 005 del 28 de agosto de 2000, con su Acta de liquidación suscrita el 9 de febrero de 2001. Sin embargo, se pretende, al igual que en la demanda inicial: declarar el incumplimiento de Electrocosta; subsidiariamente, declarar la ocurrencia de hechos no imputables al contratista que derivaron en desequilibrio económico del contrato por presunto incumplimiento en los tiempos de entrega de la auditoría, negativa a realizar la revisión conjunta en campo de las inconsistencias señaladas de los informes de auditoría e incumplimiento en el trámite, y pago de las cuentas por el Contratante.

Dentro de los medios probatorios solicitados en la demanda se incluye la inspección judicial, en los siguientes términos: “en las oficinas de mi poderdante pido al Honorable Tribunal de Arbitramento la práctica de una inspección judicial sobre los folders, roles, carpetas, y documentos que contienen las revisiones de la cartografía cuya auditoría no fue practicada en debida forma por el contratante, para determinar: a) la existencia de las correcciones, aclaraciones presentadas por el contratista a las notas de auditoría; b) la cartografía practicada a cada uno de los municipios y que fue injustamente rechazada por el contratante, examinar la fotografía (sic) practicadas a las fincas cuyas auditorías se pedían aclaración, corrección y aprobación de las mismas.”

4. Acta de Audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, del 11 de octubre de 2002, en la cual constan como árbitros Iris Crismatt Mouthon, Jairo Morales Navarro, Norberto Gari García y Mariano Garrido García.

5. Acta de la primera Audiencia de trámite, del 27 de noviembre de 2002. En ésta, entre otros aspectos, se resuelve: “de oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Decreto 1818 de 1998 inciso 2º (...) decrétase con intervención de Peritos Economistas, Inspección Judicial sobre los libros, papeles, folders, Carpetas y Documentos de El

Convocante que contienen las revisiones de la Cartografía sobre las cuales, según el Convocante, no le fue practicada la Auditoría en debida forma.”

6. Acta No 6 del 13 de enero de 2003, en la que los peritos designados para realizar la inspección decretada por el Tribunal solicitan veinte días para evaluar los documentos puesto a su disposición. El Tribunal los concede en el entendido de que en éstos deberán analizar: “a) si existen correcciones o aclaraciones presentadas por el Convocante, cuando fungió como contratista de la convocada en el contrato COMER 005 y con base en el acta de terminación de mutuo acuerdo del mencionado contrato 005 del 9 de febrero de 2001, b) análisis de cartografía en cada uno de los municipios donde el convocante practicó o debió practicar dicha labor y si además de ellos se encuentran fotografías sobre los inmuebles acerca de los cuales se solicitó por la Convocada aclaración, corrección y aprobación de auditorías, c) fechas en que fueron presentadas por el Convocante a la Convocada cuentas de cobro en desarrollo del contrato COMER 005 o del acta mencionada, y fecha de pago. d) Si se presentaron mayores tiempos de ejecución del contrato COMER 005, y cuál fue la causa de ello, e) Verificar pagos, concepto y fecha efectuados por la convocada a el convocante en desarrollo del contrato COMER 005, o como consecuencia del Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato COMER 005, y si con ellos se cubrieron la totalidad de los costos fijos y variables en que incurrió la convocante.”

7. Peritazgo económico financiero presentado en el proceso. En el encabezado del peritazgo señalan que analizaron los siguientes documentos: cartografía, censo de suscriptores y usuarios, comunicaciones producidas por AFA dirigidas a las Electrificadoras, facturas e informes de la interventoría del contrato. El dictamen se dividió en consideraciones generales sugeridas por el Tribunal de Arbitramento, bases para la estimación del perjuicio económico sufrido por AFA por la violación al Acta de Terminación por mutuo acuerdo del 9 de febrero de 2001, y estimación financiera de los perjuicios económicos.

En desarrollo de la primera parte, con respecto a la existencia de correcciones realizadas por AFA señaló:

“En efecto la convocante sí realizó los trabajos pertinentes para corregir los errores o fallas cuando las hubo al igual que para comprobar que no existían tales fallas en el desarrollo del contrato Comer 005/2000. Opinamos que muchas de estas fallas son atribuidas

probablemente a la metodología en la aplicación de la auditoría, pero que se hubiesen podido corregir sin mayores contratiempos si se hubiese adelantado la revisión conjunta de campo prevista en el contrato.”

Con relación al análisis de cartografía en cada uno de los municipios y a la existencia de fotografías sobre el inmueble acerca de los que se solicitó aclaración, corrección y aprobación por parte de la convocada afirmó:

“se pudo constatar la existencia de informes, cuadros, gráficas etc, que se refieren a los trabajos cartográficos adelantados por la convocante en los departamentos y municipios de Córdoba, Sucre Cesar y Guajira respectivamente, conforme a los objetivos de los contratos respectivos. De igual manera (...) comprobamos la realización de trabajos adicionales dirigidos a corregir o aclarar las inconsistencias señaladas por la auditoría mediante la toma de fotografías o mediante la utilización de las facturas expedidas por la electrificadora a sus suscriptores.”

En lo referente a la verificación de si se presentaron mayores tiempos de ejecución del contrato Comer 005 y cuál fue la causa de ello se indicó:

“La iniciación de los trabajos se dio realmente el 5 de octubre/2000 y no en la fecha prevista inicialmente.

El periodo establecido en el contrato para la ejecución de los trabajos era de cuatro meses a partir de su iniciación.

De acuerdo con el acta de terminación por mutuo acuerdo suscrita entre las partes el 9 de febrero de 2001, la relación contractual entre AFA y Electrocosta, debió terminar el 30 de marzo de 2001.

Los últimos pagos los realizó la convocada a la convocante así: agosto 17/2001, canceló la factura No 260, correspondiente al Comer 005/2000, la cual había sido recibida por la convocada el 5 de julio/2001.

Las consideraciones de los términos de tiempos anteriores, constituyen bases suficientes para que (....) concluyamos que en efecto sí se presentaron mayores tiempos en la ejecución del Comer 005/2000 por: a) incumplimiento de la auditoría en la entrega de los lotes

debidamente auditados acorde a las fechas fijadas en el contrato y en el acta de febrero 9 de 2001 b) los informes de auditoría fueron incongruentes pues sucesivamente registraron altos márgenes de error, que posteriormente fueron corregidos por la convocada y consecuentemente generaron mayores tiempos en la revisión y mayores costos administrativos y operativos tanto fijos como variables, a cargo de la convocante.”

Al responder acerca de los pagos conceptos y fechas efectuados por la Convocada al convocantes en desarrollo del contrato COMER 005 /2000, o como consecuencia del acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato comer 005, y si con ellos se cubrieron la totalidad de los costos fijos y variables en que incurrió la convocante se dijo:

“en nuestra opinión, la consideración de la magnitud del contrato COMER 005/2000, así como la cobertura de los trabajos objeto del mismos (sic), es elemento suficiente para comprender que la estructura administrativa, operativa y demás elementos (equipos-instalaciones-vehículos-recursos humanos y financieros), debieron responder a los criterios de eficiencia, eficacia y economía e indudablemente a los criterios de rentabilidad propia de las finanzas privadas. En este orden de ideas afirmamos nuevamente que tuvimos para el estudio y análisis todos los documentos que comprueban los conceptos y cuantías de los pagos realizados por la convocada, así como las fechas en que fueron cancelados, pero que dentro de éstos no fueron cancelados los derivados de los mayores tiempos en que incurrió la convocante por el incumplimiento por parte de la convocada en sus compromisos de revisiones o de auditorías a los trabajos presentados por la convocante.”

8. Ampliación y corrección del peritaje. Con respecto a las normas tenidas en cuenta para calificar la validez de las auditorías indicó la cláusula quinta del acta de febrero 9 de 2001 y con base en ésta señaló “como los informes de auditoría presentados por el contratante eran parciales y presentaron varias modificaciones, tomamos como fecha de entrega los informes definitivos de auditoría.”

Con relación a las inspecciones conjuntas indica “no existen evidencias que se hayan efectuado las inspecciones conjuntas, pero en el material probatorio que se anexa por distritos, se establece que el contratista solicitó al contratante se practicaran las inspecciones conjuntas en forma reiterada, pero nunca se accedió a ello.”

En lo atinente a la oportunidad de las correcciones presentadas señaló que si bien se tomó

más tiempo, esto se debió a las inconsistencias contenidas en los informes de auditoría.

