

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Santiago de Cali, veintiocho (28) de Septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

Procede este Tribunal a resolver la controversia suscitada entre el doctor LUIS EDUARDO BORRERO RENGIFO y el MUNICIPIO DE CALI - INVICALI.

I.- ANTECEDENTES

- 1.1.- El 21 de agosto de 1.998, el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, mayor de edad, vecino de Cali, abogado en ejercicio, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, demanda arbitral contra la entidad denominada INVICALI, la cual se encuentra hoy día en proceso de liquidación.
- 1.2.- Mediante auto de Septiembre 4 de 1.998, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, admitió la solicitud del convocante y se ordenó la notificación a la parte convocada.
- 1.3.- El 22 de Septiembre del mismo año, se notificó a la entidad convocada, INVICALI, a través de apoderada especial.
- 1.4.- Mediante escrito presentado el 6 de octubre de 1.998, la parte convocada contestó la demanda y propuso algunas excepciones de fondo y procedió a llamar en garantía al señor GUILLERMO ULLOA TENORIO, quien había ejercido la representación legal de la entidad INVICALI.
- 1.5.- El Centro de Conciliación y Arbitraje citó al llamado en garantía, señor GUILLERMO ULLOA TENORIO, quien en diciembre 11 de 1.998 dió contestación al escrito formulado por la apoderada de la sociedad demandada.

- 1.6.- En la etapa pre-arbitral, se señaló el día 22 de febrero de 1.999, para la audiencia de conciliación, sin haberse logrado un acuerdo entre las partes, por lo cual se declaró fracasada.
- 1.7.- Como las partes no llegaron a ningún acuerdo en el nombramiento del árbitro único, el Centro de Conciliación y Arbitraje designó como árbitro único al doctor JESUS MARIA SANGUINO SANCHEZ, quien mediante escrito de abril 14 de 1.999, manifestó la aceptación del nombramiento efectuado.
- 1.8.- El 30 de abril del presente año, se instaló el Tribunal de Arbitraje, habiéndose procedido a la fijación de los honorarios y al nombramiento de la secretaria, doctora FLOR ALBA CORDOBA.
- 1.9.- Dentro del término procesal correspondiente, la parte convocante consignó el 50% de la suma asignada, mientras que la parte convocada se abstuvo de hacerlo, por lo cual la parte demandante consignó por cuenta de INVICALI la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal fijados en audiencia de 30 de abril del año que transcurre.
- 1.10.- En la primera audiencia de trámite, el Tribunal aceptó la competencia para decidir en derecho la controversia planteada y declaró la nulidad de la actuación surtida por el Centro de Conciliación y Arbitraje del llamado en Garantía y negó el llamamiento en garantía solicitado por la convocada y abrió el proceso a pruebas.
- 1.11.- Agotado el periodo probatorio, el Tribunal consideró necesario convocar a las partes a una audiencia de conciliación, la cual se celebró el 29 de junio de 1.999 sin que las partes hubiesen llegado a un acuerdo sobre el conflicto sujeto al arbitraje.
- 1.12.- El 3 de agosto de 1.999, las partes presentaron sus alegatos de conclusión, encontrándose que por parte de la entidad demandada solicitaba nuevamente se considerara el llamado en garantía o de lo contrario se procediera a dictar un Laudo Inhibitorio.

Agotadas todas las instancias procesales, en las cuales se ha garantizado el derecho de defensa de las partes y no encontrándose nulidad alguna que pueda afectar este proceso arbitral, se procederá en consecuencia a Laudar conforme a derecho.

II.- DE LOS HECHOS, LAS PRETENSIONES Y LAS OPOSICIONES

2.1.- HECHOS:

2.1.1.- El Instituto Municipal de Reforma Urbana de Vivienda de Cali INVICALI, celebró con el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, un contrato de Prestación de Servicios Profesionales, fechado el 21 de julio de 1.995.

2.1.2.- El contrato tenía como objeto que el profesional del derecho elaborara y tramitara aproximadamente 500 escrituras públicas correspondientes a los programas de vivienda, MOJICA II ETAPA y CIUADAELA INVICALI SECTOR VII.

2.1.3.- Para el desarrollo del objeto del contrato, INVICALI se comprometió con el profesional del derecho a suministrar toda la información necesaria, a enviar todos los datos requeridos en el formato del contratista, a efectuar los gastos notariales, compra de la boleta fiscal y el registro de cada escritura.

2.1.4.- Se estableció como valor del contrato la suma de \$12'750.000.00, pagaderos inmediatamente después de entregadas las escrituras públicas debidamente registradas, considerándose un valor unitario de \$25.000.00, por cada contrato de compraventa elaborado y debidamente registrado.

2.1.5.- Se pactó como término del contrato, dos meses, contados a partir de que INVICALI, suministrara los datos de cada uno de los adjudicatarios.

2.1.6.- En el señalado convenio se pactó expresamente que las partes someterían a la decisión de árbitros las diferencias y discrepancias que surgieran durante la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato

que no se hubiese podido solucionar mediante acuerdo, conciliación o transacción.

