

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE
COMPOSICIÓN**

CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.

Vs.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 02 de febrero de 2015

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL	4
1.	PACTO ARBITRAL	4
2.	PARTES PROCESALES.	5
2.1.	LA CONVOCANTE	5
2.2.	LA CONVOCADA:.....	5
3.	CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:.....	6
4.	DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL:	6
5.	AUDIENCIAS DEL PROCESO	7
5.1.	ACTUACIONES INICIALES.....	7
5.2.	AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.....	7
5.3.	FIJACIÓN DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL	7
5.4.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECRETO DE PRUEBAS.....	8
5.5.	AUDIENCIA DE ALEGATOS	8
5.6.	AUDIENCIA DE LECTURA DEL LAUDO	9
6.	LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL PROCESO	9
6.1.	DOCUMENTALES:.....	9
6.2.	TESTIMONIOS:	9
6.3.	INTERROGATORIOS DE PARTE:	10
6.4.	INSPECCIÓN JUDICIAL:	10
6.5.	EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:.....	10
6.6.	PRUEBA PERICIAL:.....	11
6.7.	OFICIOS:	11
7.	TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL	12
8.	LA DEMANDA ARBITRAL Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CONVOCADA	13
8.1.	HECHOS DE LA DEMANDA DE INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. 13	
8.2.	PRETENSIONES DE LA DEMANDA	16
8.3.	LA CONTESTACIÓN DE HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.	20
II.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	21
1.	PRESUPUESTOS PROCESALES.....	21
2.	TACHA DE TESTIGOS.....	22
3.	EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES HIDROSANITARIAS Y RED CONTRA INCENDIO “ALTERNATIVA COBRE” PARA EL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI.	22
3.1.	ETAPA PRECONTRACTUAL.....	22
3.2.	ACEPTACIÓN DE LA OFERTA.....	25
4.	LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO-. CONDUCTAS DE LAS PARTES-. EL FONDO DEL PROCESO 27	
5.	EFFECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CONVOCADA. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS .35	

5.1.	CUMPLIMIENTO PARCIAL.- DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y PÉRDIDA DEL CHANCE.	35
5.2.	ACTUALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN.....	43
5.3.	RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE	45
6.	EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA.	45
6.1.	EXCEPCIONES PRINCIPALES.....	46
6.2.	DE LAS EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS.....	66
7.	OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	67
8.	COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.....	68
9.	DECISIÓN.....	68

CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN

CÁMARA DE COMERCIO DE CALI

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.

Vs.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 02 de febrero de 2015

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** en los sucesivo “LA CONVOCANTE” y **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.** en adelante “LA CONVOCADA”, por haberse cumplido y agotado las etapas procesales previstas en las normas que regulan el arbitramento, Ley 1563 de 2012, y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede a proferir el presente laudo arbitral.

I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

Solicita LA CONVOCANTE se declare que cumplió totalmente el negocio jurídico contenido en la oferta mercantil para la “Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “Alternativa Cobre” del Hotel Spiwak Chipichape Cali”, así como que LA CONVOCADA incumplió con la obligación de entregar el apartamento 606 de la torre B del Edificio Lomas de Menga en la ciudad de Cali, ubicado en la Av. 9 Norte No. 66-34, y al pago de los consecuentes perjuicios.

1. PACTO ARBITRAL.

En la cláusula Décima Primera de la Oferta Mercantil de **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INSTALACIONES**

HIDROSANITARIAS Y RED CONTRA INCENDIO “ALTERNATIVA DE COBRE” DEL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI se dispuso la siguiente cláusula compromisoria:

“ARBITRAMENTO. Las discrepancias que se presenten entre las partes durante la vigencia de esta oferta o al momento de su liquidación, suspensión o terminación, serán sometidas en primera instancia a consideración de un profesional designado por las partes como Amigable Componedor, en caso de que las partes no llegaren a un acuerdo en esta instancia las diferencias serán dirimidas en derecho por un tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Cali, de acuerdo con las reglas del centro de conciliación de arbitraje (sic) de la Cámara de Comercio de Cali. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Cali a solicitud de cualquiera de las partes.”

2. PARTES PROCESALES.

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas que han acreditado en legal forma su existencia y representación, mediante los documentos que en relación con cada una obran en el expediente:

2.1. LA CONVOCANTE

INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., sociedad con domicilio principal en la ciudad de Bogotá constituida mediante escritura pública número 7185 del 21 de diciembre de 1994 de la Notaría Cuarenta y dos (42) de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 4 de enero de 1995 bajo el número 476261 del Libro IX, Nit. 800.250.926-9, representada legalmente por el señor WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA.

2.2. LA CONVOCADA:

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., sociedad con domicilio principal en la ciudad de Cali, surgida de la fusión entre PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. y PROMOTORA BRISAS DEL BOSQUE SOCIEDAD ANÓNIMA, con Matrícula Mercantil No.

898890-4 del 27 de noviembre de 2006 y Nit. 900.120.564-1, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL.

3. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:

LA CONVOCANTE y LA CONVOCADA son personas jurídicas válidamente constituidas, debidamente representadas y con capacidad para transigir.

Las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según poderes especiales conferidos por ellas, los cuales obran en el expediente.

4. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL:

El 28 de febrero de 2014, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, recibió solicitud para convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento del proceso en referencia.

Mediante sorteo público el día 7 de marzo de 2014, fueron seleccionados como árbitros los doctores FERNANDO RESTREPO VALLECILLA, J FERNANDO JARAMILLO G. y FRANCISCO JOAQUIN CHÁVES CAJIAO¹, quienes aceptaron el nombramiento y cumplieron el deber legal de información establecido en la ley.

El 02 de abril de 2014, tal como aparece en el Acta No. 01², se instaló el Tribunal de Arbitramento. Fue designado como presidente el doctor Fernando Restrepo Vallecilla y como secretaria la doctora María Fernanda Cardona Mejía. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

En ese mismo acto se reconoció personería al apoderado principal de LA CONVOCANTE y se inadmitió la demanda.

¹ Folios 015 y 016 de Cuaderno No. 2

² Folios 01 y siguientes Cuaderno No. 3

En audiencia celebrada el día 24 de abril de 2014, (Acta No.02)³, tomó posesión la secretaria que fuera designada por el Tribunal, previo deber de información previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, sin que las partes la objetaran.

5. AUDIENCIAS DEL PROCESO

Se llevó a cabo en 18 audiencias, en las que se asumió competencia por el Tribunal, se decretaron y practicaron pruebas, se recibieron las alegaciones de conclusión y se profirió este laudo.

5.1. ACTUACIONES INICIALES

Mediante Auto No. 2 del 2 de abril de 2014, el Tribunal inadmitió la demanda, la cual fue subsanada dentro del término y mediante Auto No. 4 del 24 de abril de 2014 la misma fue admitida.

LA CONVOCADA contestó oportunamente la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó la práctica de pruebas.

De la contestación de la demanda y de las excepciones de mérito se corrió traslado a la parte CONVOCANTE, quien se opuso a las excepciones y solicitó pruebas adicionales.

5.2. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

El 21 de julio de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con la participación de los representantes legales de las partes. Esta audiencia fue suspendida y se reanudó el día 28 de julio de 2014, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.⁴

5.3. FIJACIÓN DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

³ Folios 09 y siguientes del Cuaderno No. 3

⁴ Acta No. 6 Folios 041 y siguientes; Acta No. 7 Folios 45 y siguientes del Cuaderno No. 3.

Fracasada la audiencia de conciliación y de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y gastos de administración y funcionamiento del Tribunal.⁵

Dentro de la oportunidad legal, el 12 de agosto de 2014 la CONVOCADA consignó la porción de honorarios y gastos que le correspondía y ante la no consignación por parte de la CONVOCANTE, la CONVOCADA ejerció la opción prevista en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012. LA CONVOCANTE procedió a reembolsarle a la CONVOCADA la porción pagada por ésta.⁶

5.4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECRETO DE PRUEBAS

El día 1 de septiembre de 2014 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, declarándose el Tribunal competente para conocer en derecho las diferencias entre las partes, planteadas tanto en la demanda como en las excepciones de mérito.⁷ El Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretando algunas y negando otras, tal como quedó consignado en el Auto No. 14 del 1 de septiembre de 2014 y declaró concluida la primera audiencia de trámite, dando inicio al día siguiente, al cómputo del término.⁸

Se practicaron las pruebas decretadas tal y como se detalla más adelante en el acápite “Actuaciones Probatorias Surtidas en el Proceso”.