Posteriormente indicó, con relación a si la determinación de la extemporaneidad tuvo en cuenta los términos de duración señalados en la cláusula quinta del Acta de Liquidación de los contratos, que sí había sido considerada tal cláusula e indicó que los motivos de la extemporaneidad habían sido que los informes eran parciales y con alto grado de error, y no se realizaron las visitas conjuntas.

9. Texto del contrato COMER 005. En la cláusula 2ª, literal c, se consagra que “el contratante se reserva el derecho de rechazar cualquier lote si este no incluye por omisión o error la totalidad de la información requerida por el Contratante, la cual se incluye en el documento anexo “condiciones de la ejecución del censo de datos”. El contratante podrá utilizar cualquier medio propio o contratado para verificar y evaluar la exactitud de la información suministrada por el contratista. El contratista deberá proceder de conformidad con las instrucciones, órdenes y autorizaciones impartidas por escrito por el Contratante. La coordinación y verificación de los servicios que ejerza el contratante o sus representantes no releva al contratista de su responsabilidad por la dirección de los mismos.” Por su parte, la cláusula 8ª indica “obligaciones del contratista. El contratista se obliga a la corrección inmediata de cualquier error u omisión en la información presentada del lote, que a juicio de el contratante esté en detrimento de la calidad exigida en el documento anexo “condiciones de ejecución del censo de datos”. Esta corrección se hará sin ningún tipo de cargo económico para el contratante.”

10. Escrito de condiciones para la ejecución del censo de clientes. En lo referente al procedimiento para la evaluación de la calidad de la información reportada se señala, en el literal b., “el contratante seleccionará al azar una muestra de registros por cada lote según tamaño determinado por las tablas 10.2 y 10.3 para inspección normal (nivel II) de acuerdo a lo indicado por la norma de referencia.”

El contratante dará por rechazada la cartografía si llegase a encontrar cualquier diferencia entre la misma y la realidad física. En tal caso procederá la rectificación inmediata por parte de el contratista para considerar su aceptación.”

11. Acta de liquidación de los contratos COMER 002 y COMER 003 de 2000 y de terminación de mutuo acuerdo de los contratos Comer 005 y Comer 006 de 2000. En la cláusula quinta

señala “en la entrega de información cartográfica y de los suministros se tendrá en cuenta el siguiente trámite: Una vez que el Contratista entrega el trabajo realizado ELECTRO COSTA/ELECTRICARIBE, (entendiéndose aquí también la auditoría de los contratos) cuenta con treinta días para aceptar o rechazar dichos trabajos. Si pasados los treinta días estipulados anteriormente el informe de auditoría no es entregado el Contratista podrá tramitar la factura respectiva. Si se llegare a rechazar parte alguna del trabajo realizado, en consideración a los estándares de calidad pactados en los contratos, el contratista deberá rehacer dicho trabajo en un plazo no mayor a ocho días calendario.” Por su parte, la cláusula novena indica “en lo no modificado por este documento se seguirán aplicando todos los términos y condiciones pactados en los contratos COMER 005 y COMER 006, quedando claro que todos los actos que de aquí en adelante se ejecuten tienden exclusivamente a la liquidación de los mismos.”

12. Carta dirigida por AFA a Electrocosta-Electricaribe el 28 de marzo de 2001, en la cual señalan que a pesar de que ellos han entregado de manera oportuna las cartografías, los informes de auditoría no han sido entregados dentro de los tiempos previstos en la cláusula quinta (30 días para aceptar o rechazar los trabajos) del Acta de febrero 9 de 2001, puntualizándole lo siguiente:

a. Los informes entregados por la Auditoría plantean criterios diferentes a los consignados en el Contrato y en las condiciones para la Ejecución del Censo de Clientes, por lo que consideramos que estos informes no pueden ser definitivos, hasta tanto estos criterios no sean aclarados en reunión concertada para marzo 30/01, máxime que en el contrato no define en forma clara la Auditoría a la Cartografía y a la Tabla Maestra.

b. Que la situación planteada en el literal anterior conlleva a mayores tiempo (sic) de revisión y costos que no estaban previstos, por lo que le solicito no entregar informes de auditoría hasta tanto los criterios no sean claros y se ajusten al contrato y a lo estipulado en las condiciones de campaña y a las comunicaciones cruzadas anteriormente, con el fin de minimizar los costos. (...)”

13. Comunicación del 5 de abril de 2001, de Electrocosta dirigida a AFA en la cual se señalan los consensos sobre los parámetros de auditoría y fecha definitiva de entrega de las auditorías, de acuerdo a reunión del 4 de abril de 2001.

14. Escrito del 3 de mayo de 2001 en el cual AFA objeta la nueva auditoría realizada después de la reunión en la cual se unificaron parámetros y se propone una nueva revisión de las auditorías realizadas.

15. Escrito del 10 de mayo de 2001 en el cual Electrocosta responde a AFA negando las correcciones solicitadas y considerando vigente el informe de auditoría entregado el 20 de abril de 2001.

16. Escrito del 10 de mayo de 2001 en el cual AFA objeta la comunicación del 10 de mayo enviada por Electrocosta y solicitan formalmente la revisión conjunta de la cartografía y suministros de Córdoba, y cartografía de Sucre.

17. Escrito del 16 de mayo donde AFA reitera la solicitud de realización de revisión conjunta.

Pruebas solicitadas por la Corte

Mediante auto del 17 de agosto de 2004, la Sala Sexta de Revisión solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena que enviara copia de algunos folios del expediente del arbitraje ahora cuestionado, para tener un conocimiento completo de éste. Dentro de las pruebas allegadas se deben destacar las siguientes:

1. Contestación de la demanda presentada por Electrocosta en la cual señala como excepciones de mérito “inexistencia de la obligación: Fundamento esta excepción en el hecho de que la obligación esgrimida por el demandante (...) no corresponde a lo pactado en los términos del acta de transacción del 9 de febrero de 2000, a los términos contractuales y a la ejecución del contrato.” motivo por el cual los mayores costos que exigía el demandante con ocasión de los mayores tiempos de ejecución de la obra se derivan de actuaciones impulsadas por el demandante cuyo costo ya había sido remunerado. Además de la inexistencia de la obligación se planteó el cumplimiento por parte de Electrocosta de todo lo pactado en el acta del 9 de febrero y la cancelación de los servicios aceptados.

2. Objeción al dictamen pericial por error grave presentada por Electrocosta, toda vez que no había sustentado los motivos que llevaron a aseverar que la auditoría había sido deficiente. La objeción radicó además, en el hecho de que los peritos, sin tener competencia para esto,

afirmaron que existía un desequilibrio económico debido al incumplimiento por parte de Electrocosta, toda vez que extralimitó los parámetros del dictamen solicitado, desconociendo lo establecido en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil

3. Oposición a la objeción del dictamen pericial presentada por el apoderado de AFA en la cual señala que los peritos no cometieron ningún error, dado que en el cuaderno de pruebas aparecían los documentos en los que se fundamentaba su experticio, los cuales no fueron tachados de falsos por la parte convocada.

4. Alegatos de conclusión presentados por Electrocosta en los cuáles indica que dentro del proceso no existe certeza de la existencia de perjuicio alegado ni de su cuantía. Indica que el peritazgo rendido no es idóneo para la determinación de la cuantía del daño, puesto que, como habían señalado adolece de error grave, lo que le hace perder su fuerza probatoria. El primer error que se le endilga al peritaje consiste en la incorrecta fijación de la fecha en la cual fueron entregados los informes de auditorías, toda vez que no tuvieron en cuenta la presentación de éstas dentro del plazo de 30 días, sino la auditoría sobre las correcciones presentadas por AFA después de realizada la auditoría a la obra. El segundo radicó en que los peritos consideraron equivocadamente que la auditoría se debía realizar sobre el 100% de las actividades del contratista, toda vez que esto se aparta de los términos del contrato.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

1. Procedencia de la acción de tutela

La Sala encuentra que si bien existen dentro del ordenamiento jurídico mecanismos para

cuestionar las decisiones de los tribunales arbitrales, la naturaleza taxativa de las causales de los recursos de anulación y revisión hacen que no todas las posibles objeciones presentadas contra un dictamen pericial encuadren dentro de estos recursos. En consecuencia, cuando alguna de las partes de un proceso arbitral considere que en su caso el Tribunal de Arbitramento incurrió en una arbitrariedad que desconoce el debido proceso y ésta no encuadre dentro de las causales de los recursos existentes, procederá la tutela para estudiar de fondo el problema jurídico existente.