- 2.1.7.- En agosto 9 de 1.995, el contratista inició la entrega de las minutas de las escrituras públicas del proyecto MOJICA II para la respectiva revisión de INVICALI.
- 2.1.8.- Debido a los errores en las denominadas “hojas de ruta” el contratista se vió obligado a efectuar numerosas correcciones y repeticiones de las minutas que había elaborado.
- 2.1.9.- En Septiembre 4 de 1.995, el contratista le reclamó a INVICALI la devolución de las minutas de escritura pública y le pidió formatos para continuar el trámite de elaboración de las demás minutas de compraventa.
- 2.1.10.- En comunicación de octubre 30 de 1.995, el contratista requirió mediante comunicación al gerente de INVICALI para que le fueran enviados los paz y salvos municipales y departamentales que exigen todas las notarías para la liquidación de los gastos notariales de cada contrato de compraventa de inmuebles.
- 2.1.11.- En diciembre 19 de 1.995, INVICALI remitió al contratista 105 formatos para la elaboración de las minutas de compraventa.
- 2.1.12.- El trabajo ejecutado por el contratista durante el año de 1.995, prácticamente se perdió por el cambio del representante legal de INVICALI, señor GUILLERMO ULLOA TENORIO, quien fue declarado insuficiente en diciembre de 1.995, lo cual obligaba a cambiar íntegramente las minutas de contratos de compraventa.
- 2.1.13.- En enero 18 de 1.996, INVICALI hizo saber al contratista que el contrato de prestación de servicios quedaba transitoriamente suspendido debido al proceso de estructuración institucional efectuada por la administración central.

- 2.1.14.- En cumplimiento de un fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, INVICALI mediante comunicación de julio 25 de 1.996, le ordenó al contratista elaborar todas las minutas de escritura pública en un término de cinco (5) días, de un listado presentado en el documento anexo a dicha comunicación.
- 2.1.15.- El contratista mediante comunicación de julio 26 de 1.996, le expresó a INVICALI, la imposibilidad de elaborar los documentos solicitados por las circunstancias anotadas en dicha misiva, no obstante el ofrecimiento de colaborarle a la administración para elaborar nuevamente las escrituras en un número de 112 documentos para la firma del nuevo representante o liquidador de INVICALI doctor HERNAN ESCOBAR CHAPARRO.
- 2.1.16.- Con el cambio de representante legal de INVICALI, el contratista debió retirar de las diferentes notarías las minutas de escrituras elaboradas para la corrección correspondiente.
- 2.1.17.- En agosto 26 de 1.996, el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO le expresó a INVICALI que dos de las Notarías se abstenían de otorgar las escrituras públicas por no estar autorizado el liquidador para transferir a título de compraventa los bienes inmuebles de propiedad de la entidad.
- 2.1.18.- En el mes de Septiembre de 1.996, mediante comunicaciones el contratista requirió a INVICALI para que le enviaran toda la información, papel notarial, formatos y demás para continuar con la ejecución del contrato.
- 2.1.19.- Con fecha Septiembre 11 de 1.996, el contratista dejó constancia que en esa fecha completaba la entrega de 210 minutas reelaboradas por su oficina y las registró en un listado indicando la manzana y el lote correspondiente.
- 2.1.20.- En la misma fecha, la secretaría de vivienda social y renovación urbana, le informó al contratista que el proceso adelantado se suspendía y que las escrituras que se encontraran en las notarías se debían recoger y de acuerdo a las directrices recibidas, las nuevas escrituras públicas debían realizarse con la comparecencia del señor Alcalde de Cali.

2.1.21.- Debido a las dificultades en la ejecución del contrato, a la repetición de los trabajos, el contratista doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, solicitó a la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos se realizara una audiencia de conciliación para determinar los derechos del contratista por la elaboración de los trabajos. En junio 9 de 1.998, se realizó la audiencia correspondiente, no llegando las partes a ningún acuerdo, en virtud de que la administración consideraba que ya había decidido sobre los derechos del contratista en la Resolución No. LI-08297.

2.1.22.- Fracasada la audiencia de conciliación el contratista pretende que por la vía arbitral se decida sobre los derechos que le corresponden por la ejecución del contrato celebrado con INVICALI en junio 26 de 1.995.

2.2.- DE LAS PRETENSIONES

2.2.1.- En su libelo de demanda, la parte convocante solicita lo siguiente:

“PETICION INICIAL:

Que se constituya en mora a la entidad deudora, MUNICIPIO DE CALI INVICALI EN LIQUIDACION, desde el momento de la notificación de la presente demanda. Además:

PRIMERA: Que se declare la terminación del **Contrato de Prestación de Servicios No.SG-016-95**, celebrado entre el Municipio de Cali – INVICALI y Eduardo Borrero Rengifo en julio 21/95 para la elaboración y tramitación de minutas de escritura pública.

SEGUNDA: Que se declare que el Municipio de Cali – INVICALI incumplió sus obligaciones contractuales derivadas del **Contrato de Prestación de Servicios No. SG-016-95**.

TERCERA: Que se condene al MUNICIPIO DE CALI – INVICALI a reconocer y pagar las sumas de dinero que le adeudan, con ocasión del contrato celebrado, a EDUARDO BORRERO RENGIFO más el valor de los daños causados, según se detallan en la presente demanda y resulten demostrados en el proceso.

CUARTA: Que se condene a la entidad DEMANDADA a pagar las sumas que sean ordenadas, debidamente actualizadas de conformidad con los índices de devaluación expedidos por el Banco de la República para los precios al consumidor y los intereses comerciales más altos permitidos por la ley, liquidados desde el momento en que se causaron las obligaciones hasta la fecha del laudo.

QUINTA: Que se condene a la entidad DEMANDADA a pagar y a reembolsar los costos y honorarios causados dentro del proceso arbitral”.

2.3.- DE LAS OPOSICIONES

2.3.1.- El Municipio de Cali, a través de apoderada judicial se hizo presente en el proceso, dió respuesta oportuna a la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros y absteniéndose de manifestarse sobre los demás. Se opuso a las pretensiones del contratista con lo cual se creó la litis dependencia y propuso como excepciones, las siguientes:

Primero: De pago. En efecto, como se puede observarse a través del presente escrito y en la demanda, INVICALI en el pleno ejercicio de sus facultades legales y contractuales, al liquidar el contrato celebrado con quien demanda, procedió igualmente al PAGO de lo que estaba legal y contractualmente obligada conforme se señala en la Resolución L.I. 082 – 97 del 27 de octubre de 1.997, mediante el cheque No. 3556782 del Banco de Bogotá, cuenta No. 15808115-8 consignado a favor del Dr. BORRERO RENGIFO.