5.5. AUDIENCIA DE ALEGATOS

Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante Auto No. 26 dictado el día 3 de diciembre de 2014⁹, se fijó para el día 18 de diciembre de 2014 la audiencia de Alegatos de Conclusión.

En audiencia realizada el día 18 de diciembre de 2014, los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales, aportando los respectivos escritos.

⁵ Acta No. 7 Folios 046 y siguientes Cuaderno No. 3

⁶ Acta No. 8 Folios 054 y ss. del Cuaderno No. 3

⁷ Acta No. 8 Folios 056 y ss. del Cuaderno No. 3

⁸ Acta No. 8 Folios 061 y ss. del Cuaderno No. 3

⁹ Acta No. 17 folios 1251 y siguientes del Cuaderno No. 3.4

5.6. AUDIENCIA DE LECTURA DEL LAUDO

Mediante Auto No. 28 de 18 de diciembre de 2.014 se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo, el día 02 de febrero de 2015 a las 2:30 p.m. en la sede del Tribunal.

6. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS EN EL PROCESO

En el presente proceso se decretaron y practicaron las siguientes pruebas así:

6.1. DOCUMENTALES:

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos a folios 46 al 90 del cuaderno No. 1, de la demanda; los aportados como pruebas documentales a folios 147 a 223 del cuaderno No. 1 de la contestación demanda; y los aportados en el escrito presentado al descorrer las excepciones de mérito, obrantes a folios 248 al 252 del cuaderno No. 1 de la oposición a las excepciones de fondo.

6.2. TESTIMONIOS:

Fueron decretados y practicados los siguientes testimonios, recibidos en audiencia en las fechas que a continuación se relacionan:

TESTIGO	FECHA DILIGENCIA	ACTA No.	Cuaderno/ folios
Hugo Eduardo Jiménez Soler	22/09/14	9	No. 3 (086-095)
Sonia Cristina Grisales Amador	22/09/14	9	No. 3 (096-120)
Diógenes Eusebio Silva Rangel Eric	24/09/14	11	No. 3 (136-154)
Oscar Javier Jiménez Soler	24/09/14	11	No. 3 (155-171)
Fabio José Melo	24/09/14	11	No. 3 (221-229)
Margoth Andrea del Castillo Rodríguez	24/09/14	11	No. 3 (230-236)

El testimonio de la señora GLORIA PATRICIA GARCÍA RUIZ, una vez decretado no pudo practicarse, pese haberse citado a la testigo en las direcciones aportadas por el apoderado de la parte CONVOCANTE.

6.3. INTERROGATORIOS DE PARTE:

Se practicaron los siguientes interrogatorios de parte:

Interrogado	Fecha diligencia:	Acta No.	Cuaderno No. a folios
William Castellanos Figueroa - Representante Legal INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.	25/09/14	12	No. 3.3. (1078-1099)
Angel Spiwak Knorpel Representante legal HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.	24/09/14	11	No. 3 (209-220)

Las transcripciones de las declaraciones fueron puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

6.4. INSPECCIÓN JUDICIAL:

Se decretó la práctica de inspección judicial para verificar en los archivos del HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. los documentos que soportan la relación contractual derivada de la oferta mercantil. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 247 del C.P.C. se deben observar las reglas de la exhibición de documentos, La CONVOCADA exhibió al Tribunal la totalidad de los documentos que reposan en las oficinas de La CONVOCADA referentes a la relación contractual.¹⁰ De esta prueba da cuenta el Acta No. 11 del 24 de septiembre de 2.014.¹¹

6.5. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

Se decretó y practicó la prueba exhibición de documentos de libros contables en poder de la parte CONVOCANTE, con examen pericial, con el propósito de que dictaminara si en la contabilidad de dicha sociedad se encontraban reflejados los pagos efectuados

¹⁰ Cuadernos 3.1. y 3.2.

¹¹ Cuaderno No. 3 Folios 127 al 135

por la señora Sonia Cristina Grisales a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. como parte del precio en virtud del contrato de promesa de compraventa del inmueble 606 B del Edificio Lomas de Menga, así como la restitución de las arras y la pena por parte de LA CONVOCANTE a la señora Grisales. De esta exhibición y dictamen pericial dan cuenta las Actas No. 1 del 25/09/14.¹²

6.6. PRUEBA PERICIAL:

De oficio se amplió la práctica del dictamen con intervención de perito contable sobre:

a) Los libros contables y papeles de comercio de LA CONVOCANTE para establecer:

- i. Fecha y forma en que la señora Grisales pagó parte del precio a la CONVOCANTE.
- ii. Fecha y forma en que LA CONVOCANTE pagó la cantidad de \$350.000.000 a la señora Grisales a título de arras.
- iii. Si los anteriores pagos fueron registrados en los estados financieros correspondientes a los ejercicios fiscales respectivos.

b) Los libros contables de LA CONVOCADA para establecer:

- i. Si se encuentran registrados los pagos por concepto de administración, impuesto predial y complementarios, valorización y mega obras correspondiente al apartamento 606 Torre B del Edificio Lomas de Menga PH.
- ii. Si en la contabilidad de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. se encuentra registrado el movimiento de la suma de \$290.000.000, cantidad correspondiente al saldo del anticipo que corresponde al valor del apartamento objeto de este litigio.

Los resultados del dictamen pericial obran a folios 1150 a 1230 del cuaderno 3.4.

6.7. OFICIOS:

¹² Cuaderno 3.3 Folios 920 y ss.

6.7.1. Se ofició a la Notaría Novena del Círculo de Cali para que certificara si en esa Notaría se otorgó Escritura Pública de compraventa entre HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. e INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. correspondiente al apartamento 606B del Edificio Lomas de Menga.¹³ Mediante carta fechada el 20 de octubre de 2014, el Notario certificó la no existencia de la escritura de compraventa entre HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. e INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.¹⁴

6.7.2. Se ofició¹⁵ a la Administración del Edificio Lomas de Menga para que certificara los pagos realizados por cuotas de administración del apartamento 606 de la torre B del Edificio Lomas de Menga, desde enero de 2009, así como el valor pagado y la persona o entidad que realizó los pagos. La certificación fue allegada al proceso el día 10 de octubre de 2014 indicando adicionalmente la mora en el pago de las cuotas de administración, las fechas o períodos correspondientes al no pago y el embargo del inmueble por la copropiedad.¹⁶

7. TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL

Por cuanto las partes no fijaron término de duración del proceso, el mismo es de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que se surtió el día 1 de septiembre de 2.014. A la fecha han transcurrido ciento cincuenta y cinco días (155) días corrientes del proceso, pero como el mismo ha estado suspendido durante noventa y siete (97) días, los mismos habrán de descontarse para efectos del cómputo del término.

Es decir que el Tribunal se encuentra dentro de los términos de Ley para proferir el presente Laudo.

¹³ Cuaderno No. 3 folio 70

¹⁴ Cuaderno No. 4 Folio 1231

¹⁵ Cuaderno No. 3 Folio 243

¹⁶ Cuaderno 4 Folios 1103 al 1148

8. LA DEMANDA ARBITRAL Y EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CONVOCADA

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida, procede a transcribir los hechos de la demanda y las pretensiones, así como las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes.

8.1. HECHOS DE LA DEMANDA DE INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.

***“PRIMERO:** El 13 de Mayo de 2009, se suscribió un contrato de Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y red contra incendio “alternativa cobre” para el hotel Spiwak Chipichape de la ciudad de Cali, por precios unitarios fijos entre la sociedad PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL como CONTRATANTE y la sociedad INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA, sociedad representada por el señor WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA como Contratista., ello como consecuencia de la emisión de la orden de compra de fecha Mayo 13 de 2.009 suscrita por la Dra. GLORIA PATRICIA GARCÍA RUIZ como representante legal suplente de la sociedad demandada ello con ocasión a la OFERTA MERCANTIL que emitiera mi cliente a la sociedad demandada.*

***SEGUNDO:** El objeto de dicho contrato se pactó de la siguiente manera en la OFERTA MERCANTIL: ...” EL OBJETO DE LA PRESENTE OFERTA ES LA CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES HIDROSANITARIAS Y RED CONTRA INCENDIO “ALTERNATIVA COBRE” PARA EL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE a precios unitarios fijos sin lugar a reajuste, de acuerdo con los documentos que forman parte integral de esta oferta mercantil, así: 1) Anexo 1, Propuesta técnica, Económica y análisis de precios unitarios de fecha Enero 28 de 2009 2) Anexo 2. Especificaciones entregadas por la sociedad H.S. ARIEL UPARELA E.U.; diseñadores hidráulicos del proyecto, especificaciones a las cuales EL OFERENTE deberá ceñirse estrictamente. 3) Anexo 3 Diseños, elaborados por la sociedad H.S. ARIEL UPARELA E.U. PARÁGRAFO: Para la ejecución de las obras objeto de esta Oferta Mercantil EL OFERENTE reconoce expresamente que conoce el proyecto de la obra en general y todas las circunstancias en que han de ejecutar los trabajos objeto de la Oferta Mercantil ” (Sic.).*

***TERCERO:** El valor del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil se fijó en la suma de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE*

(\$1.480'000.000.00). Cabe anotar que el precio que determinaría el valor del aludido contrato, se pactó de igual manera en el mismo por el denominado sistema de PRECIOS UNITARIOS FIJOS.