En el presente caso, la Sala encuentra que los defectos endilgados al Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2003 y la providencia que negó la aclaración del mismo no encuadran dentro de las causales de la anulación o la revisión. En efecto, según el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con la Ley 446 de 1998 son causales de revisión:

“1. Haberse encontrado después de pronunciada la sentencia documentos que habrían variado la decisión contenida en ella, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.

5. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.

7. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada, entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, siempre que el recurrente no hubiera podido alegar la excepción en el segundo proceso por habersele designado curador ad litem y haber ignorado la existencia de dicho proceso. Sin embargo no habrá lugar a revisión cuando en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”

Por su parte, el recurso de anulación procede, según el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, en los siguientes supuestos:

“Artículo 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279

de 1989).”

La entidad accionante solicita se deje sin validez el Laudo por la incorrecta interpretación de los términos del contrato suscrito entre AFA y Electrocosta y la indebida valoración del dictamen pericial rendido, actuaciones que, en parecer de la demandante, constituyen vías de hecho.

La Sala observa que para atacar estos presuntos errores no es procedente ninguno de los recursos cuyas causales se transcriben. Por tal motivo, entrará a determinar el problema jurídico del caso y, posteriormente, pasará a darle solución.

2. Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde a la Sala Sexta determinar si el Tribunal de Arbitramento demandado desconoció abiertamente el debido proceso de AFA (i) al considerar a la luz de los términos del contrato COMER 005 y el Acta de liquidación del 9 de febrero de 2001 que no existía la obligación de realizar la auditoría a la obra entregada, y la visita conjunta para verificar los resultados de la auditoría, en los términos señalados por AFA, y (ii) al juzgar procedente la objeción por error grave propuesta por Electrocosta frente al peritazgo realizado, por haberse pronunciado más allá de lo pedido.

Antes de entrar a analizar los asuntos planteados, la Sala estima oportuno señalar que abordará el problema jurídico (i) a la luz de una presunta vía de hecho de carácter sustantivo, toda vez que las cláusulas del contrato se entienden como ley para las partes y el señalado problema implica la comprensión de los términos del contrato. Por otra parte, a pesar de que el problema jurídico (ii) se relaciona con la apreciación del dictamen pericial presentado dentro del procedimiento arbitral, la Sala no lo estudiará como una presunta vía de hecho de carácter fáctico, sino procedimental; lo anterior, en virtud de que si bien se trata de la apreciación de una prueba, el ámbito de análisis que de ésta tuvo el Tribunal se circunscribió a su cotejo frente al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, cuyo alcance dado por el Tribunal deberá ser analizado por la Sala.

3. Vía de hecho en decisiones arbitrales

Tanto jueces como árbitros pueden llegar a incurrir en vías de hecho en su labor de

administrar justicia. Es necesario para estar incurso en tal figura haber actuado arbitrariamente. La arbitrariedad en la actividad de los jueces de la República se ha encuadrado dentro de las siguientes tipos de defectos: orgánico, sustancia, procedimental y fáctico. La Corte ha aclarado que tratándose de arbitramentos en equidad si bien se puede incurrir en conductas arbitrarias, éstas no serían encuadradas dentro de los posibles efectos de un fallo en derecho. Así las cosas, los posibles defectos serían: falta de motivación material o evidente irrazonabilidad⁶. No obstante, si el arbitraje es en derecho los tipos de defecto bajo los cuales se analizaría la conducta serían los mismos en los que podría incurrir un juez de la República.⁷ Para tal fin, se considera oportuno reiterar la sistematización de causales de vía de hecho realizada por esta Corte:

“(...) la Corte ha indicado que hay lugar a la interposición de la acción de tutela contra una decisión judicial cuando (1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”.⁸ Revisadas las decisiones pertinentes, parece claro que, implícita o expresamente, cada vez que esta Corporación confiere un amparo constitucional contra una sentencia judicial, lo hace fundada en uno de estos cuatro posibles defectos.”. ⁹

A la luz de estos parámetros generales, la Sala procederá a profundizar sobre la vía de hecho de carácter sustancial y procedimental por ser pertinentes al caso de la referencia.

3.1. Vías de hecho por defectos sustantivos

La Corte ha sido unánime en su jurisprudencia; siempre y cuando la interpretación de una norma realizada por quien administre justicia (sea juez o particular, de manera excepcional) no desborde el límite de lo razonable, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye una vía de hecho. Ha dicho esta Corporación:

“En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.”¹⁰ (el subrayado es nuestro)

No obstante, cuando se evidencia que el alcance dado por el juez o el particular que administre justicia a la norma aplicable al caso es totalmente caprichoso, arbitrario o equivocado sí es dable hablar de vía de hecho.

3.2. Vías de hecho por defectos procedimentales

Si bien existe un sistema de normas que establece las formalidades y etapas a seguir en los diferentes asuntos litigiosos que deben ser respetadas por los jueces o particulares que administren justicia, no todo desconocimiento de éstas permite la procedencia de la tutela. Sólo cuando quien administre justicia haya actuado completamente por fuera del procedimiento establecido se configura una vía de hecho de carácter procedimental.

La vía de hecho por defecto procedimental se ha relacionado con el recaudo de medios probatorios en el proceso. En la Sentencia T-996/03, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas, se estudió la presunta vía de hecho por la no práctica de las pruebas solicitadas en la demanda a pesar de que ya habían sido decretadas dentro del proceso laboral en cuestión. Señaló la mencionada Sentencia:

“El fallador incurre en defecto procedimental cuando sin motivo alguno niega la solicitud o práctica de testimonios o de cualquier otro medio probatorio, o cuando habiéndolo decretado, después, por simple capricho, se abstiene de continuar o culminar su práctica para apresurar y tramitar etapas posteriores, lo que conlleva la vulneración al derecho fundamental al debido proceso.¹¹

Sobre este punto en particular, la Corte reconoce un amplio margen de autonomía de los funcionarios judiciales para decidir sobre el decreto de las pruebas que estime pertinentes, conducentes y relevantes, con el fin de precisar los hechos objeto de valoración. Así, el juez puede ordenar la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, o las que de oficio crea pertinentes y denegar las que considere que no aportan elementos de juicio para el esclarecimiento de la verdad. Pero cuando no observa estas reglas necesariamente el proceso estará viciado.

(...)

el defecto procedimental se erige en una violación al debido proceso cuando el juez da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia, o cuando pretermite las etapas propias del juicio, como por ejemplo (...) cuando pasa por alto realizar el debate probatorio, natural a todo proceso, vulnerando el derecho de defensa y contradicción de los sujetos procesales al no permitirles sustentar o comprobar los hechos de la demanda o su contestación, con la consecuente negación de sus pretensiones en la decisión de fondo y la violación a los derechos fundamentales.”

En la Sentencia citada se encontró que sí había existido vía de hecho, toda vez que, a pesar de que los actores de la tutela no habían acudido a la segunda audiencia de trámite en el proceso laboral -hecho del cuál el Juez había inferido el desinterés en la prueba inicialmente solicitada-, en virtud de que el Juez había accedido inicialmente a decretarla tenía el deber procesal de cumplir con su propia decisión. Por tal motivo concedió la tutela.

Por otra parte, toda vez que el conjunto de normas procesales no se pueden tener como fin en sí mismo, sino como medio para la efectiva garantía del derecho de defensa de las partes, para que se incurra en vía de hecho por defecto procedimental, además del desconocimiento de la norma o la insostenible interpretación de ésta, se requiere que el ejercicio del derecho de defensa se haya visto efectivamente obstaculizado por éste.¹²

3.2.1. Error grave en dictamen pericial –razonabilidad en su declaración-

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil señala los parámetros para la contradicción del dictamen pericial. El numeral 4 del mencionado artículo prevé la posibilidad de objetar por error grave el peritazgo en los siguientes términos:

“4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá 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.”

Jurisprudencialmente el error grave en el dictamen pericial se ha determinado como una equivocación de elevada magnitud. Ha señalado la Corte Suprema de Justicia que:

“(…), 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).