Segundo: De no derecho. No existe a favor del demandante derecho alguno que reclamar en virtud del contrato tantas veces mencionado por cuanto las etapas legales y contractuales fueron plenamente agotadas por parte de INVICALI en aras de la liquidación del contrato llegándose hasta el pago por consignación como ha quedado sentado en el decurso de este escrito.

Tercero: De inepta demanda por inadecuada formulación de pretensiones. El demandante pretende la modificación de un ACTO ADMINISTRATIVO en firme, la Resolución L.I. 082-97 del 27 de octubre de 1.997, sin antes haber acudido en procura de su nulidad, por tanto cualquier pretensión sobre ella se torna inadecuada pues adolece de un defecto que impide pronunciar sentencia de mérito.

Cuarto: De falta de competencia por perención. Conforme a lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2651 de 1.991, vigente para la época del contrato, en su celebración, ejecución y liquidación y aplicable a este proceso conforme lo preceptúa el artículo 163 de la Ley 446, debe en este caso declararse la perención del proceso por cuanto el demandante dejó vencer los términos legales para acudir al proceso arbitral. Dicen las normas en mención:

“Pasados dos meses sin que se haya llegado a acuerdo conciliatorio, o éste fuere parcial, cualquiera de las partes podrá promover el proceso arbitral. Transcurridos otros dos meses sin que ninguna de las partes hubiere promovido el arbitramento, se producirán los efectos previstos en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.” (Decreto 2651 de 1.991 art.5)

El efecto a que hace referencia dicho artículo es el de la perención y esta constituye una sanción en contra del litigante descuidado cuando no cumple con su deber de impulsar el proceso en los términos señalados por la ley.

A su vez el art. 63 de la ley 446.- **Vigencia.** Esta ley rige desde su publicación. Salvo disposición en contrario, los recursos interpuestos, los términos que hubieren comenzado a correr... se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso, el término....”

III.- DE LAS PRUEBAS

En la oportunidad procesal el Tribunal decretó la práctica de las pruebas pedidas por las partes y decretó algunas pruebas de oficio.

3.1.- PRUEBAS DOCUMENTALES:

Para el Laudo correspondiente se tuvieron en cuenta los documentos aportados al proceso entre los cuales se enumeran así:

- 3.1.1.- El contrato de Prestación de Servicios firmado por GUILLERMO ULLOA TENORIO como gerente de INVICALI y el abogado EDUARDO BORRERO RENGIFO.
- 3.1.2.- Diversas comunicaciones remitidas por el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, de fechas 26 de julio de 1.995, agosto 9, Septiembre 4, Septiembre 27, Octubre 30, Diciembre 21 de 1.995; Enero 2 de 1.996, julio 25, julio 26, julio 31, agosto 5, agosto 8, agosto 12, agosto 23, agosto 29, Septiembre 2, Septiembre 4, Septiembre 5, Septiembre 6, Septiembre 10 de 1.996; abril 27 de 1.998, dirigidas a INVICALI.
- 3.1.3.- Comunicaciones u oficios remitidos por INVICALI al contratista: carta de agosto 9 de 1.995, comunicación No. ESS-061 de 1.995, comunicación DESS-201 de 1.995, comunicación DESS-274/95; comunicación SS05-96, comunicación SS-107 de 1.996; comunicación SS-125 de 1.996, carta de agosto 26 de 1.996, firmada por la Notaría Tercera del Círculo de Cali,

carta de agosto 27 de 1.996, firmada por el Notario Once del Círculo de Cali; comunicación RPB-101 de 1.996, comunicación RPB-102/96, comunicación RPB-105/96; RPB-110/96; Resolución No.LI-082 de octubre 27 de 1.997, firmada por el liquidador de INVICALI; comprobante de consignación efectuada por INVICALI; a nombre del doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO.

3.2.- PRUEBAS TESTIMONIALES

Se recibieron los testimonios de la señora MARIA INES FERRO SUAREZ, LUIS ALONSO GIL OSORIO y los de los notarios ALVARO NIÑO SERRANO y LILIANA RAMIREZ NARANJO.

3.3.- INSPECCION JUDICIAL

El Tribunal decretó una inspección judicial a las oficinas del Abogado EDUARDO BORRERO RENGIFO, localizadas en la carrera 9ª No. 4-42 del barrio San Antonio, con el fin de constatar la capacidad del contratista, los trabajos procesados, el material entregado y demás informaciones atinentes a este proceso.

3.4.- ALEGATOS DE CONCLUSION

En agosto 3 de 1.999, se llevó a cabo la audiencia final en la cual las partes presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión. La parte convocante, ratificó sus pretensiones, por su lado, la convocada, mantuvo la oposición sobre las mismas, pidiendo en subsidio un fallo inhibitorio.

IV.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Este Tribunal sentenciador expone las argumentaciones de orden jurídico que estima pertinentes para Laudar en Derecho conforme a la cláusula compromisoria.

4.1.- NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA ENTRE INVICALI Y EL DOCTOR EDUARDO BORRERO RENGIFO

Conforme al texto adjunto al expediente, se trata de una relación contractual celebrada entre INVICALI y el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, bilateral, onerosa, de tracto sucesivo, cuyo objeto principal es la prestación de servicios profesionales, en consideración a la profesión del contratista doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO quien acreditó la profesión de abogado con la tarjeta No.36.500 expedida por el Ministerio de Justicia.

El objeto del contrato estaba concebido para que el contratista elaborara y tramitara aproximadamente 510 minutas de escritura pública correspondientes a los programas MOJICA II ETAPA y CIUDADELA INVICALI SECTOR VII, “realizando además todos los trámites de pago de derechos notariales, boleta fiscal y registro ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”.