CUARTO: La forma de pago se pactó en la cláusula cuarta de la Oferta Mercantil Aceptada así: ...” FORMA DE PAGO: El Aceptante pagará al oferente en esta oferta de la siguiente manera: Un anticipo del 50% del valor del contrato, o sea la suma de SETECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$740'000.000.00), pagaderos así: Canje sobre el apartamento 606 del Edificio Lomas de Menga, ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 de la ciudad de Cali, cuyo valor comercial aceptado por las partes es la suma de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$290'000.000.00) el cual será entregado al OFERENTE por el destinatario previa aceptación de la Oferta Mercantil y previa presentación por parte del Oferente de las Pólizas de buen manejo del anticipo, cumplimiento y Responsabilidad Civil, Prestaciones Sociales y de la cuenta de Cobro respectiva. El saldo del anticipo es decir la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$450'000.000.00) los pagará EL DESTINATARIO al OFERENTE el día 16 del mes de Julio de Dos Mil Nueve 2009; el saldo del contrato es decir la suma de SETECIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$740'000.000.00) a través de actas mensuales por avance de obra a partir del 16 de Agosto de 2009 y una final a la liquidación del Contrato previa entrega por parte del OFERENTE de la Póliza de Estabilidad acordada en la Cláusula Novena de esta Oferta y Entrega del servicio público debidamente revisado y aprobado por EMCALI y Bomberos en el caso de sistema contra incendio.”

QUINTO: El día 11 de Agosto de 2011 en la ciudad de Cali, entre la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** y la sociedad CONVOCADA PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., se suscribió un acuerdo de transacción en virtud del cual la sociedad CONVOCADA PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., se obligó a formalizar la tradición del apartamento ya referido a más tardar el 9 de Septiembre de 2.011, situación que como es apenas obvio advertir no se dio, y no se dio pues claramente la CONVOCADA sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, tenía claramente que no podía cumplir con la tradición del apartamento pues este tenía un embargo de la copropiedad del edificio Lomas de Menga a causa del NO PAGO DE LAS EXPENSAS DE ADMINISTRACIÓN.

SEXTO: En virtud de lo anterior, mi cliente la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.**, partiendo de la buena fe de la CONVOCADA,

ofreció en venta el referido apartamento el día 2 de Diciembre de 2.011 a la señora **SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR**, para lo cual suscribió una promesa de compraventa en la cual se pactó el precio de la venta en la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$350'000.000.00)**. Así, la sociedad CONVOCANTE recibió ese día a título de arras de conformidad con lo establecido en el artículo 1859 del Código Civil la suma de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$175'000.000.00)** y obligándose a entregar y escriturar dicho apartamento el día 21 de Diciembre de 2.011, situación que no se pudo concretar y perfeccionar por cuanto al día siguiente de la firma del contrato de promesa de compraventa la señora **SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR** observó que el inmueble que le habían prometido en venta estaba embargado a la sociedad PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., lo cual dio origen a que la misma requiriera a mi cliente el pago total de las arras sumándole el hecho de que el apartamento prometido en venta además de estar embargado **NO FIGURABA EN EL CERTIFICADO DE LIBERTAD A NOMBRE DE LA VENDEDORA INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** Ante esta situación mi cliente procedió a reclamar a la sociedad CONVOCADA y no obtuvo ningún tipo respuesta, por lo cual no tuvo otra alternativa que la de devolver las arras dobladas a la señora que era un tercero de buena fe exenta de culpa. Con ello el daño emergente ya sumaba para ese entonces a mi cliente la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$640'000.000.00)**

SÉPTIMO: En la OFERTA MERCANTIL referida anteriormente se pactó cláusula de instrumentos alternativos de solución de conflictos, la que obliga a que se llegue a un acuerdo recíproco el cual se debe solicitar ante un profesional que actuará como amigable componedor para el fin de resolver directamente las diferencias entre las partes, y en caso de que las partes no llegaren a un acuerdo en esta instancia, las diferencias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Cali de acuerdo con las reglas del centro de conciliación y arbitraje de la cámara de comercio de Cali. El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por la cámara de comercio de Cali a solicitud de cualquiera de las partes. Así las cosas y de acuerdo con lo estatuido por la ley 1563 de 2.012 y por el Decreto 1829 de Agosto 29 de 2.013 acudo directamente al tribunal de arbitramento.

OCTAVO: Para la fecha de convocatoria de la presente solicitud de CONVOCATORIA DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, la parte CONVOCADA no ha dado respuesta formal como tampoco ha dado muestra de interés en solucionar definitivamente su incumplimiento.

NOVENO: El día 18 de Febrero de 2014, el señor WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA, en su condición de representante legal de la sociedad **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.**, me otorgó poder ESPECIAL para la presentación de la presente acción de convocatoria de tribunal de arbitramento.”

8.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Solicita la parte CONVOCANTE en su escrito de demanda, las pretensiones que se transcriben a continuación:

“1. PRETENSIONES...se ordene en el laudo arbitral la actualización monetaria de todas las condenas que se impongan a la sociedad **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL y el reconocimiento como mínimo de los intereses (corrientes o comerciales) a lugar y que de conformidad con lo estatuido en el artículo 1.613 del Código Civil que prevé la indemnización de perjuicios, condenando en concreto a la demandada sociedad **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120.564-1, a la reparación que comprende el reconocimiento de lucro cesante y daño emergente, y por los daños ocasionados por la pérdida de oportunidad, previas las declaraciones aquí solicitadas, sustento de la presente responsabilidad causa del ejercicio de esta acción.

8.2.1. Principales

Primera: Que se declare que entre la sociedad **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** NIT. 830.059.237-4 sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER y la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL, identificada con NIT 900.120..564-1, **SE CELEBRÓ CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES HIDROSANITARIAS Y RED CONTRA INCENDIO “ALTERNATIVA COBRE” PARA EL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE DE LA CIUDAD DE CALI A PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN LUGAR A REAJUSTE**, de conformidad con **OFERTA MERCANTIL ACEPTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA** de fecha Mayo 13 de 2.009 suscrita por la Dra. GLORIA PATRICIA GARCÍA RUIZ quien parta ese entonces ostentaba la calidad de representante legal suplente de la sociedad CONVOCADA **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**

Segunda: Que se declare que la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** NIT. 800.250.926-9 sociedad representada por el señor **WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA** cumplió completamente con lo pactado dentro de la OFERTA MERCANTIL **ACEPTADA MEDIANTE ORDEN DE COMPRA** de fecha Mayo 13 de 2.009 suscrita por la Dra. **GLORIA PATRICIA GARCÍA RUIZ** quien parta ese entonces ostentaba la calidad de representante legal suplente de la sociedad CONVOCADA **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.** y que los trabajos realizados por la sociedad CONVOCANTE fueron recibidos a entera satisfacción por parte de la sociedad CONVOCADA, cumplimiento que se dio de acuerdo con lo establecido en circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo que se reflejó como un trabajo serio y de buena fé.

Tercera: Que se declare que la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor **ANGEL SPIWAK KNORPEL** abusó de sus derechos frente a la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** NIT. 800.250.926-9 sociedad representada por el señor **WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA**, al haber incumplido con la obligación de entregar el apartamento 606 de la Torre B del Edificio **LOMAS DE MENGA** de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34.

Cuarta: Que se declare que como consecuencia de haber abusado de sus derechos, la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor **ANGEL SPIWAK KNORPEL** causó daños y graves e ingentes perjuicios a la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** NIT. 800.250.926-9 sociedad representada por el señor **WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA**, los cuales le deberán ser reparados integralmente.