En efecto, si en una situación igual a la que en este expediente se configura, la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas señaladas de oficio por el órgano judicial, la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad,

corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone los peritos son profundos conocedores, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que dice es ‘... una objeción de puro derecho.’” (subrayas y negrillas ajenas al texto)¹³

Para lo atinente al proceso de la referencia, vale la pena resaltar que si bien se ha estimado que la variación en el objeto de estudio puede llegar a constituir un error grave en el peritaje, es necesario que se haya tomado “como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto”, es decir, que el peritaje se haya realizado desconociendo radicalmente lo solicitado por el juez, hasta el punto de ignorarlo.

Por su parte, la doctrina ha indicado que uno de los requisitos para la validez del peritaje es que los peritos no excedan los límites de su encargo, y, por tanto, las investigaciones sobre otros puntos son nulas. Se ha dicho que “para que la peritación cumpla el requisito de su contradicción (...) es indispensable que el dictamen se limite a los puntos que han sido planteados a los peritos y a las aclaraciones o adiciones que posteriormente se les sometan (...)”

En este sentido dice Lessona, que el perito “no puede excederse de los límites de su mandato, so pena de ver rechazadas las conclusiones ultra petitum” (...)

Mallard advierte que la misión de los peritos está circunscripta por los términos de la providencia judicial que los designe (debe entenderse que también por una providencia posterior que determine el cuestionario o exija adiciones o ampliaciones) y que las investigaciones sobre otros puntos son nulas (...)”¹⁴

En este orden de ideas, el haberse pronunciado más allá de lo pedido no constituiría error grave en la medida en que el objeto de estudio no fue algo “fundamentalmente” diferente, toda vez que al incluir lo que se preguntaba, aunque excediéndolo, existe una clara relación entre los términos en que se decretó y emitió el peritazgo. Declarar que un peritazgo que vaya más allá de lo pedido, sin más fundamento que éste, es un defecto procedimental. Por

otro lado, de llegarse a desvirtuar la validez del dictamen por haberse pronunciado sobre un objeto diferente al pedido, se rechazarán las conclusiones ultra petitum, mas no lo que se haya dicho con relación a lo pedido.

Ahora bien, para que se incurra en una vía de hecho, el defecto procedimental debe ser determinante en las resultas del proceso. Este aspecto se analizará en el proceso de la referencia en el acápite del caso concreto para determinar, en definitiva, si procede la tutela en la presente ocasión.

4. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Sala Sexta de revisión negará la tutela al debido proceso de AFA, por considerar que (i) la interpretación de las cláusulas del contrato realizada por el Tribunal de Arbitramento en el Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2003 y el Auto de Aclaración del 20 de junio del mismo año es razonable y, en esa medida no constituye grave error sustantivo, y (ii) si bien se presentó un error de carácter procedimental al haber considerado que la objeción por error grave en el dictamen pericial estaba llamada a prosperar, tal error no es constitutivo de una vía de hecho, puesto que así se hubiera considerado el peritazgo como prueba no hubiera cambiado el sentido del Laudo.

(i) La Sala encuentra razonable el alcance dado a las cláusulas del Contrato COMER 005, el Acta de Liquidación del contrato del 9 de febrero de 2001 y las Condiciones para la ejecución del censo de clientes, por los motivos que a continuación se exponen.

AFA sostiene que el Tribunal erró al calificar el cumplimiento de las obligaciones por parte de Electrocosta debido a dos razones:

1) La primera, expuesta dentro de la demanda, consistente en el alto porcentaje de errores encontrado en la auditoría los cuales sólo fueron corregidos por Electrocosta pasados los treinta días con los que contaba para la entrega de la calificación de los trabajos de AFA. En criterio del Tribunal, Electrocosta sí entregó oportunamente los informes y en esa medida cumplió los términos del contrato. Para sostener esto se fundamenta en la cláusula quinta del Acta de Liquidación según la cual “una vez el contratista entregue el trabajo realizado Electrocosta - Electricaribe (entendiéndose también la auditoría de los contratos) cuenta con treinta días para aceptar o rechazar dichos trabajos. Si pasados los treinta días estipulados

anteriormente en el informe de auditoría no es entregado, el contratista podrá tramitar la factura respectiva. "(subrayas ajenas al texto)

Dentro del análisis del acervo probatorio, el Tribunal encontró que la entrega de las auditorías se había dado de la siguiente manera:

AUDITORÍA

FECHA DE ENTREGA

Cartografía de Córdoba

30 de marzo del 2.001

21 de marzo de 2.001

Cartografía de Sucre

3 de abril del 2.001

27 de marzo del 2.001

Suministros de Córdoba

15 de mayo de 2.001

7 de mayo de 2.001

Como fecha de entrega de las auditorías en las cuales se aceptaba o rechazaba el trabajo de AFA, el Tribunal tuvo la de la entrega de la primera calificación del trabajo; en esta medida, consideró que Electrocosta había cumplido oportunamente con su obligación de entrega de las auditorías.

Para la Sala, era razonable considerar como cumplida la obligación con la primera entrega de la auditoría, independientemente del número de errores que esta pudiera contener. Lo anterior, puesto que en los términos de la cláusula quinta del Acta de Liquidación se establece de manera simple la obligación de entregar dentro de los treinta días siguientes la aceptación o el rechazo de los trabajos. Además, la posibilidad de que la auditoría entregada

en los treinta días se pudiera tener como parcial o definitiva no estaba incluida en los términos del contrato; por tanto, era razonable no exigir una cualificación de la auditoría dada dentro del término establecido.

Además, en la medida en que, como la misma AFA reconoce, existía divergencia en la comprensión de la forma en la que debía calificarse los trabajos por ésta entregados, era razonable no exigir que el informe inicialmente dado cumpliera con los parámetros que después de varias reuniones entre AFA y Electrocosta fueron pactados. Para evidenciar con mayor claridad la divergencia que existía en la forma correcta de realización de la auditoría, la Sala transcribirá la carta dirigida por AFA a Electrocosta-Electricaribe el 28 de marzo de 2001:

a. Los informes entregados por la Auditoría plantean criterios diferentes a los consignados en el Contrato y en las condiciones para la Ejecución del Censo de Clientes, por lo que consideramos que estos informes no pueden ser definitivos, hasta tanto estos criterios no sean aclarados en reunión concertada para marzo 30/01, máxime que en el contrato no define en forma clara la Auditoría a la Cartografía y a la Tabla Maestra.

b) Que la situación planteada en el literal anterior conlleva a mayores tiempo (sic) de revisión y costos que no estaban previstos, por lo que le solicito no entregar informes de auditoría hasta tanto los criterios no sean claros y se ajusten al contrato y a lo estipulado en las condiciones de campaña y a las comunicaciones cruzadas anteriormente, con el fin de minimizar los costos. (...)”(subrayas ajenas al texto)

Sólo hasta el 4 de abril de 2001 se llega a un consenso sobre los parámetros de la auditoría –según consta en comunicación enviada por Electrocosta a AFA el 5 de abril relacionada en el acápite de pruebas-.

La Sala encuentra que, contrario a lo señalado por AFA, el Tribunal no desconoció las cláusulas del contrato para realizar la apreciación, toda vez que no señaló que las muestras para la auditoría se deberían realizar al azar, como indica AFA, sino –según el literal b. de las Condiciones para ejecución del censo de clientes- al azar dentro de cada lote. Asunto diferente es que en criterio del Tribunal sí se hubieran tomado muestras al azar por cada

lote, apreciación que no es dable entrar a cuestionar en la presente ocasión, puesto que no fue expuesta por AFA y así lo hubiera sido no entraría en el espectro de una vía de hecho, puesto que, como esta Corporación ha indicado¹⁶, el margen de apreciación probatoria es bastante amplio y, en esa medida, en principio, no le corresponde al juez de tutela cuestionar la valoración de las pruebas a menos que encuentre errores de bulto y trascendentes en las resultas del proceso.

La presente objeción de AFA a la labor del Tribunal no se tendrá como vía de hecho, toda vez que, por un lado, la Sala no encuentra un error manifiesto en la apreciación de si Electrocosta valoró el total de los lotes debidos, y así existiera tal error esto no cambiaría las resultas del proceso, puesto que, como se indicó, el Tribunal valoró la obligación de entrega de las auditorías como simple y no cualificada y en esa medida habría sido irrelevante para declarar el incumplimiento si la auditoría se realizó sobre todos los lotes.

Por otro lado, el Juez de segunda instancia considera que existió una vía de hecho en la interpretación del literal j. de las condiciones para la ejecución del contrato, pues para que se llevaran a cabo las visitas conjuntas sólo se requería la no aceptación de la calificación del trabajo por parte del contratista, sin que existiera plazo alguno para esto. El término de ocho días no se había fijado para la solicitud de visita conjunta, sino para la corrección de los errores. En juicio del ad quem, el que no se haya logrado demostrar de manera definitiva quién cometió errores impide que la reelaboración de los trabajos se hiciera a costa de AFA.