Se trata de un acuerdo entre las partes, destinado a crear obligaciones a cargo de cada uno de los contratantes, en el que se convino contractualmente, que las divergencias que surgieran entre las partes durante la celebración del contrato, su ejecución, desarrollo, terminación y que no se hubiesen podido solucionar mediante acuerdo, conciliación o transacción, se llevaran a un Tribunal Arbitral, conformado de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 80 de 1.993.

Dibujada la naturaleza de la relación jurídica entre INVICALI y el doctor BORRERO RENGIFO, conviene determinar si la controversia surgida entre las partes queda amparada por la decisión arbitral.

Al decidir su competencia, este Tribunal consideró que la controversia estaba fincada en discrepancias susceptibles de transacción, que cubrían un arco del tiempo en que se desarrolló el contrato celebrado entre las partes. No sobra adelantar, que el contrato es un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebró sin que se anotaran vicios de nulidad algunos. Las partes eran capaces plenamente de comprometer y obligarse, el objeto y la causa son lícitos y no existe ni ha mediado dolo en la prestación del consentimiento. Ninguna de las partes tachó de falso el

documento, ni cuestionó la naturaleza del mismo, ni los procedimientos administrativos adelantados para la celebración de este convenio. En consecuencia, es válido para este Tribunal el documento que sirve de soporte a la controversia y la cláusula compromisoria.

4.2.- CUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA

El acervo probatorio practicado dentro del proceso, evidencia que la parte convocante, EDUARDO BORRERO RENGIFO, estuvo presto a cumplir las obligaciones emanadas del contrato de servicios SG-016/95, pues de los documentos aportados siempre se resalta la preocupación del contratista por cumplir o por requerir a la administración pública para que se allanara a cumplir lo que previamente se había convenido. Así lo demuestran plenamente las diferentes comunicaciones remitidas por el doctor BORRERO a los funcionarios de INVICALI, exigiendo el envío de los formatos, la remisión urgente del papel documentario notarial, los paz y salvos correspondientes, sin que se observara negligencia alguna por parte del doctor BORRERO para cumplir sus obligaciones emanadas del contrato de prestación de servicios.

En verdad, no existe prueba que indique lo contrario, es decir, que el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO haya sido infiel al cumplimiento de las obligaciones que le generó el contrato, que haya dejado de cumplirlas así fuese parcialmente, o que, al menos no se haya allanado al cumplimiento de las mismas.

La parte convocada en oposición a las pretensiones de la convocante trató de señalar que el contratista había incumplido el contrato alegando que a él le correspondía realizar todos los trámites de pago de derechos notariales, boleta fiscal y registro ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. No puede aceptarse que esta aserción de la parte convocada la exime de la carga de la prueba, como lo manda el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso 2º por tratarse de una proposición negativa. A juicio de este Tribunal, esta afirmación que aparenta una proposición negativa del buen servicio prestado no sería indefinida, sino definida y como tal por ser una afirmación implícita o indirecta se sustrae de la preceptiva del

citado artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que exime de la prueba a las afirmaciones o negaciones indefinidas.

La entidad demandada en este Tribunal, al hacer esa afirmación definida no aportó las pruebas necesarias y conducentes para endilgarle al contratista el incumplimiento del contrato, ni propuso como excepción de “NON ADIMPLETI CONTRACTUS”.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado: “Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesario profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y este no puede prescindirse: Así, si el comprador alega que la mercancía recibida no es de la buena calidad pactada, está afirmado en el fondo que lo es de mala; y esta negativa de calidad, es susceptible de prueba (Sent. Cas. Civ., 29 enero de 1.975. Gaceta Judicial, Tomo CLI, pág. 5).

4.3.- INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El Tribunal ha examinado con detenimiento la conducta asumida por la entidad demandada, en este caso INVICALI, observando como el desgüeño administrativo conlleva a la afectación, no solo de las obligaciones contractuales, sino del notorio perjuicio a una comunidad de bajos recursos que ansiosamente esperaba de la administración pública la celeridad en los trámites para la adjudicación de una vivienda. Sorprende como en la maraña de los trámites administrativos, se pierda la visión nuclear que debe tener la administración pública, para converger en todas sus actuaciones en la realización de un verdadero Estado Social de Derecho, que implica necesariamente que toda la administración se encuentre irradiada por los conceptos teleológicos del Estado Social consagrado en la Constitución de 1.991, en el que debe buscarse que las diferencias entre los pobres y los ricos se hagan menos agudas, que el Estado Bienestar le permita a las clases menos favorecidas la satisfacción de sus necesidades mínimas fundamentales, como es la de tener una vivienda digna. Por esto el Juez

dentro de esta concepción nueva del Estado tiene que orientar sus decisiones no dentro del límite de unas normas especiales sino del amplio campo enmarcado por una Constitución Social.

LUIGI FERRAJOLI, sostiene que “la jurisdicción ya no es la simple sujeción del Juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto; crítica del derecho inválido, aunque vigente, cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquella; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía existentes, inadecuadas, no obstante venir exigidas por las normas constitucionales”. (Derechos y Garantías, La Ley del más Débil, Edit. Trotta, 1.999, pág. 68).

Se encuentran demostrados en este proceso arbitral los elementos axiológicos de la pretensión del cumplimiento contractual, pues como lo hemos afirmado se trata de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas, que precisan el cumplimiento del profesional del derecho y el incumplimiento de la entidad convocada, conllevando necesariamente perjuicios materiales, evidentes que deberán ser tasados por este Tribunal.

V.- DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

En el memorial de respuesta a la demanda, la entidad convocada presentó como excepciones la denominada de Pago, de No Derecho, de Inepta Demanda por inadecuada formulación de pretensiones y la falta de competencia por perención. A cada una de ellas, pasará el Tribunal a referirse para determinar la prosperidad o la improcedencia de las mismas.