Quinta: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor **ANGEL SPIWAK KNORPEL** a pagar a la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** NIT. 800.250.926-9 sociedad representada por el señor **WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral que así lo disponga, las siguientes cantidades dinero a título de resarcimiento del daño causado, así:

- A. *Una indemnización para reparar el valor del capital del apartamento 606 de la Torre B del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$290'000.000.00), o la suma mayor que se demuestre en el proceso.*
- B. *El valor de los intereses corrientes y moratorios causados sobre el valor de del apartamento 606 de la Torre B del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$290'000.000.00), los cuales deberán ser liquidados de acuerdo con lo que para el efecto por los períodos citados certifique la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, o la suma mayor que se demuestre en el proceso, desde la fecha de su causación y hasta cuando su pago se produzca.*
- C. *Una indemnización correspondiente a los ingresos futuros dejados de percibir, por los frutos a título de arrendamiento sobre el apartamento 606 de la Torre B del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOS MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$2'900.000.00) suma que corresponde al uno por ciento (1%) del valor del apartamento y que se traduce en el canon mensual de arrendamiento, el cual como es costumbre se deberá aumentar en el porcentaje autorizado por cada año lo cual deberá establecerse desde el día en que se debió recibir el apartamento hasta la fecha, o la suma mayor que se demuestre en el proceso.*
- D. *El valor de la totalidad de los ingresos futuros dejados de percibir por la sociedad **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** por la no comercialización del apartamento 606 de la Torre B del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 , a sus potenciales clientes de Colombia cuyo valor se determinará por peritos en el curso del proceso.*
- E. *Una indemnización correspondiente al valor de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$350'000.000.00), suma que tuvo que cancelar la sociedad CONVOCANTE **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** a la señora **SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR***

por concepto de indemnización de perjuicios a causa de la frustrada negociación del apartamento 606 de la Torre B del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34, el cual se había negociado a título de promesa de compraventa a la referida señora el día 2 de Diciembre de 2.011 tal y como consta en documento de PROMESA DE COMPRAVENTA que se acompaña como prueba.

F. El valor de los intereses moratorios sobre todas las condenas que se le impongan a la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL como consecuencia del laudo arbitral, desde la fecha de su exigibilidad y hasta el día de su pago.

G. Que para que se mantenga el principio de la reparación integral y se observen rigurosamente los criterios técnicos actuariales a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se ordene en la sentencia la actualización monetaria de todas las condenas que se impongan a la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL.

Sexta: Que se condene a la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL a pagar las costas y gastos del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.

Séptima: Que se declare que la sociedad **PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, identificada con NIT 900.120..564-1, sociedad con domicilio en Cali, representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL, es civilmente responsable por los perjuicios infringidos a la sociedad **CONTRATISTA INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.** por causa del incumplimiento en el referido contrato señalado, en razón al INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA Y TRADICIÓN DEL APARTAMENTO 606 del Edificio Lomas de Menga, ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 de la ciudad de Cali lo que conllevó a la violación del postulado de la buena fe consagrado por el artículo 863 del Código de Comercio Colombiano.

Octava: Como algunas de las sumas de dinero deben indexarse, aplicando a las mismas, los reajustes que resulten de aplicar el índice de productos al consumidor certificado para el período por el Departamento Nacional de Estadística –DANE-.

Novena: Para todas aquellas condenas pecuniarias por perjuicios u otra causa semejante, cuya cuantía no aparezca establecida en una cifra determinada en el proceso, se decretará la imposición de la condena, la cual será liquidada con fundamento en las bases que para el efecto se señalen de manera “in genere” y luego se concretarán por lo establecido en el Artículo 308 del C. de P. C

8.2.2. Subsidiarias

Primera: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la demandada a Cumplir integralmente el referido contrato en los términos pactados.

Segunda: En consecuencia se condene a la demandada al pago de perjuicios, los cuales estimo a la fecha en la suma de MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 1.000'000.000.00).

Tercera: Se condene a la demandada con fundamento en el artículo 2.341 del Código Civil Colombiano al pago de los perjuicios ocasionados con la pérdida del chance u oportunidad de haber podido desarrollar plena y efectivamente el derecho de propiedad sobre el apartamento NO ENTREGADO lo cual implicó no percibir la totalidad de los recursos a que hubiera tenido derecho de continuar desarrollando el DERECHO DE PROPIEDAD como es debido.

8.3. LA CONTESTACIÓN DE HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. contestó oportunamente¹⁷ la demanda, solicitando desestimar y denegar la totalidad de las pretensiones y planteó excepciones que tituló de la siguiente manera:

8.3.1. Excepciones Principales

1. “Existencia de un acuerdo de transacción entre las partes que produce efectos de cosa juzgada.

¹⁷ Cuaderno No. 1 Folios 096 y siguientes.

2. Invalidez del pacto arbitral.
3. Falta de competencia del tribunal integrado para conocer de la causa en discusión.
4. Indebida convocatoria del tribunal de arbitramento.
5. Excepción de cosa juzgada como efecto de un acuerdo de transacción.
6. Inexistencia de abuso del derecho de parte de la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.
7. Aparente simulación del acto jurídico de promesa de compraventa celebrado con eventual interés de defraudar.

8.3.2. Excepciones Subsidiarias

1. Principio de autorresponsabilidad y teoría de los actos propios
2. Cumplimiento de la oferta mercantil de parte de la sociedad (hoy) HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.”

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Agotado el trámite arbitral se procede al análisis de los denominados presupuestos procesales, que son requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídico procesal, y que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son: capacidad procesal, capacidad para ser parte, demanda en forma y competencia del juez, requisitos estos que se cumplen en el presente caso pues las partes del proceso son personas jurídicas debidamente representadas, como se comprobó con los respectivos certificados de existencia y representación aportados a la demanda y a su contestación y además han comparecido a través de apoderados judiciales. La demanda reúne los requisitos legales de que tratan los artículos 75, 77 y 82 del C.P.C. y este Tribunal es competente para dirimir el conflicto, tal y como quedó establecido en los Autos Nos. 12 y 13 contenidos en el Acta No. 08 de fecha 1 de septiembre de 2014, en los cuales el Tribunal dejó consignado los fundamentos de su competencia para dirimir la controversia planteada y que reafirma en el presente laudo arbitral.

2. TACHA DE TESTIGOS

En el caso presente los apoderados formularon tacha contra todos los testigos. De conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, son sospechosos para declarar “las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

Corresponde al Tribunal estimar si concurre alguna de las razones u otras distintas a las señaladas en la ley que hagan sospechar de la veracidad de los dichos de los testigos tachados como sospechosos.

A juicio de este Tribunal, que una persona tenga o haya tenido vínculos laborales o contractuales o interés como en el presente caso con alguna de las partes en asuntos relacionados con el objeto materia del debate arbitral, no le resta credibilidad a su declaración, si además de la información suministrada por los testigos, ésta se encuentra también respaldada en otras pruebas. Adicionalmente hay que afirmar que no basta formular la tacha, sino que es indispensable demostrar la manera como la relación afectó la imparcialidad o credibilidad del dicho del testigo. Para el Tribunal esa demostración no existe, por el contrario, las declaraciones de los testigos objeto de la tacha no solo fue coincidente con otras pruebas acopiadas en el proceso, sino que fue consecuente en relación con los hechos sobre los que tuvieron conocimiento y sobre los cuales depusieron ante el Tribunal.

Por las razones brevemente expuestas, el Tribunal habrá de declarar no probadas las tachas formuladas contra los testimonios rendidos por los señores DIOGENES EUSEBIO RANGEL, HUGO EDUARDO JIMENEZ, FABIO JOSE MELO, OSCAR JAVIER JIMENEZ SOLER, MARGOTH DEL CASTILLO y SONIA CRISTINA GRISALES.

3. EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES HIDROSANITARIAS Y RED CONTRA INCENDIO “ALTERNATIVA COBRE” PARA EL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI.

3.1. ETAPA PRECONTRACTUAL

3.1.1. Propuesta Económica

El 15 de diciembre de 2008 INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. remitió a PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. (hoy, HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.) la propuesta técnica y económica, con análisis de precios unitarios, para realizar la obra relativa a las instalaciones hidrosanitarias y red contra incendio “alternativa cobre” del Hotel Spiwak Chipichape Cali, por la cantidad de \$1.577.082.409. Tal propuesta aparece a folios 797 y ss. del Cuaderno 3.3. El 28 de enero de 2009 la CONVOCANTE remitió nuevamente a la CONVOCADA la propuesta económica y análisis de precios modificada con el descuento ofrecido en reunión anterior, por la cantidad de \$1.482.457.465. Esta nueva propuesta aparece a folios 52 a 59 del Cuaderno No. 01.