El Tribunal señaló en su Laudo que “En el aludido contrato y en el documento denominado CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DE CLIENTES que obra a folios 000123 a 000133 y 00028U del cuaderno de pruebas documentales principales se lee en su orden. “CLAUSULA OCTAVA: obligaciones del contratista. El contratista se obliga a la corrección inmediata de cualquier error u omisión de la información presentada del lote, que a juicio de El contratante esté en detrimento de la calidad exigida en el documento anexo” “CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DE DATOS. Esta corrección se hará sin ningún tipo de cargo económico para el contratante.; y “j. En caso de que el contratista no acepte la invalidez de un lote se procederá a una inspección conjunta entre (sic) personal del (sic) contratista y personal del (sic) contratante, los costos derivados de esta inspección serán por cuenta del causante del

error. (contratista vs. Contratante)..."

La estipulación contractual y la convenida en el documento denominado CONDICIONES PARA LA EJECUCIÓN DEL CENSO DE CLIENTES antes dichas, indican, de una parte que no pueden resultar a cargo de El contratante los gastos o costos en que necesariamente tuviese que incurrir El contratista para corregir error u omisión en cualquier información presentada, cosa bien diferente es que los costos derivados de la inspección consecuente al evento en que El Contratista no acepte la invalidez alegada por El Contratante sobre un posible error, sean por cuenta del causante mismo. Siendo ello así, además de ser manifiestamente extemporánea la solicitud de revisión conjunta formulada por el convocante en comunicación dirigida a La Convocada con fecha 11 de mayo de 2.001 (folio 430 a 432 del cuaderno de pruebas documentales anexo a la solicitud de convocatoria), resulta que continúan siendo a cargo de El Contratista los costos y gastos que demanden la corrección de esos errores de conformidad con lo establecido en la cláusula octava del contrato COMER 005. Y decimos extemporánea porque para el 11 de mayo de 2.001 el término de 8 días calendario para las correcciones por parte del Contratista ya había fenecido, así: para la entrega de la Cartografía de Córdoba el día 29 de marzo de 2.001, y para la Cartografía de Sucre, el día 5 de abril del 2.001. Ahora bien con respecto a los suministros de Córdoba El Contratista se encontraba en tiempo para hacer las correcciones a que hubiere lugar o pedir la inspección conjunta de que trata el literal "j" del anexo PARA LA EJECUCIÓN DEL CENSO DE CLIENTES; pero no se pronunció con relación a dicho ítem."

En cuanto a la exigencia de la realización de visitas conjuntas para la determinación de si se había configurado un error en la auditoría, la Sala encuentra que si bien el Tribunal estableció un límite de tiempo inexistente en el contrato para su realización, la interpretación de la cláusula j. sin el establecimiento del límite no habría cambiado los resultados del proceso, toda vez que, como el mismo Tribunal lo indica, de haberse realizado las visitas conjuntas y comprobado que sí existía error en la auditoría de AFA no se habría derivado la obligación de pagar el mayor tiempo en la ejecución de la obra, como señala AFA, sino, únicamente, el deber de cubrir los costos derivados de la visita conjunta por parte de Electrocosta.

De la no realización de la inspección conjunta no se puede derivar lógicamente la inexistencia de errores en la labor de AFA y la consecuente exoneración del cubrimiento de los costos de la elaboración de todas las correcciones, como pretendía el Juez de segunda

instancia, ni el cubrimiento de los costos por mayor tiempo en la ejecución del contrato, como pretendía AFA.

Por último, y teniendo en cuenta el análisis de la actuación del Tribunal hasta ahora realizado, era razonable que en el laudo hubiera prosperado la excepción de inexistencia de la obligación en cabeza de Electrocosta, puesto que la cláusula octava de las Condiciones para la ejecución del censo de clientes señalaban expresamente que la corrección de los errores señalados por el contratante en su auditoría sería realizada de forma inmediata por el contratista “sin ningún tipo de cargo económico para el contratante”. Al existir una cláusula de tal naturaleza, era altamente complejo señalar que podría predicarse la obligación de cubrir el costo por los mayores tiempos en la ejecución de la obra si estos mayores tiempos se habían derivado, precisamente, de la corrección de los errores de la labor de AFA, según la calificación realizada por la auditoría, independientemente de que tal calificación hubiera estado plenamente exenta de errores o no hubiera cubierto la totalidad de los lotes.

(ii) Como se señaló en la parte considerativa, para que prospere la objeción contra un peritazgo es indispensable, en términos del artículo 238, numeral 4, que exista un error grave o de gran magnitud¹⁷.

Todo peritaje debe ceñirse al objeto de lo pedido. El objeto de lo pedido, en términos del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil es determinado por el juez. En efecto el artículo 236 indica: “Para la petición, el decreto de la prueba y la posesión de los peritos, se observarán las siguientes reglas:

1. La parte que solicite un dictamen pericial determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, sin que sean admisibles puntos de derecho.
2. El juez resolverá sobre la procedencia del dictamen, y si lo decreta, determinará los puntos que han de ser objeto del mismo, de acuerdo con el cuestionario de las partes y el que de oficio considere conveniente formular. (...)”

En esa medida, el concepto emitido por los peritos no puede exceder los términos del decreto del peritaje. Al deberse ceñir a los “puntos objeto del mismo” no puede pronunciarse, por ejemplo, sobre aspectos ajenos a éstos así estén relacionados con el objeto de la demanda e incluso con las pretensiones de ésta, a menos que dentro de los puntos

determinados por el juez esto esté comprendido.

En esos términos, para el caso concreto, en principio parecería razonable que el Tribunal de Arbitramento no hubiera tenido en cuenta el dictamen pericial debido a que si bien dentro de las pretensiones de la demanda estaba comprendida la indemnización de perjuicios derivados del presunto incumplimiento de Electrocosta tal tasación de perjuicios no estaba incluida dentro de los puntos objeto de análisis de los peritos. No obstante, el sólo hecho de que existiera alguna divergencia entre lo pedido a los peritos y su pronunciamiento no era factor determinante para descartar el análisis del peritazgo en su totalidad, como se procederá a explicar.

Según el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia realizado, si bien la divergencia entre los términos del peritaje y lo solicitado puede llegar a constituir error grave, se hace indispensable que se haya tomado “como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto”

El Tribunal consideró que el peritazgo emitido dentro del proceso adolecía de error grave, toda vez que se había pronunciado sobre un objeto diferente al solicitado. La Sala observa que tal calificación del peritazgo es errada, toda vez que si bien, en un comienzo, el experticio pudo haberse extralimitado en lo pedido la extralimitación no implicaba un objeto de estudio fundamentalmente distinto al que era materia del dictamen, debido a que comprendía en su plenitud lo pedido, pero iba más allá. En esa medida, existe concordancia con lo solicitado en un porcentaje casi pleno, lo que hace que no se pueda predicar la fundamentalidad en la diferencia de objeto.

Para sustentar lo afirmado, la Sala encuentra dentro del acervo probatorio varios elementos: (i) Los medios probatorios solicitados por AFA en su demanda dentro de los cuales se encuentra la inspección judicial en los siguientes términos: “en las oficinas de mi poderdante pido al Honorable Tribunal de Arbitramento la práctica de una inspección judicial sobre los folders, roles, carpetas, y documentos que contienen las revisiones de la cartografía cuya auditoría no fue practicada en debida forma por el contratante, para determinar: a) la existencia de las correcciones, aclaraciones presentadas por el contratista a las notas de auditoría; b) la cartografía practicada a cada uno de los municipios y que fue injustamente