5.1.- PAGO

El excepcionante fundamenta este medio defensivo en el sentido de que INVICALI en el pleno ejercicio de sus facultades legales y contractuales al

liquidar el contrato celebrado procedió al pago de lo que estaba legalmente y contractualmente obligada conforme se señala en la Resolución LI-082-87 de 27 de octubre de 1.997, mediante el cheque No. 3556782 del Banco de Bogotá, cuenta No. 15801158, consignado a favor del doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO. Se anota que al proponer la excepción INVICALI no señala el valor del cheque, ni el destino que se le dió al título valor correspondiente; en las pretensiones se señala que dicho cheque tiene el comprobando de pago No. 2589 de la Caja Agraria, sin especificar si este documento fue consignado a favor del doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO y la sucursal que recibió dicho título valor.

En la resolución aludida el liquidador de INVICALI, resuelve liquidar el contrato determinando los porcentajes del trabajo desarrollado por el contratista en cada una de las fases, asignándole a la primera un 20% y en la segunda fase un 30%, considera que con este porcentaje se tramitaron 210 minutas de escritura, correspondiéndole los valores de: en la primera fase \$3'112.500.00 y en la segunda fase, \$2'625.000.00 para un total de \$5'737.500.00.

En el acto administrativo proferido por el liquidador de INVICALI procede a liquidar el contrato celebrado con el doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, reconociendo que se elaboraron 510 minutas de escrituras correspondientes a los programas MOJICA II y CIUDADELA INVICALI SECTOR VII. Se afirma en dicho acto administrativo "que por diferentes causas el contrato no pudo ejecutarse en la forma pactada, pero se propusieron al contratista alternativas para llegar a una solución adecuada a los intereses de ambas partes sin que fuera posible lograrlo".

Más adelante señala que "es necesario proceder a la liquidación del contrato para evitar que queden asuntos pendientes en el proceso de liquidación de INVICALI".

En este documento se pueden observar dos elementos fundamentales: que existe una controversia, una diferencia entre el contratista e INVICALI que no fue posible solucionar y por tanto, haciendo caso omiso a la cláusula vigésima-segunda del contrato de Prestación de Servicios SG-016 de 1.995, en la que se pactó de manera expresa que todas las diferencias serían

objeto de un tribunal arbitral, la administración no respetó este compromiso y procedió a liquidar el contrato y a ordenar un pago según los cálculos realizados por un profesional que le rindió concepto a INVICALI en agosto 27 de 1.997.

En entendimiento de este Tribunal, el acto administrativo en que se soporta la administración para excepcionar no constituye ningún pago, se trata de una actuación unilateral de la administración municipal, en que reconoce la existencia de unas controversias con el contratista para proceder a liquidar el contrato conforme a un concepto emitido por la misma administración.

Conforme a las normas contenidas, el pago efectivo es la prestación de lo que se debe, como lo señala el artículo 1626 del Código Civil, y la preceptiva siguiente señala que el pago se hará bajo todo respecto en conformidad al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida.

Ahora bien, no aparece acreditado en el plenario que el valor de la liquidación del contrato haya sido aceptada por el acreedor, en este caso el contratista, pues por lo referido en la audiencia de conciliación el contratista discrepa de las actuaciones de la entidad administrativa.

Al responder la excepción planteada por INVICALI, el convocante doctor EDUARDO BORRERO enfatizó que nó recibió ninguna suma, esta afirmación negativa desplazaba la carga de la prueba a la entidad convocada, situación que nunca fue debatida en el proceso, pues nunca se aportaron los cheques o los comprobantes de egreso debidamente firmados y aceptados por el contratista.

Por lo afirmado precedentemente, nos prospera la excepción propuesta por la entidad convocada.

5.2.- DE NO DERECHO

Sostiene INVICALI que no existe a favor del demandante derecho alguno en virtud de que el contrato se encuentra agotado por parte de INVICALI y en aras de la liquidación, se llegó al pago por consignación “como ha quedado asentado en el recurso de este escrito”.

Afirmar que el contratista no tiene derecho alguna para reclamar el pago de unas obligaciones, fundamentándose en que las etapas legales y contractuales fueron plenamente agotada por parte de INVICALI, constituye una afirmación sin asidero legal alguno, pues desconoce la existencia de un contrato, fuente indiscutible de derechos y obligaciones. Si las etapas legales y contractuales fueron agotadas por parte de INVICALI, como lo sostiene el excepcionante, ello indica que el agotamiento de una de las etapas no exime del cumplimiento de las obligaciones emanadas del acuerdo o convenio celebrado entre las partes.

En la abundante prueba recogida por este Tribunal, se ha demostrado plenamente que el contratista desarrolló una labor, inconclusa sí, pero por causas imputables a la administración, que puso a la disposición de la contratante toda su capacidad profesional y tecnológica y como lo advierte la misma convocada, por diferentes circunstancias, el contrato no pudo ejecutarse en la forma pactada, manifestación que hace en la Resolución No.LI-08297; por tanto, no puede ser válido el argumento que por estar agotadas las etapas contractuales no puede exigir ninguna de las partes el cumplimiento de la otra.

Expresa la administración demandada en este proceso arbitral que se llegó “hasta el pago por consignación como ha quedado sentado en el decurso de este proceso”.

El pago por consignación se efectiviza a través de un proceso que se encuentra debidamente reglado en el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil. No aparece acreditado, como temerariamente lo afirma la administración, que se haya efectuado un pago por consignación, que haya existido un proceso con una demanda de oferta de pago y una

sentencia que declare válido el pago. Esta afirmación carece del soporte probatorio y no es cierto que el pago por consignación se hubiese efectuado por los canales procedimentales que regula el Código de Enjuiciamiento Civil.