3.1.2. La Oferta de Contrato

En documento sin fecha, de 2009, INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LIMITADA, dirigió a PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. la *“Oferta Mercantil de Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias W.C. Limitada, para la Construcción de Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “Alternativa Cobre” del Hotel Spiwak Chipichape Cali.”*

Según la Cláusula Primera de la Oferta Mercantil, el objeto fue la Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “Alternativa Cobre” del Hotel Spiwak Chipichape Cali, según los diseños contenidos en los planos que hacen parte integrante de la Oferta, según Cláusulas 01 y 8 literal a), así como la propuesta técnica, económica y análisis de precios unitarios de 28 de enero de 2009. La modalidad establecida en la Oferta fue estimativa por cantidades de obra y precios unitarios, pero la cantidad definitiva y real de obra será la que efectivamente se realice contra los precios unitarios del Anexo de la Oferta.

El precio se estimó en la cantidad de mil cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$1.480.000.000), moneda colombiana, incluido IVA, según Cláusula Tercera, bajo el sistema de precios unitarios fijos, no sujetos a reajuste, pero con un precio final

resultante de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas y recibidas a satisfacción por los precios unitarios del Anexo de la Oferta, sin superar el valor total estimado.

El plazo, según la Cláusula Segunda, se fijó en dieciocho (18) meses a partir del pago del anticipo y suscripción del Acta de Inicio.

La forma de pago del precio, de la Cláusula Cuarta, se determinó primeramente en un anticipo por el cincuenta por ciento (50%) del valor estimado, pagadero mediante “canje” sobre el Apartamento No. 606 B del Edificio Lomas de Menga, localizado en la Avenida 9 Norte No. 66-34, de la ciudad de Cali, por la cantidad de doscientos noventa millones de pesos (\$290.000.000), inmueble que será entregado por el Destinatario de la Oferta, previa aceptación de la oferta mercantil y presentación de las garantías y seguros de la Oferta, contenidos en la Cláusula Novena (pólizas de buen manejo del anticipo, cumplimiento, responsabilidad civil, prestaciones sociales) y de la cuenta de cobro respectiva; y el saldo del anticipo, por cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450.000.000) pagadero el 16 de julio de 2009. Y el saldo del precio, por el cincuenta por ciento (50%) restante, mediante actas mensuales de avance de la obra a partir de 16 de agosto de 2009, con informes correspondientes a la inversión del anticipo soportado y aprobado por el interventor, y un acta final a la liquidación del Contrato previa entrega de parte del oferente de la póliza de estabilidad y del servicio público debidamente revisado y aprobado por Emcali y Bomberos en el caso del sistema contra incendios. Se fijaron en la oferta, Parágrafo V de la Cláusula 4, descuentos del precio del Contrato que podrá realizar el destinatario, por conceptos de aseo, vigilancia y seguridad industrial, a prorrata del número de contratistas presente en la obra.

La Cláusula Décima de la Oferta determinó multas a cargo del Oferente por atraso en el avance de la obra y por incumplimiento de obligaciones de la Oferta, incluyendo la inatención a las órdenes del interventor. Se fijó cláusula compromisoria, en la No. 11, la cual fue trascrita al comienzo de este laudo. Se prohibió en la Cláusula 13, la cesión parcial o total del oferente sin que previamente se hubiera obtenido el consentimiento escrito del destinatario. Para perfeccionar la Oferta se determinó en la Cláusula 14, la aceptación de la Oferta por el destinatario mediante la expedición de la orden de compra del servicio.

Observa este Tribunal como el documento que contiene la Oferta Mercantil citada, la cual fue presentada con la demanda y que no fue objetada ni tachada de falsa por la parte CONVOCADA, difiere del documento que contiene la oferta mercantil que se acompañó por la parte CONVOCADA en la contestación de la demanda, en cuanto que esta última oferta, en la Cláusula Cuarta fijó para el pago del saldo del Contrato nueve (9) cuotas mensuales, sucesivas e iguales por setenta millones de pesos (\$70.000.000), a partir de 16 de agosto de 2009, así como una cuota final por la cantidad de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000) a la liquidación del Contrato, previa entrega de la póliza de estabilidad convenida en la Cláusula Novena y la entrega del servicio público revisado y aprobado por Emcali y Bomberos en el caso del sistema contra incendio. Igualmente difiere la misma segunda Oferta Mercantil en la incompleta dirección del apartamento No. 606 B, que se encuentra relacionado en la Cláusula Cuarta como parte de pago del precio según lo anteriormente expresado.

En este aspecto el Tribunal dará validez a la prueba que presentó la parte CONVOCANTE con la demanda en cuanto que aquella contiene el proyecto de negocio jurídico de Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “Alternativa Cobre” del Hotel Spiwak Chipichape Cali, fue comunicada al destinatario y fue aceptada por éste en documento de 13 de mayo de 2009, de conformidad con los artículos 845 y 851 del Código de Comercio, no así la oferta que presentó con las pruebas documentales la CONVOCADA, ya que se trata de una propuesta modificatoria de la primera que formuló la CONVOCANTE, al tenor del artículo 855 del Código de Comercio, la cual debió haberse aceptado por la CONVOCANTE para que produjera sus efectos, sin que conste prueba alguna de ello. Además es menester indicar que así los dos documentos de la oferta presentados como pruebas por las partes, difieren en su contenido, no se altera el negocio jurídico propuesto en el objeto, precio y forma de pago con la excepción indicada de los plazos y valores para pagar el saldo del precio del contrato.

3.2. ACEPTACIÓN DE LA OFERTA

El 13 de mayo de 2009, Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali S. A. expidió la Orden de Compra del Servicio de la Oferta Mercantil de 12 de mayo de 2009, para la Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “*alternativa*

cobre” para el Hotel Spiwak Chipichape. El 26 de mayo siguiente, la sociedad Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali le remitió a Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias W.C. Ltda. la orden de compra y la *“oferta mercantil con las modificaciones enviadas vía mail”*.

Con la anterior aceptación que fue recibida por la sociedad *“Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali”*, de la Oferta Mercantil que le había remitido la CONVOCANTE, o sea INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., fue celebrado el Contrato.

Por tratarse las partes que celebraron el Contrato mencionado de dos sociedades comerciales, el régimen aplicable es el de la ley mercantil.

3.2.1. Modificaciones al Contrato de Construcción

El Contrato celebrado entre la CONVOCANTE y la CONVOCADA las partes lo modificaron mediante los siguientes actos jurídicos:

3.2.1.1. OTROSI A LA OFERTA MERCANTIL

Consta a folio 152 del Cuaderno No.1, que las partes suscribieron un OTROSI a la Oferta Mercantil, en el cual modificaron el valor de la misma por la cantidad de \$1.561.709.897. No se registró en este documento la fecha en la cual lo suscribieron.

3.2.1.2. ACUERDO DE PAGO LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO

Las partes suscribieron el 12 de agosto de 2011 el documento *“ACUERDO DE PAGO LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO”*, en el cual reconoció HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. que INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. concluyó satisfactoriamente los trabajos derivados de la Oferta Mercantil de mayo de 2009; y aquella sociedad aceptó pagar a esta última la cantidad de \$93.750.568, como *“producto de la liquidación de la Oferta Mercantil de Mayo de 2009”*, según el numeral 02 de los Antecedentes del citado Acuerdo que obra a folio 154 del mismo Cuaderno No.1, razón por la cual suscribe el referido Acuerdo de Pago. Esta cantidad se constituyó en la *“cancelación y pago de lo adeudado por la Sociedad a la Contratista”*, al tenor de la Cláusula Primera, la cual se obligó a pagarla HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE

CALI en dos pagos, cada uno por la suma de \$46.875.284 el 12 de agosto de 2011 y el otro el 12 de octubre de 2011, mediante cheques que se detallaron en la Cláusula Segunda, girados a favor de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.

En este Acuerdo convinieron las partes además que mediante la suscripción del mismo y el pago de las cantidades citadas, se suspendería cualquier acción judicial o extrajudicial en contra de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI y que dentro de los veinte días siguientes a la firma del Acuerdo, HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. se obligaba a remitir a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. la escritura pública de compraventa sobre el Apartamento 606 B del Edificio Lomas de Menga, que fue recibido como parte del precio de la Oferta Mercantil. Este Acuerdo obra a folios 154 y siguientes del Cuaderno No.1.

4. LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO-. CONDUCTAS DE LAS PARTES-. EL FONDO DEL PROCESO

El 10 de junio de 2009, Seguros del Estado expidió a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., en favor de Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali S. A., las pólizas No. 15-45-101010420 de cumplimiento, buen manejo de anticipo, salarios y prestaciones sociales, con vigencia de 10 de junio de 2009 a 10 de diciembre de 2011 por los primeros tres amparos y hasta el 10 de diciembre de 2013 por los últimos amparos; y No. 15-40-101006838 de responsabilidad civil extracontractual por predios, labores y operaciones, con vigencia de 10 de junio de 2009 a 10 de marzo de 2011, pruebas estas que obran en el expediente en los folios 65 a 70 del Cuaderno No. 1.