rechazada por el contratante, examinar la fotografía (sic) practicadas a las fincas cuyas auditorías se pedían aclaración, corrección y aprobación de las mismas.”; (ii) el Acta de la primera audiencia de trámite, del 27 de noviembre de 2002, en la cual, entre otros aspectos, se resuelve: “de oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Decreto 1818 de 1998 inciso 2º (...) decrétase con intervención de Peritos Economistas, Inspección Judicial sobre los libros, papeles, folders, Carpetas y Documentos de El Convocante que contienen las revisiones de la Cartografía sobre las cuales, según el Convocante, no le fue practicada la Auditoría en debida forma.”; y (iii) el Acta No 6 del 13 de enero de 2003 en la que los peritos designados para realizar la inspección decretada por el Tribunal solicitan veinte días para evaluar los documentos puesto a su disposición. El Tribunal los concede en el entendido de que en éstos deberán analizar: “a) si existen correcciones o aclaraciones presentadas por el Convocante, cuando fungió como contratista de la convocada en el contrato COMER 005 y con base en el acta de terminación de mutuo acuerdo del mencionado contrato 005 del 9 de febrero de 2001, b) análisis de cartografía en cada uno de los municipios donde el convocante practicó o debió practicar dicha labor y si además de ellos se encuentran fotografías sobre los inmuebles acerca de los cuales se solicitó por la Convocada aclaración, corrección y aprobación de auditorías, c) fechas en que fueron presentadas por el Convocante a la Convocada cuentas de cobro en desarrollo del contrato COMER 005 o del acta mencionada, y fecha de pago. d) Si se presentaron mayores tiempos de ejecución del contrato COMER 005, y cuál fue la causa de ello, e) Verificar pagos, concepto y fecha efectuados por la convocada a el convocante en desarrollo del contrato COMER 005, o como consecuencia del Acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato COMER 005, y si con ellos se cubrieron la totalidad de los costos fijos y variables en que incurrió la convocante”.

Habiéndose delimitado en estos términos el objeto de lo pedido, los peritos presentaron su experticio en los siguientes términos:

Con respecto a la existencia de correcciones realizadas por AFA señaló:

“En efecto la convocante sí realizó los trabajos pertinentes para corregir los errores o fallas cuando las hubo al igual que para comprobar que no existían tales fallas en el desarrollo del contrato Comer 005/2000. Opinamos que muchas de estas fallas son atribuidas probablemente a la metodología en la aplicación de la auditoría, pero que se hubiesen podido corregir sin mayores contratiempos si se hubiese adelantado la revisión conjunta de campo

prevista en el contrato.”

Con relación al análisis de cartografía en cada uno de los municipios y a la existencia de fotografías sobre el inmueble acerca de los que se solicitó aclaración, corrección y aprobación por parte de la convocada afirmó:

“se pudo constatar la existencia de informes, cuadros, gráficas etc, que se refieren a los trabajos cartográficos adelantados por la convocante en los departamentos y municipios de Córdoba, Sucre Cesar y Guajira respectivamente, conforme a los objetivos de los contratos respectivos. De igual manera (...) comprobamos la realización de trabajos adicionales dirigidos a corregir o aclarar las inconsistencias señaladas por la auditoría mediante la toma de fotografías o mediante la utilización de las facturas expedidas por la electrificadora a sus suscriptores.”

En lo referente a la verificación de si se presentaron mayores tiempos de ejecución del contrato Comer 005 y cuál fue la causa de ello se indicó:

“La iniciación de los trabajos se dio realmente el 5 de octubre/2000 y no en la fecha prevista inicialmente.

El periodo establecido en el contrato para la ejecución de los trabajos era de cuatro meses a partir de su iniciación.

De acuerdo con el acta de terminación por mutuo acuerdo suscrita entre las partes el 9 de febrero de 2001, la relación contractual entre AFA y Electrocosta, debió terminar el 30 de marzo de 2001.

Los últimos pagos los realizó la convocada a la convocante así: agosto 17/2001, canceló la factura No 260, correspondiente al Comer 005/2000, la cual había sido recibida por la convocada el 5 de julio/2001.

Las consideraciones de los términos de tiempos anteriores, constituyen bases suficientes para que (...) concluyamos que en efecto sí se presentaron mayores tiempos en la ejecución del Comer 005/2000 por: a) incumplimiento de la auditoría en la entrega de los lotes debidamente auditados acorde a las fechas fijadas en el contrato y en el acta de febrero 9 de 2001 b) los informes de auditoría fueron incongruentes pues sucesivamente registraron altos

márgenes de error, que posteriormente fueron corregidos por la convocada y consecuentemente generaron mayores tiempos en la revisión y mayores costos administrativos y operativos tanto fijos como variables, a cargo de la convocante.”

Al responder acerca de los pagos conceptos y fechas efectuados por la Convocada al convocantes en desarrollo del contrato COMER 005 /2000, o como consecuencia del acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato comer 005, y si con ellos se cubrieron la totalidad de los costos fijos y variables en que incurrió la convocante se dijo:

“en nuestra opinión, la consideración de la magnitud del contrato COMER 005/2000, así como la cobertura de los trabajos objeto del mismos (sic), es elemento suficiente para comprender que la estructura administrativa, operativa y demás elementos (equipos-instalaciones-vehículos-recursos humanos y financieros), debieron responder a los criterios de eficiencia, eficacia y economía e indudablemente a los criterios de rentabilidad propia de las finanzas privadas. En este orden de ideas afirmamos nuevamente que tuvimos para el estudio y análisis todos los documentos que comprueban los conceptos y cuantías de los pagos realizados por la convocada, así como las fechas en que fueron cancelados, pero que dentro de éstos no fueron cancelados los derivados de los mayores tiempos en que incurrió la convocante por el incumplimiento por parte de la convocada en sus compromisos de revisiones o de auditorías a los trabajos presentados por la convocante.”

Además de haber respondido la totalidad de las preguntas realizadas, los peritos entraron a calcular el monto de los perjuicios, aspecto no solicitado por el Tribunal.

Igualmente, los peritos aclararon y ampliaron su experticio, según lo solicitado, como se pudo constatar en el expediente. En efecto, con respecto a las normas tenidas en cuenta para calificar la validez de las auditorías indicó la cláusula quinta del acta de febrero 9 de 2001 y con base en ésta señaló “como los informes de auditoría presentados por el contratante eran parciales y presentaron varias modificaciones, tomamos como fecha de entrega los informes definitivos de auditoría.”

Con relación a las inspecciones conjuntas indica “no existen evidencias que se hayan efectuado las inspecciones conjuntas, pero en el material probatorio que se anexa por distritos, se establece que el contratista solicitó al contratante se practicaran las inspecciones conjuntas en forma reiterada, pero nunca se accedió a ello.”

En lo atinente a la oportunidad de las correcciones presentadas señaló que si bien se tomó más tiempo, esto se debió a las inconsistencias contenidas en los informes de auditoría.

Posteriormente, indicó, con relación a si la determinación de la extemporaneidad tuvo en cuenta los términos de duración señalados en la cláusula quinta del acta de liquidación de los contratos, que sí había sido considerada tal cláusula e indicó que los motivos de la extemporaneidad habían sido que los informes eran parciales y con alto grado de error y no se realizaron las visitas conjuntas.

Así las cosas, en criterio de la Sala sí se incurrió en un defecto procedimental en la aplicación del artículo 238, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil que permite acoger una objeción de prueba pericial cuando existe error grave. A la luz del mencionado artículo, el Tribunal ha debido considerar la prueba pericial de manera conjunta con las demás pruebas que constan en el expediente, puesto que no existía imprecisión de alta envergadura en el pronunciamiento pericial. Se repite, el haberse pronunciado más allá de lo pedido, incluye el objeto de lo pedido, por lo que no se puede predicar la manifiesta equivocación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que de no haberse incurrido en este error de tipo procedimental el Tribunal habría tenido que valorar, dentro de la sana crítica, la prueba pericial de manera conjunta con las demás pruebas que constaban en el expediente, la Sala -atendiendo a que no todo error implica vía de hecho- encuentra que el mencionado defecto no conlleva la pérdida de efectos del Laudo Arbitral cuestionado. La razón para esto es que así se hubiera tenido en cuenta el peritazgo, el sentido del fallo no habría cambiado, puesto que si bien el peritaje era claro en indicar que AFA sí había realizado correcciones a los defectos determinados por la auditoría y desplegado actividades para determinar si habían existido errores en la auditoría realizada por Electrocosta, para el Tribunal, dentro de la interpretación de las cláusulas del contrato cuya razonabilidad se analizó en el aparte (i) del caso concreto, la obligación en cabeza de Electrocosta se cumplía plenamente al entregar informes de auditoría dentro de los 30 días siguientes a la entrega del trabajo por parte de AFA, sin entrar a juzgar si tal auditoría contenía o no errores o sin calificar el informe como parcial o definitivo. En efecto, debido, principalmente, a este alcance dado a las cláusulas del contrato prosperó la excepción de cumplimiento de lo pactado e inexistencia de la obligación señalada por AFA en cabeza de Electrocosta y el mismo alcance se le hubiera podido dar así se hubiera considerado el peritaje.