Tampoco prospera la excepción planteada.

5.3.- INEPTA DEMANDA

Se afirma que el demandante pretende la modificación de un acto administrativo en firme: la Resolución No.LI-08297 de 27 de octubre de 1.997, sin antes haber acudido en procura de su nulidad, por tanto cualquier pretensión sobre ella se torna inadecuada, “pues adolece de un defecto que impide pronunciar sentencia de mérito”.

El acto administrativo que ha servido de soporte para la defensa de los intereses de la administración pública, no tiene las connotaciones que le quiere dar la convocada. El acto administrativo que pretende la liquidación de un contrato, acepta su terminación y luego determina la suma que unilateralmente le fija al contratista, afirmando en los considerandos del acto, que existen discrepancias que no fueron resueltas por las partes, es deslindar de la cláusula compromisoria los efectos que pudiese tener un acto administrativo. En acto administrativo no puede romper ni desconocer lo pactado previamente por las partes sobre la declinación de la jurisdicción ordinaria.

Las partes al celebrar el compromiso, contenido en la cláusula compromisoria, decidieron que todas las controversias en la ejecución y liquidación del contrato se sometían a un tribunal de arbitraje. Afirmar que la demanda pretende la modificación de un acto administrativo, no consulta la naturaleza misma de la cláusula compromisoria y atenta contra los postulados de la buena fé que debe gobernar toda relación contractual.

Si el contratista no aceptó la liquidación del contrato, ni las sumas que se le asignaron, tenía el derecho a la jurisdicción arbitral, es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Nacional, sin que pueda argüirse

que por ser un acto administrativo estaba obligado a agotar la vía gubernativa y luego pretender la nulidad del acto a través de lo contencioso administrativo.

El agotamiento de la vía gubernativa no es más que un presupuesto de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa. Las partes habían aceptado previamente que renunciaban a esta jurisdicción para someter su conflicto a la decisión de un Tribunal de Arbitraje. La administración no podía imponer normas unilaterales para modificar la cláusula compromisoria. El contratista no aceptó las soluciones dadas por la administración pública y así lo reiterado a lo largo de este proceso y en la conciliación que se pretendió ante el procurador judicial del Tribunal Administrativo del Valle.

La vía correcta, entonces, que tiene el contratista es llegar a la jurisdicción arbitral para que esta le resuelva todas las diferencias suscitadas con la entidad INVICALI por razón de la ejecución, liquidación y cumplimiento del contrato de Prestación de Servicios Profesionales.

Se rechaza entonces, la excepción propuesta por la entidad convocada.

5.4.- FALTA DE COMPETENCIA POR PERENCION

Pide la excepcionante que dé aplicación al artículo 5º del Decreto 2651 de 1.991, vigente para la época del contrato, en su celebración, ejecución y liquidación aplicables a este proceso conforme lo preceptúa el artículo 163 de la Ley 446 de 1.998.

Es de anotar que al margen de la controversia, la descuidada redacción de la excepcionante en no señalar el año de la Ley que considera aplicable, es entendido, por la relación que hace con el Decreto 2651 que se trata de la Ley 446 de 1.998. El artículo citado hace relación a la vigencia de esta ley en cuanto a las instancias procesales, pero no es extendible esta vigencia a situaciones sustanciales como lo es la ejecución o liquidación de los contratos.

La perención que pretende la parte demandada en este arbitraje carece de soporte legal. El Decreto 2651 de 1.991 reguló la conciliación judicial; el artículo 2º del citado estatuto expresamente señala que las partes de común acuerdo, en todos los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera instancia, podrán pedirle al Juez que las cuestiones susceptibles de transacción, se sometan a trámites de conciliación y que si esta fracasare lo fuera parcial a posterior arbitramento.

El artículo 5º del señalado Decreto 2651 de 1.991, señala la perención como una sanción para las partes vinculadas previamente a un proceso y que de común acuerdo decidieron llevar la controversia a una conciliación o a un proceso arbitral; por eso se señala que si no se llegare a un proceso o acuerdo conciliatorio, las partes disponían de dos meses para promover el arbitramento y en caso contrario, se aplicaba la perención del proceso, conforme a la normativa señalada en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso bajo estudio, no existió propiamente un proceso en que las partes hubiesen decidido llegar a la conciliación o a un posterior arbitraje, por tanto carece de todo soporte jurídico esta pretensión y demuestra sin lugar a dudas un descuido imperdonable de la apoderada del municipio, pues las normas que invoca no son aplicables al caso controversial.

Se rechaza la excepción presentada por la parte demandada.

VI.- RESOLUCIONES

Este Tribunal procede a resolver las pretensiones de la parte convocante:

El art. 1546 del C.C., como ya se dijo, le otorga al Accionante la posibilidad de exigir ya sea la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

En esta posición el Convocante ha escogido el cumplimiento del contrato, y para ello debe demostrar que ha cumplido con sus obligaciones o se allanó a cumplirlas.

Su obligación era la de elaborar 510 minutas de escritura pública de los programas Mojica II Etapa y Ciudadela INVICALI, con los datos que para el efecto le suministraría el Instituto. Para ello tenía un plazo de dos meses.

1. El demandante pretende el pago de 1.020 minutas que elaboró al duplicarse el número inicial de 510, por factores de los que se hablará luego. La elaboración de 510 minutas por el contratista aparece plenamente comprobada con la documentación aportada por el Actor junto con su demanda, la cual no fue tachada de falsa por la Convocada, quien, es más, no le hizo ninguna observación, ni acreditó lo contrario. Esta prueba además fue corroborada en la inspección judicial (acta No. 4 y 5) en la que, por muestreo, se comprobó la elaboración inicial de numerosas minutas, y por la prueba testimonial, en lo pertinente, la cual es inobjetable en su credibilidad, por la coincidencia en los declarantes, de las conocidas circunstancias de modo, tiempo y lugar, en sus relatos.