Sobre los pagos convenidos en el “*Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato*”, se encuentra probado que la CONVOCADA pagó a la CONVOCANTE la cantidad de \$93.750.568, según obra en documentos a folios 82 y 90 del Cuaderno No.1.

El 01 y 07 de febrero de 2011, a folios 78, 80 a 82, del Cuaderno No. 1 aparecen documentos correspondientes al Acta de Entrega y Recibo de Obra, los cuales indican que el día 09 siguiente se reunieron representantes de las partes para hacer entrega y recibo de la obra, así como la entrega del manual de operación y mantenimiento,

certificados de calidad de materiales y catálogos de montaje de aparatos y planos de red hidrosanitaria, red de ozono y red contra-incendio.

El 09 de febrero de 2011 se suscribió entre las partes del Contrato mencionado tantas veces, el *“Acta de Terminación al Contrato de Obra”*, en el cual consta la terminación del Contrato, documento que obra a folios 168 y 169 del Cuaderno No.01.

El 16 de marzo de 2011 INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. hizo entrega a Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali de las últimas actividades a fin de mejorar el suministro de agua caliente en las habitaciones de la Torre Norte, según Prueba que obra a folio 75 del Cuaderno No.1.

Debe el Tribunal expresar que tal como fue reconocido por HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., en el primer Antecedente del *“Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato”* de 12 de agosto de 2011, el trabajo correspondiente al Contrato para construir las instalaciones hidrosanitarias y red contra incendio *“alternativa cobre”* del Hotel Spiwak Chipichape Cali, fue ejecutado a satisfacción, de lo cual se concluye que ninguna prestación quedó a su cargo y que entonces el cumplimiento contractual de parte de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. fue total y definitivo. Igualmente HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. certificó el 09 de febrero de 2011, paz y salvo en favor de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., en relación con el contrato de construcción antes citado.

De parte de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., el Tribunal examinará la conducta de la CONVOCADA respecto del cumplimiento de la única prestación que en concepto de la CONVOCANTE dejó de prestar en su favor, relativa al *“canje”* sobre el apartamento No. 606 B de Lomas de Menga, situado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 de la ciudad de Cali, y que fue convenido por las partes como parte del pago del anticipo del precio del Contrato, de conformidad con la Cláusula Cuarta de la Oferta Mercantil.

Respecto de las pruebas relativas al cumplimiento de las demás prestaciones que correspondían a las partes, el Tribunal no entrará en su examen, porque como se expresó antes, las correspondientes a la CONVOCANTE fueron satisfechas según lo expresado en el citado *“Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato”*, y las que

correspondían a la CONVOCADA, referidas al pago del precio en dinero, lo fueron igualmente, según la declaración de parte del representante legal de la CONVOCANTE¹⁸; que igualmente se acreditaron en las pruebas documentales y porque no son motivo del debate procesal, con lo que asume el Tribunal que fueron pagadas a satisfacción de la CONVOCANTE.

Consta en prueba documental¹⁹ que el día 03 de julio de 2009, la sociedad Promotora Apartamentos Lomas de Menga Ltda. hizo entrega al Sr. Héctor Castellanos del apartamento No. 606 de la Torre B, de la Avenida 9 Norte No. 66-34 de Cali. En declaración de parte, rendida por el Sr. William Castellanos, representante legal de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., éste confesó que el Sr. Héctor Castellanos, quien manejaba la parte técnica del Proyecto del Hotel Spiwak, recibió el apartamento mencionado. Entregado el inmueble por la CONVOCADA, el 03 de julio de 2009, tal como quedó establecido, la CONVOCANTE lo recibió sin reserva alguna.

No le asiste duda al Tribunal relativa a la entrega física del apartamento No. 606 de la Torre B de Lomas de Menga, a la CONVOCANTE de parte de Hotel Spiwak Chipichape Cali S. A. el día 03 de julio de 2009, una vez se había comunicado la aceptación de la Oferta Mercantil el 26 de mayo de 2009 y se habían constituido el 10 de junio de 2009, según lo indicado en la Cláusula 04 de la Oferta Mercantil, algunas de las garantías de la Cláusula 09, cuya vigencia empezaba el 10 de junio de ese año. Existen pruebas documentales que acreditan la entrega y recibo del citado inmueble, las que obran a folios 157 a 166 del Cuaderno No. 01, al igual que los documentos a folios 636 a 647 del Cuaderno 3.2., y la declaración de parte del representante legal de la CONVOCADA a folio 1093 del Cuaderno No. 3.3. y la afirmación que realizaron las partes el 12 de agosto de 2011 en el mismo Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato, Cláusula Sexta.

Ahora bien, cuando la Oferta Mercantil prescribió que el precio del Contrato lo pagaría HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. mediante un anticipo y que el cincuenta por ciento de éste se realizaría mediante “*canje*” sobre el inmueble mencionado, más la cantidad de cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450.000.000), que debía

¹⁸ Cuaderno No. 3.3. Folio 1091

¹⁹ Cuaderno No. 3 Folios 157 a 166

pagarse el 16 de julio de 2009, la prestación a cargo de la CONVOCADA, respecto del referido “canje” sobre el inmueble, fue la de enajenarle la propiedad la CONVOCADA a la CONVOCANTE, ya que como se ha afirmado hacía parte del precio del Contrato y así deberá reconocerse como la verdadera intención de los contratantes en aplicación del artículo 1618 del Código Civil. Esto significa que la CONVOCADA se obligó de una parte a transferirle el derecho de dominio sobre el citado inmueble, y de la otra a realizarle la entrega material del mismo en forma anticipada, por la cantidad que se convino de doscientos noventa millones de pesos (\$290.000.000). Por esta razón la simple “entrega” física del apartamento que fue convenida en la Oferta en la Cláusula Cuarta, era un avance de la obligación correspondiente a la tradición a la que se refiere el artículo 741 del Código Civil, así como el artículo 922 del Código de Comercio, pero no se correspondía a la tradición en si misma considerada, en cuanto que debía precederle el título respectivo de enajenación y la tradición mediante el registro de la escritura pública correspondiente. La entrega que le hizo la sociedad “Promotora Apartamento Lomas de Menga Ltda.” por cuenta de Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A., del inmueble mencionado a la CONVOCANTE, indica de un lado, el cumplimiento parcial de la obligación contenida en la Cláusula Cuarta, Forma de Pago, y de otro, que tal entrega la realizaba para que la CONVOCANTE tuviera el uso y goce del citado apartamento.

Las partes acordaron entonces, respecto del mencionado inmueble, una doble prestación a cargo de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., la de la “entrega” sujeta a condición de celebrar el contrato y presentación de las garantías, según las voces de la Oferta, Cláusula Cuarta, y para la enajenación del mismo inmueble en la que los contratantes no acordaron término o condición algunos, con lo cual la entrega del bien raíz podía preceder al título de enajenación o ser concomitante con el mismo. Solamente una vez se suscribió el “Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato” de 12 de agosto de 2011, las partes sujetaron a plazo de veinte días hábiles la suscripción de la escritura pública de enajenación del inmueble.

Advierte el Tribunal que las partes del contrato no tuvieron la previsión de indicar en forma expresa en la Oferta ni en la aceptación de parte de la CONVOCADA, o en documento posterior, o en ambas, la forma en la cual se realizaría la transferencia del inmueble en su favor y a cargo de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., como tampoco

indicaron el título al cual se realizaría la enajenación del apartamento, ni la notaría en la cual se otorgaría el instrumento público respectivo. Y en cuanto a la sujeción a las condiciones formuladas en la Oferta, referidas a que la entrega se realizaría previa aceptación de la oferta mercantil y presentación de la mayoría de las garantías – seguros- de la Cláusula Novena y de la cuenta de cobro respectiva, ninguna de tales condiciones es determinada, vale decir, ninguna fija la época en la cual debía celebrarse el contrato, con lo cual la prestación de “canje” del apartamento no se constituye en promesa alguna de celebrar contrato, por no cumplir los requisitos previstos por el artículo 1611 del Código Civil. Además, tampoco indicó el Contrato celebrado, la manera en la cual se cumpliría de parte de HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S. A. la tradición del bien que para la época de la oferta mercantil no era de su dominio, ya que el propietario para la celebración del Contrato era PROMOTORA APARTAMENTOS LOMAS DE MENGA LTDA.