La Sala encuentra necesario precisar que si bien el dictamen en uno de sus puntos que sí coincidían con lo pedido señaló que sí se presentaron mayores tiempos de ejecución del contrato y estos eran atribuibles a Electrocosta, basó esta conclusión en aspectos que, en criterio del Tribunal, no derivaban en la responsabilidad de Electrocosta por los perjuicios derivados de los mayores tiempos de duración del contrato. En efecto, el fundamento de los peritos para indicar que Electrocosta era responsable fue la entrega extemporánea, en criterio de los peritos, de las auditorías, toda vez que cuando se presentaron tenían errores y estaban incompletas. Como ya se analizó, para el Tribunal, independientemente de las discusiones entre AFA y Electrocosta acerca de la corrección y completud de las auditorías, lo determinante para el cumplimiento del contrato por parte de Electrocosta era que un informe sobre la calidad de las obras se hubiera entregado dentro del plazo establecido.

Para que el dictamen pericial hubiera constituido prueba determinante en las resultas del proceso, éste debía haber demostrado que existía una obligación derivada de las cláusulas contractuales de entregar a los 30 días una auditoría cualificada en los términos señalados por la demanda arbitral. Sin embargo, como se analizó, esto no fue así. Por tal motivo, el error del Tribunal con respecto al peritaje no es una vía de hecho.

En conclusión, al no haber sido determinante el error en las resultas del proceso, la Sala no lo tendrá como vía de hecho.

En consecuencia, la Sala Sexta de Revisión revocará la Sentencia proferida por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena el 6 de octubre de 2003 para, en su lugar, negar la tutela al debido proceso de AFA.

Por otro lado, en cumplimiento del artículo 7º del Decreto 306 de 1992 que señala “Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo”, se retrotraerán las actuaciones surtidas en cumplimiento del Fallo que ahora será revocado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando

justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO : REVOCAR la Sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena del 6 de octubre de 2003 y su Auto de aclaración del 20 de octubre del mismo año, y, en consecuencia, NEGAR la tutela al debido proceso de AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P.

SEGUNDO : DEJAR SIN EFECTOS las actuaciones que se hayan surtido en cumplimiento de la Sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Cartagena del 6 de octubre de 2003, en cumplimiento del artículo 7º del Decreto 306 de 1992.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

Salvamento de voto a la sentencia T-920/04

ACCION DE TUTELA CONTRA TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO-Improcedencia/LAUDO ARBITRAL-
Anulación es competencia del Tribunal Superior (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-888314

Acción de tutela de AFP Consultores y Constructores S.A. E.S.P. contra el Tribunal de Arbitramento conformado por Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el habitual respeto manifiesto las razones de mi desacuerdo con el fallo mayoritario de la Sala que revocó la sentencia proferida el 6 de octubre de 2003 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena, para en su lugar negar la tutela al debido proceso, concedida a AFA Consultores y Constructores S.A. E.S.P. y dejar sin efecto las actuaciones surtidas en cumplimiento de la decisión.

Considero, como los demás integrantes de la Sala, que los tribunales de arbitramento, al igual que todas las autoridades, están sometidos al ordenamiento constitucional y que la normativa de la Carta Política sobre los derechos fundamentales prevalece, respecto de la que organiza la actividad estatal, reconoce autonomía e independencia a los jueces en sus decisiones e inviste transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia.

Por ello el debido proceso se aplica en todas las actuaciones judiciales y administrativas, los jueces están en el deber de restablecer los derechos fundamentales al interior de los asuntos sometidos a su conocimiento y las partes y los terceros deben hacer uso de los recursos ordinarios y extraordinarios con igual fin¹⁸.

El apoderado de AFP Consultores y Constructores S.AQ. E.S.P. reclama el amparo de las garantías constitucionales de su representada, fundado en que el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Jairo Morales Navarro, Iris Crismatt Mouthon y Norberto Gari García se apartó del debido proceso porque no se pronunció sobre el desequilibrio que

presentó la relación obligatoria generada por el contrato COMER 005 y el Acta que lo liquidó, a la vez que no interpretó las estipulaciones contractuales ni valoró el dictamen pericial como correspondía.

Ahora bien, la competencia para conocer de la anulación de un fallo arbitral por “no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, radica en el “tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento” –artículo 37 y 38 D.l 2279 de 1989-19-, de modo que era la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bolívar quien debía resolver sobre la vulneración de las garantías constitucionales de la accionante -esto si el recurso de nulidad del Laudo le hubiese sido propuesto en término-20.

Por consiguiente lo que correspondía era revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena para resolver la acción de tutela de la referencia y, en su lugar, declararla improcedente, sin adentrarse en el estudio de la pretensión.

Finalmente, cabe precisar que los árbitros accionados -quienes por cierto cesaron en sus funciones en los términos del numeral 5 del artículo 43 del decreto 2279 de 1989- intervinieron en el presente asunto, y sobre la congruencia de la decisión manifestaron que “[e]n la demanda arbitral no se solicitó que se reconocieran los gastos en que el contratista incurrió para demostrarle a Electrocosta sus propios errores en los informes de auditoría ni se comprobaran los errores cometidos por Electrocosta en su trabajo de auditoría o que reconociera los costos fijos derivados de los mayores tiempos en la ejecución del contrato”.

En estas circunstancias nada le impide a la accionante acceder a la justicia, para que se resuelva sobre lo acontecido por fuera del marco contractual y compromisorio, mediante el ejercicio de una acción ordinaria la cual, además, le daría la oportunidad de obtener el resarcimiento de los perjuicios que según afirma le fueron causados.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 En adelante AFA

2 En adelante Electrocosta

3 Por ser el objeto de la demanda, se transcribirán textualmente algunos apartes.

5 Por la complejidad del texto se transcribe.

6 Ver sentencia SU-837/02, M.P. Manuel José Cepeda en la cual se conocía de la tutela contra un recuso de homologación contra un laudo arbitral en equidad.

7 Ver Sentencia T-192/04, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra en la que se estudiaba la presunta vía de hecho en la cual había incurrido un Tribunal de Arbitramento la cual había repercutido en la violación al derecho al acceso a la administración de justicia. Para la Corte el hecho de que el Tribunal de Arbitramento no hubiera enviado el expediente a la jurisdicción contencioso administrativa una vez se concretó el no pago completo de honorarios, a pesar de que presuntamente ya había transcurrido el término de caducidad, no constituía una vía de hecho ni una vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia.

8 ST-231/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.)

9 Ver sentencia T-008/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz,(En esta ocasión la Corte estudiaba la supuesta vía de hecho por haber tenido en cuenta una prueba nula de pleno derecho en un proceso penal. La Corte, después de determinar que en el proceso existía un testimonio recaudado con reserva de identidad obtenido contrariando el debido proceso, encontró que esto no constituía vía de hecho porque dentro del proceso esa no era la única prueba en contra del sindicado. Sólo de basarse un proceso en la prueba inválidamente obtenida se hubiera constituido vía de hecho en el mismo)

10 Ver Sentencia T-1001 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil (En esta ocasión, la Corte denegó la tutela por considerar que el Consejo Superior de la Judicatura al resolver un conflicto de competencia existente entre la justicia penal militar y la justicia penal ordinaria asignándole competencia a la justicia penal militar no había incurrido en vía de hecho porque era dable sostener, “bajo una apreciación razonable y coherente de las pruebas allegadas, que los hechos sometidos a su consideración guardan relación directa con el servicio y que los

resultados de la operación “RESCATE”, antes que inscribirse en conductas contrarias a los derechos humanos, son una consecuencia necesaria del enfrentamiento suscitado.” Se estudió también la razonabilidad del alcance dado al término de la norma constitucional que consagra la competencia de la justicia penal militar cuando el hecho hubiera sucedido “en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”). Ver también Sentencia T-085 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero (En esta ocasión la Corte encontró que frente a la existencia de diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la validez de los títulos valores que figuraban dentro del proceso en copia pero con la firma original, era razonable el criterio del juez accionado según el cual la copia de las facturas cambiarias con firma original sí constituía título ejecutivo. Por tanto, no se concedió la tutela.) También se puede ver la Sentencia T-441/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra (En este caso no se tuteló el derecho al debido proceso que alegaban que la Superintendencia de Sociedades había incurrido en una vía de hecho dentro de su actuación como juez de un proceso concursal al darle al principio par conditio creditorum un alcance que hacía que no se pudiera aprobar el acuerdo concordatario al que habían llegado la mayoría de acreedores y el deudor. La Corte consideró que el alcance dado por la entidad accionada, por ser razonable aunque controvertido, no constituía una vía de hecho) Igualmente la T-901/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra en la cual no se encontró como irrazonable el criterio judicial según el cual era necesario probar el perjuicio producido por el decreto de medidas cautelares posteriormente levantadas, así lo embargado hubiera sido dinero. Es decir que no se presumía que el perjuicio consistiera en los intereses que se hubieren obtenido de haber tenido este dinero disponible para transacciones financieras. Por tal motivo, se negó la tutela contra providencia judicial.