En cuanto hace a la duplicación de las 510 minutas, para un total de 1.020, el hecho queda acreditado con el silencio que guardó la Convocada al respecto y con la inspección antes mencionada, en cuya acta se dejó constancia de que numerosas minutas aparecían para ser firmadas por el Dr. Guillermo Ulloa y otras tantas para ser firmadas por el liquidador de INVICALI, Dr. Hernán Escobar Chaparro: las primeras no culminaron con la firma del Gerente por numerosos errores e inconsistencias de datos suministrados por INVICALI o porque oportunamente no se aportaron los paz y salvos de impuesto predial municipal y departamental, lo cual explica que se repitieran con la firma del liquidador. Estas tampoco culminaron con el otorgamiento de la escritura y registro pertinentes por falta de facultades del liquidador para enajenar a nombre del Municipio.

2. Los errores e inconsistencias en la información que abortaron el otorgamiento de las primeras 510 escrituras aparecen probados así:

- Solicitudes varias del Contratista a INVICALI de envío de papel de seguridad.

- Comunicación de INVICALI dirigida al Dr. Borrero sept 19/95 con la cual reconoce inconsistencias en las Divisiones Operativa y Jurídica.
- Requerimiento del Dr. Borrero con fecha octubre 30/95 para el trámite oportuno de los paz y salvos por parte de INVICALI.
- Solicitud de enero 2/96 de paz y salvos actualizados a la fecha porque la vigencia de los anteriores era hasta diciembre 31/95.
- Comunicación S.S. 005-96 de enero 18/96 de INVICALI al Dr. Borrero anunciándole la suspensión del contrato SGD 16-95.

En cuanto a la segunda fase o de duplicación, de otras 510 minutas de escrituras, aparece probado que su otorgamiento y registro fue imposible, así:

- Comunicación de julio 25/96 de INVICALI para el Dr. Borrero, solicitándole elabore aproximadamente 112 escrituras en 5 días.
- Carta del 26 de julio /96 del Dr. Borrero al Dr. Hernán Escobar, explicándole la imposibilidad de cumplir con lo anterior por falta suministro de información por parte de INVICALI y además de la falta de facultades para firmar minutas de escritura pública.
- Comunicaciones varias de solicitud del Dr. Borrero a INVICALI de formatos, devolución de escrituras y papel notarial.
- Comunicación enviada al Dr. Hernán Escobar en agosto 29, anexando cartas de las Notarías 3ª y 11 donde manifiestan que el Liquidador carece de facultades para correr las escrituras públicas.
- Solicitud RPB 101-96 de septiembre 3/96 de INVICALI a la Superintendente Delegada para el Notariado de un reparto extraordinario.
- Comunicación S.S 205-96 de septiembre 11 de 1996 de INVICALI dirigida al Dr. Eduardo Borrero R. informándole de la suspensión del proceso de escrituración.

Esta documentación participa de la fuerza probatoria atribuida a la información sobre elaboración de las minutas iniciales y sobre su duplicación, por las mismas razones expuestas, esto es, no fue tachada de falsa, no le hizo ninguna observación seria y fundada INVICALI, ni la contraprob, como pasa a veces.

3. Respecto de la defensa, la parte Convocada en su contestación quiere hacer ver al Tribunal incumplimiento por el Convocante al no haber dado ejecución fiel a la cláusula primera relacionada con la exigencia del Contratista del papel notarial.

Sin embargo esta alegación resulta irrelevante en primer lugar porque no se alego como excepción de mérito, por lo mismo no se comprobó por la parte Convocada; y en segundo lugar porque las minutas, con o sin papel notarial se presentaron a INVICALI hasta diciembre de 1995 evidentemente por fuera de los dos meses convenidos en el contrato, pero la parte Convocada las aceptó por fuera del plazo contractual para su correspondiente trámite, prorrogando de esta manera en forma tácita dicho plazo. En cambio a partir de este momento fueron los otros aspectos ya relatados (diferentes al uso o al no uso del papel) los que entorpecieron, como ya se dijo la culminación del trabajo por parte del Convocante. Aspectos todos, como también ya se dijo, atribuibles a la conducta de la parte Convocada, como en el caso de los paz y salvos próximos a vencerse y la posterior suspensión de los trabajos en enero 18/96. Esta conclusión abarca también la irrelevancia de la alegación de la Convocada sobre gastos a cargo del Contratista distintos a los de escrituración y registro, porque los que estaban pendientes, una vez entregadas las minutas a INVICALI eran precisamente los de notariado y registro a cargo de éste.

Por otro lado, en la prueba aparecen dos listados: un listado aportado por el Convocante, según solicitud hecha por este Tribunal, de minutas elaboradas e impresas, para la firma del Dr. Guillermo Ulloa unas, y otras para la firma del Dr. Hernán Escobar Chaparro. Y otro listado aportado por la parte Convocado, de los cuales haciendo una comparación puede observarse que a muchos de los adjudicatarios ya se les entregó escritura pública y que el Contratista no se enteró y al parecer no realizó el trámite posterior a la presentación de la minuta. Pero esto se justifica porque el contrato se hallaba suspendido y el Contratista no pudo enterarse porque INVICALI no le comunicó la decisión de continuar con el proceso de escrituración; al menos en el expediente no hay prueba alguna de que INVICALI levantara la suspensión y le pidiera al Contratista reanudar su trabajo.

Por lo expuesto y probado el Tribunal concluye que, sin lugar a dudas el Convocante cumplió, así fuera en un plazo mayor, pero tácitamente aceptado por la Convocada su trabajo de elaborar las 510 minutas iniciales, presentándolas a INVICALI. Y por la conducta asumida al exigir las firmas de las minutas y los paz y salvos se advierte que estaba listo a cumplir con las siguientes etapas, es decir se allanó a cumplir con el resto de su obligación.