Igualmente nada se expresó sobre los pagos relativos a los gastos de administración correspondientes al inmueble referido. Consta que INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. pagó parcialmente las cuotas de administración del condominio correspondiente al apartamento No. 606 de la Torre B de Lomas de Menga. Esos pagos se realizaron hasta finales de 2009 por cuenta de Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. De parte de la CONVOCANTE se realizaron algunos pagos entre diciembre de 2009 y agosto de 2011, según pruebas documentales que fueron aportados al proceso provenientes de la administración del Condominio Lomas de Menga Propiedad Horizontal, que obran a folios 1103 y siguientes del Cuaderno No. 3.4., así como en la declaración de parte del Sr. William Castellanos, representante legal de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., quien expresó que la compañía a su cargo tenía la obligación de pagar tales gastos y que efectuó los pagos hasta mediados de 2011.²⁰

Sin embargo, a pesar de los defectos anotados, para el Tribunal es clara y válida la prestación contraída por la CONVOCADA en cuanto que debía transferirle el dominio y hacerle entrega del apartamento No. 606 B de Lomas de Menga en la ciudad de Cali.

²⁰ Cuaderno No. 3.3. Folios 1096 y 1097

Según la Cláusula Sexta del Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato de fecha 12 de agosto de 2011, se obligó la CONVOCADA, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la suscripción de dicho Acuerdo, a remitirle a la CONVOCANTE *“la escritura pública de compraventa”* sobre el Apartamento 606 B del Edificio Lomas de Menga”. Esta prestación a cargo del HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. debía cumplirla a más tardar el 12 de septiembre de 2011, plazo al cual debe darse aplicación de conformidad con el numeral 2 del artículo 829 del Código de Comercio. Esta obligación, particularmente rara en su redacción por cuanto el otorgamiento de la escritura pública que debería contener el título traslativo de dominio del apartamento No. 606 B de Lomas de Menga en favor de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., debía serlo por ambas partes ante notario, pero que en el entendimiento de este Tribunal la decisión contenida en el Acuerdo de que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. debía *“enviarle”* la escritura pública, corresponde a que a más tardar el 12 de septiembre de 2011, debían CONVOCANTE y CONVOCADA presentarse a otorgar la escritura pública respectiva, previa escogencia de la notaría pública de parte de la CONVOCADA, así como la obligación de ésta a indicarle la fecha y hora respectivas. No se encuentra prueba alguna que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. hubiera realizado ninguna gestión para cumplir la obligación, es decir que hubiera instado a la Convocante a presentarse a otorgar escritura y que hubiera desplegado toda la actividad necesaria para colocar a la convocante en posición de suscribir el respectivo título. La determinación de la fecha y hora, en el plazo acordado de veinte días a partir de la suscripción del *“Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato”*, así como de la notaría en la cual debían correr la escritura pública mediante la cual HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI le transferiría la propiedad del inmueble citado, era además de una clara obligación de la CONVOCADA, un mandato de la CONVOCANTE INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. para que procediera, ya se dijo en el plazo de veinte días, a otorgarle el título respectivo, lo cual significaba, vuelve a repetirse, que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI tenía la potísima obligación de realizar todos los esfuerzos y diligencias necesarias a fin de que la CONVOCANTE obtuviera el título respectivo y se hiciera a la propiedad del apartamento que poseía desde 2009.

La obligación contenida en el Acuerdo de 12 de agosto de 2011 es modificatoria de la prestación consignada en la Cláusula Cuarta de la Oferta Mercantil, porque si bien en esta la CONVOCADA requería del concurso explícito y decidido de la CONVOCANTE para

acordar los trámites que la llevarían a suscribir la respectiva escritura pública de enajenación del inmueble, que conllevaría a la posterior tradición del derecho de dominio, de la obligación contenida en la Cláusula Sexta del Acuerdo, se infiere que la CONVOCADA debía realizar todas las gestiones para cumplir, ya que para remitirle a la CONVOCANTE la escritura de venta, aquella debía realizar, vuelve a repetirse, todas las diligencias necesarias ante la notaría para colocar a disposición de la CONVOCANTE la firma de la escritura pública, en forma tal que no se requiriera sino de la suscripción de parte de la CONVOCANTE, con la presentación de los documentos que a ella incumbieran.

De las pruebas documentales que obran en el proceso, existe a folio 1004 (Cuaderno No. 3.3.) la certificación de la Notaría Novena de Cali, de 05 de diciembre de 2011, la cual indica que no ha autorizado escritura de venta sobre el inmueble de la Avenida 9 N No. 66-34, Apartamento 606, Torre B, Lomas de Menga; que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. sin autorización, ofreció tramitar escritura pública de compraventa sobre el inmueble citado, a favor de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.; y que a la fecha no se ha presentado el paz y salvo de la administración para poder darle trámite.

Aparece, a folios 1005 a 1014 una minuta de escritura de venta en la cual intervendrían PROMOTORA APARTAMENTOS LOMAS DE MENGA LTDA., representada por el Sr. Angel Spiwak Knorpel, e INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., representada por William Castellanos F., sobre el inmueble anteriormente relacionado, por la cantidad de doscientos noventa millones de pesos (\$290.000.000), en la que declara la sociedad compradora haber recibido a plena satisfacción y encontrarse en posesión real y material del inmueble objeto del negocio por celebrarse. Esta minuta, corrida en hojas de papel notarial 021036, 021029, 021012, 021015, 020992, fue suscrita por el Sr. William Castellanos F., representante legal de la CONVOCANTE, pero no así por el Sr. Angel Spiwak K., representante de la CONVOCADA.

Igualmente aparecen sendos documentos denominados “Recibos de Caja” mediante los cuales la Notaría Novena de Cali, hace constar que Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias W.C. Limitada había pagado el 12 de marzo de 2010 las cantidades de

\$4.413.300 y \$534.043, por concepto de boleta fiscal, registro de instrumentos públicos y derechos notariales.

Del certificado de tradición expedido el 17 de junio de 2014 por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, que obra a folios 171 y 172 correspondiente al apartamento No. 606 de la Torre B de Lomas de Menga, en la Avenida 9 Norte No. 66-34, aparece como poseedor inscrito la sociedad PROMOTORA APARTAMENTOS LOMAS DE MENGA S.A.S.EN LIQUIDACIÓN. En el mismo certificado en la Anotación No. 08 de 01 de abril de 2011, quedó registrado el embargo ejecutivo del Edificio Lomas de Menga Propiedad Horizontal contra Promotora Apartamentos Lomas de Menga Limitada, proferido por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Cali, embargo que permaneció registrado hasta el día 07 de marzo de 2012 cuando el mismo Juzgado canceló la medida cautelar, lo cual indica que para el período de 01 de abril de 2011 al 07 de marzo de 2012, el bien inmueble estaba fuera del comercio y por ende sobre él no podía realizarse ningún acto que conllevara a la transferencia de su dominio. Y muy a pesar de que podría afirmarse que el embargo pudo haberse ocasionado por el no pago de las expensas al condominio Edificio Lomas de Menga Propiedad Horizontal, no existe en las pruebas de este proceso demostración alguna que así lo acredite plenamente. Por tanto, se conoce que para el 12 de septiembre de 2011 el inmueble se encontraba embargado por orden judicial pero se desconoce el motivo del embargo ejecutivo. Aún en el caso de que se hubiera podido demostrar que el embargo tenía como causa el no pago de las cuotas de administración del apartamento 606 de la Torre B de Lomas de Menga en favor de dicho condominio y que según lo que se ha afirmado atrás, era de parte de la CONVOCANTE la responsabilidad por su pago, tal situación no eximía de manera alguna a la CONVOCADA en allanarse a cumplir la obligación de otorgar el título traslativo de dominio en favor de la CONVOCANTE, mediante la realización de todas las gestiones y actos necesarios a fin de colocar a la CONVOCANTE en posición de otorgar el respectivo título. Eso es lo que indica el postulado de la buena fe en la ejecución de los contratos, al tenor del artículo 871 del Código de Comercio.

De la minuta de escritura pública que se realizó en la Notaría Novena y a la cual se ha referido el Tribunal con anterioridad, la cual fue firmada por el representante legal de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA, pero no así por el representante legal de PROMOTORA LOMAS DE MENGA, es claro que la CONVOCADA

no se allanó a cumplir la obligación de enajenarle a aquella el derecho de dominio sobre el inmueble precitado, en cuanto que no realizó las actividades necesarias para que pudiera cumplirse la prestación a su cargo que era de resultado. Pretender que la CONVOCADA no estaba en capacidad legal para transferir a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. la propiedad del citado inmueble porque este se encontraba embargado, es desconocer que primero debía cumplirse la obligación de realizar por la CONVOCADA todo lo realmente necesario para que pudiera colocarse a la CONVOCANTE frente a la Notaría para otorgar la escritura de venta.