11 En este sentido ver la sentencia SU-087 de 1999, donde la Corte consideró que había vulneración al debido proceso porque la autoridad judicial dejó de practicar una prueba que ya había decretado con anterioridad.

12 La efectiva afectación con el defecto procedimental se analizó en la Sentencia T-1062/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra la cual concedió la tutela por grave defecto procedimental en cuanto a la vinculación de la parte civil dentro del proceso penal y la efectiva garantía del derecho de defensa. En la mencionada sentencia se dijo: “1.1. Dentro del proceso penal, plurales son las sentencias que han concedido la tutela por indebida notificación al sindicado. Lo anterior porque con tal omisión le están vulnerando su derecho al debido proceso en la

medida en que, por desconocimiento, se torna imposible hacer ejercicio del derecho de defensa tan caro para quien por esto puede perder su libertad.

“Por ejemplo, en la sentencia T-654/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, se concedió la tutela porque se probó que, pese a que el indagado había manifestado claramente el lugar en el que podía ser informado sobre cualquier decisión judicial y que, por carencia de medios económicos, no contaba con un defensor de confianza ni le había sido nombrado defensor de oficio, el juzgado no le informó sobre la expedición del cierre de investigación¹² ni le nombró un defensor de oficio. Lo anterior, sumado a la casi absoluta falta de defensa técnica (defecto procedimental), y la no práctica de las pruebas solicitadas por el sindicado (defecto fáctico) llevaron a la Corte a considerar que se constituía una vía de hecho.

“Por otro lado, en la sentencia T-639/96, M.P. Antonio Barrera Carbonell, se concedió la tutela por encontrar que el juzgado¹² decretó clausura de la investigación, sin adelantar diligencia alguna tendiente a lograr la comparecencia del procesado, a pesar de que tenía a su disposición la dirección donde podía ser localizado. En ese caso, al accionante no se le notificó siquiera de la apertura de investigación en su contra.

“En los dos casos anteriormente reseñados se pueden observar factores comunes que llevaron a esta Corporación a encontrar configurada vía de hecho:

“1. Denotada negligencia del juez en la realización de intentos de notificación

“2. Consecuente falta de notificación de las diligencias en el proceso penal

“3. Adelantamiento de un proceso penal contra persona ausente”

¹³ Corte Suprema de Justicia, Auto sep. 8/93, Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. La mencionada providencia fue reiterada en el proceso No 16519, Sentencia del 29 de agosto de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote; igualmente, en la Sentencia de reemplazo dictada en el Expediente No. C-4533 el 12 de agosto de 1997, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez (S-043/97). En sentido semejante Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de reemplazo dentro del expediente No. 8978 Inst., 29 de julio de 1997, Magistrado Ponente José Roberto Herrera Vergara en la cual se afirmó: “como quiera

que el dictamen pericial con su aclaración y adición no presenta bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponga la repetición de la prueba, pues no existe en aquel cambio del objeto fin de examen, o de sus atributos, ni estudio distinto del encomendado, ha de concluirse que no se evidencian conceptos errados que hayan llevado a falsas conclusiones configurativas del error grave aducido por el objetante.” (subrayas ajenas al texto)

14 DEVIS Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, 5ª edición, 1995, Bogotá, Editorial ABC, pp. 345 y 346

15 La misma AFA vacila en la exigencia que le establece al Tribunal, puesto que en algunas ocasiones se refiere al deber de Electrocosta de haber auditado toda la obra y otras se refiere al deber de haber auditado todos los lotes y escoger dentro de estos algunas obras al azar para calificarlas. Cfr. Auto de Aclaración (fl. 54 cuaderno principal) y acción de tutela (fl. 15 de la demanda, cuaderno principal)

16 Si bien el respeto a la autonomía judicial hace que se permita que quienes administren justicia, sean jueces o particulares, valoren libremente el acervo probatorio dentro de las normas de la sana crítica, se ha establecido de manera uniforme que la falta de consideración o la notoriamente errada apreciación de un medio probatorio, si éste tiene “la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo” (T-025/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett), conlleva una vía de hecho. Ha dicho la Corte:

“La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela. Como la prueba es el fundamento de las decisiones de la justicia, es obvio que su desconocimiento, ya sea por ausencia de apreciación o por manifiesto error en su entendimiento, conduce indefectiblemente a la injusticia judicial. La necesidad de evitar tan funesta consecuencia, violatoria del derecho al debido proceso, ha llevado a la Corte a sostener que los yerros ostensibles en esta delicada materia, pueden remediarse mediante la acción de tutela, siempre y cuando, claro está, los interesados no dispongan de otro medio de defensa judicial.”(Ver Sentencia SU-477/97, M.P. Jorge Arando Mejía (En esta ocasión en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo que negaba la devolución de un dinero pagado a la administración del Atlántico no siendo éste debido por no haber prueba suficiente de que los dineros hubieran sido depositados en cuentas de la

administración del departamento a pesar de constar en el expediente una serie de recibos bancarios que servían de medio probatorio para comprobar tal afirmación. La Corte concedió la tutela y ordenó que el proceso se volviera a surtir estudiando las pruebas y dándoseles el valor que el juez determinara) En la Sentencia T-442/94, M.P. se consideró que existía vía de hecho de carácter fáctico en un proceso en el cual se decidía la custodia de un menor, toda vez que no se tuvieron en cuenta los elementos probatorios que obraban en el caso (dictámenes psiquiátricos) según los cuales el menor no debería estar bajo la custodia de sus padres a quienes el juez se la asignó. En el mismo sentido T-488/99, M.P. Martha Victoria Sáchica (En esta ocasión se encontró la existencia de una vía de hecho en un proceso de filiación en el cual, a pesar de haberse decretado, no se había practicado el experticio científico necesario para determinar la paternidad de quien alegaba ser padre del menor); también T-329/96, M.P. José Gregorio Hernández, y T-452/98, M.P. Hernando Herrera Vergara. Igualmente, En la Sentencia T-814/99, M.P. Antonio Barrera Carbonell se concedió la tutela al debido proceso puesto que los funcionarios judiciales demandados habían omitido la valoración de la prueba que demostraba la trascendencia y posible afectación que un proyecto de construcción implicaba para la comunidad y por tal motivo, dentro de una acción de cumplimiento, no habían encontrado incumplida la norma legal que establecía la obligación de realizar una consulta popular en caso de que la obra planeada amenazara con crear un cambio significativo en el uso del suelo. Por último, ver la Sentencia T-235/04, M.P. Marco Gerardo Monroy en la cual se decretó una vía de hecho de carácter fáctico puesto que en el proceso ejecutivo cuestionado no se había valorado la confesión de la deuda cuyo análisis podría haber implicado la suspensión de la prescripción de la acción cambiaria. Valga aclarar que la acción fue interpuesta por el demandante del proceso ejecutivo.)

Así las cosas, en caso de que se presente el desconocimiento del tipo de pruebas trascendentes dentro del proceso, se estará actuando fuera de los márgenes permitidos por la autonomía judicial.

17 Las normas del Código de Procedimiento Civil en materia de pruebas son aplicables en los procesos arbitrales, por mandato del artículo 151 del Decreto 1818 de 1998

18 Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en igual sentido sentencia C-739 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

19 Compete al Consejo de Estado conocer del recurso de anulación de laudos arbitrales proferidos en contratos originados en contratos estatales, mediante sentencia contra la cual no procede sino el recurso de revisión –artículo 128 C.C.A., modificado por el numeral 5 del art. 36 de la Ley 446 de 1998.

20 Sobre la improcedencia de la acción de tutela para solventar la incuria procesal de las partes se pueden consultar, entre otras, la sentencia T-759 de 2003.