Y como en diciembre/95 ocurrió la insubsistencia del Gerente que debía firmar las 510 escrituras (hecho no discutido y más bien corroborado por la Convocada), se frustró el restó de la tramitación comprometida. De no haber existido cumplimiento, por parte del Contratista, De no haber existido cumplimiento por parte del Contratista para este Tribunal, surgiría, inevitablemente, una pregunta: Por qué si el Contratista estaba faltando a sus obligaciones, la Administración no hizo uso de la Caducidad administrativa consagrada en el art. 8º de la Ley 80, pactada en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato?

La duplicación de estas minutas comenzó en julio 25 de 1996 a raíz de la tutela; las elaboró, entraron a registro y se frustró el trámite por causas no imputables a él.

Por lo tanto se debe pagar la elaboración de 1.020 minutas al valor convenido para cada una, esto es la suma de VEINTICINCO MIL PESOS C/U (\$25.000) porque en ambas etapas el Contratista estuvo, como quedó demostrado, presto a seguir con el trámite y la no culminación es atribuible a culpa de la Administración, bien por insubsistencia del Gerente en la primera etapa o porque las Notarías 3ª. y 11 exigieron facultades en el Liquidador en la Segunda Etapa. La parte Convocada alegó que las demás Notarías corrieron sin reparos escrituras, pero no lo probó.

Además este último hecho tampoco fue discutido por la parte Convocada como base de incumplimiento del Contratista, para su no pago.

4. Es menester, aclarar que para este Tribunal la Resolución LI 082-97 no constituye documento que ponga fin en forma unilateral al contrato objeto de este arbitramento, pues no se calificó desde un principio como tal; por lo contrario se dijo: *"por medio de la cual, se ordena un pago"*, en ningún renglón se dice que dicha resolución le pondría fin al contrato, exigencia legal para que el afectado pudiera ejercer la oposición oportuna y apropiadamente.

Respecto de los intereses de mora debemos aclarar que es el art. 1608 del Código Civil el que establece los requisitos para poner en mora al deudor. Un requisito indispensable para que el deudor entre en mora, cuando no se ha estipulado plazo, es que el acreedor lo haya reconvenido judicialmente; pero para esto no basta la simple notificación de la demanda, sino una reconvenición

especial, clara y expresa acerca de la obligación, hecha al deudor. En el caso que nos ocupa, no se ha establecido esta importante formalidad ni tampoco ninguno de las circunstancias estipuladas en la norma. Si bien es cierto que la Apoderada Convocante elevó en su demanda una pretensión previa en cuanto a constituir en mora al Municipio de Cali, la misma no era dable, toda vez que el proceso en sí estaba encaminado a la declaración para saber si existía o no la obligación para la parte Convocada de pagar. Por lo mismo, sin la certeza acerca de la existencia de la obligación, mal podía este Tribunal pronunciarse sobre la mora.

En cuanto a la pretensión de la actualización del poder adquisitivo del dinero, es procedente de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en obligaciones como las que nos ocupa, dada la realidad inflacionaria de la economía colombiana. Para el efecto se tendrá en cuenta el Certificado de actualización del peso, expedido por el Banco de la República, Entidad encargada de lo pertinente, según el cual UN PESO (1.00) de 1996 equivale a UN PESO CON SETENTA Y CINCO CTVS. (1.75) de 1999, factor por el cual se multiplicará la suma adeudada.

En relación con los gastos de Tribunal y honorarios, el valor a pagar por parte del Municipio de Cali era de DOS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE (\$2.837.549), correspondientes al 50% de los gastos mencionados, de los cuales, según afirmación del Dr. Eduardo Borrero Rengifo el Municipio le pagó la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$2.668.979), quedando pendiente la suma de CIENTO SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA (\$168.570), los cuales deberá reembolsar, el Municipio al Dr. Borrero.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

DECIDE Y RESUELVE

- 1º.- DECLARENSE INFUNDADAS las excepciones de mérito o de fondo propuestas por la parte convocada y denominadas por esta, como pago, de no derecho, inepta demanda y falta de competencia por perención.

- 2º.- DECLARESE TERMINADO el contrato de prestación de servicios No. SG-016-95 celebrado entre el Instituto de Vivienda y Reforma Urbana INVICALI, Municipio de Cali, y EDUARDO BORRERO RENGIFO para la elaboración de minutas de escritura pública.

- 3º.- CONDENASE a la entidad convocada, INVICALI, Municipio de Cali, a pagar al doctor EDUARDO BORRERO RENGIFO, por concepto de la elaboración de 1.020 minutas de escritura pública la cantidad de \$44'625.000.oo, incluyendo la correspondiente indexación de esta suma hasta el mes de agosto de 1.999 por el Banco de la República, teniendo como base los índices de precios al consumidor, señalados.

- 4º.- CONDENASE a la entidad convocada, INVICALI, Municipio de Cali, a pagar a la parte convocante, la suma de \$2'837.549.oo, por concepto de costas judiciales y la suma de \$2'247.606.oo, por agencias en Derecho, de conformidad con la preceptiva señalada en el artículo 55 de la Ley 446 de 1.998.

- 5º.- EXPIDANSE, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, 33 del Decreto 2279 de 1.989 y con las prevenciones señaladas en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, copias auténticas de este Laudo con destino a las partes y a la Procuraduría General de la Nación, funcionario a quien por la Secretaría se remitirá inmediatamente la compulsas correspondiente.

6º.- PROTOCOLICESE por el Presidente del Tribunal el expediente contentivo de este Laudo en una de las Notarías del Círculo de Cali.

Notifíquese y Cúmplase.

JESUS MARIA SANGUINO SANCHEZ
Arbitro Unico

FLOR ALBA CORDOBA
Secretaria