Por lo anterior el Tribunal encuentra que la conducta de la CONVOCADA que no se allanó a cumplir su obligación de enajenarle el inmueble a la CONVOCANTE, es culpable por incumplimiento en la inejecución de la prestación.

Ahora bien es menester referirse a la época en la cual la CONVOCADA dejó de cumplir su obligación e incurrió en mora de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil, para indicar que lo fue a partir de la culminación del plazo -12 de septiembre de 2011- en el cual debía cumplir la prestación, o sea cuando finalizó el término para que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., le enajenara a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. el inmueble tantas veces mencionado y no desde que fue celebrado el Contrato mediante la aceptación de la Oferta. Lo anterior en razón de que las partes acordaron expresamente en el "*Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato*" de 12 de agosto de 2011, que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. le enajenaría el inmueble dentro de los veinte días hábiles siguientes a la suscripción del citado Acuerdo, prescripción esta que modificó la Cláusula Cuarta de la oferta mercantil que dio origen al contrato.

5. EFECTO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CONVOCADA. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

5.1. CUMPLIMIENTO PARCIAL.- DAÑO EMERGENTE, LUCRO CESANTE Y PÉRDIDA DEL CHANCE.

Como HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., en el Contrato de Construcción de Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio "Alternativa Cobre" del Hotel Spiwak Chipichape Cali, que devino de la Oferta Mercantil, se obligó a entregar y a

enajenar el apartamento No. 606 B del Edificio Lomas de Menga, localizado en la Avenida 9 Norte No. 66-34, de la ciudad de Cali, deberá tenerse en cuenta que la CONVOCADA dio cumplimiento parcial de la prestación, con la entrega del inmueble, pero dejó de ejecutar en su totalidad la enajenación del mismo, con lo cual incumplió el Contrato mencionado, tal como quedó demostrado y consignado atrás. HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. no cumplió entonces la obligación de enajenarle a INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., el inmueble citado, en la forma y tiempo acordados en el “ACUERDO DE PAGO LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO”, de 12 de agosto de 2011, otorgándole la escritura pública del caso.

Ese incumplimiento de la prestación de la CONVOCADA, se dio porque las partes acordaron que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. le transferiría el derecho de dominio sobre el apartamento y le haría la entrega material del mismo en forma anticipada, por la cantidad que se convino de doscientos noventa millones de pesos (\$290.000.000), tal como se acordó en el Contrato citado, y según las voces anteriores consignadas en este laudo. La “entrega” física del apartamento que fue consignada en la Oferta en la Cláusula Cuarta, fue un acuerdo que se logró entre partes con la aceptación de la oferta y como anticipo de la obligación correspondiente a la tradición. Esa entrega, para que la CONVOCANTE usara y disfrutara del apartamento, indica el cumplimiento parcial de la obligación contenida en la Cláusula Cuarta, Forma de Pago, pero también el incumplimiento en el cual incurrió la CONVOCADA por la no transferencia del derecho de dominio sobre el mencionado inmueble en el plazo acordado a 20 de septiembre de 2011.

En obligaciones sujetas a plazo, como lo es la de suscribir la escritura pública mediante la cual se enajenaría el derecho de dominio a INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., del apartamento, se aplica el principio del “dies interpellat pro homine”, según el cual el vencimiento del plazo sin que se haya cumplido la prestación cumple la función de requerir al deudor. Entonces, la indemnización de perjuicios se debe desde que se ha constituido en mora al deudor, según el art. 1615 del Código Civil.

Incumplido el Contrato al cual se ha venido refiriendo este Tribunal, de parte de la CONVOCADA por cuanto omitió enajenarle a la CONVOCANTE la propiedad sobre el

citado apartamento, encuentra el Tribunal que se ha producido un daño o perjuicio para la CONVOCANTE, que deberá ser indemnizado, de conformidad con el artículo 1614 del Código Civil. La indemnización solicitada en el Literal A de la quinta, como pretensión principal de la demanda, se trata de una indemnización compensatoria en razón de que reemplaza y es equivalente a la obligación inicial contenida en la Oferta Mercantil de enajenar y entregar el apartamento, por la cantidad de doscientos noventa millones de pesos (\$290.000.000), prestación ésta que, se repite, la CONVOCADA incumplió porque no le enajenó el derecho de propiedad sobre el inmueble, muy a pesar de haberle realizado la entrega. Por este motivo el Tribunal reconocerá a título de indemnización el daño emergente solicitado en el libelo de la demanda.

Respecto del lucro cesante o sea la utilidad que dejó de reportarle a la CONVOCANTE el inmueble que no le fue transferido en propiedad por la CONVOCADA, en atención al incumplimiento de la prestación a cargo de la misma, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Según el artículo 1614 del Código Civil el lucro cesante corresponde a “...la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”, así como cualquier provecho patrimonial. Se trata en este último caso como lo ha señalado el Consejo de Estado en “la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”²¹

La “perdida de oportunidad” es una modalidad de daño autónomo o indemnización del lucro cesante del perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente, mediante la cual lo que se repara es la probabilidad o pérdida de obtener una eventual ganancia.

²¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, radicación interna 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Citada en sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de junio de 2013. CP Hernán Andrade R. Exp. No. 25132.

La indemnización del lucro cesante del perjuicio no consolidado a partir de una situación inexistente, por la pérdida de oportunidad o chance, ha sido desarrollada por varios pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

De tiempo atrás la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia se ocupó del tema, en sentencia de 22 de julio de 1943, con ponencia de Aníbal Cardoso y la Sala de Casación Civil. Otros pronunciamientos fueron: La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 08 de septiembre de 1959²² y sentencia de 05 de octubre de 2004, Exp. 6975. Igualmente lo ha hecho el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencias de 19 de junio de 1997²³, de 30 de octubre de 1997 y de 27 de noviembre de 2002, expediente 13792. Así mismo, la justicia arbitral se pronunció en este aspecto, en el laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento de Bellsouth vs. Recuperación y Cobranzas en reestructuración.²⁴

En sentencia de 11 de agosto de 2010 dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial²⁵; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o

²² Gacetas Judiciales. T. LV. Y XCI. Pp. 769 y 687. Citadas por González Briceño, Alvaro Andrés. El Daño o Perjuicio. Derecho de las Obligaciones. Tomo II. Vol. i. Castro de Cifuentes, Marcela. Pp. 91, 92.

²³ CP Daniel Suárez H. Exp. 11875. Citado por González Briceño, Alvaro Andrés. El Daño o Perjuicio. Derecho de las Obligaciones. Tomo II. Vol. i. Castro de Cifuentes, Marcela. Pp. 95 y 96.

²⁴ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo de 04 de mayo de 2004. Árbitros: Jorge Cubides Camacho, Álvaro Mendoza Ramírez y Antonio Pabón Santander. Citado por González Briceño, Alvaro Andrés. El Daño o Perjuicio. Derecho de las Obligaciones. Tomo II. Vol. i. Castro de Cifuentes, Marcela. Pp. 110.

²⁵ Mayo, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 207. Citado en sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de junio de 2013. CP Hernán Andrade R. Exp. No. 25132.

inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba²⁶, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que ‘esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediamente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado²⁷.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego,

²⁶ Sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio” (énfasis en el texto original). Cfr. Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 36. Citado en sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de junio de 2013. CP Hernán Andrade R. Exp. No. 25132.

²⁷ Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 274, apud Trigo Represas, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., pág. 30. Citado en *sentencia* del Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de junio de 2013. CP Hernán Andrade R. Exp. No. 25132.

*sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él, para su determinación*²⁸.

Para el caso concreto sometido a decisión de este Tribunal encontramos que el bien inmueble que debió transferirle HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. a la sociedad INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W. C. LTDA., en desarrollo de la oferta mercantil, se trataba de un bien productivo en cuanto que bienes de tal naturaleza generan provecho, así como también utilidades de tipo monetario. Se trata del provecho proveniente del uso y goce en favor del propietario o de la renta que produciría el mismo por el uso y goce por un tercero a cualquier título oneroso de tenencia, como sería el caso del arrendamiento, al igual que la utilidad monetaria que le generaría al propietario del bien como consecuencia de la enajenación del derecho de dominio.

Respecto de la primera situación, o sea el provecho por el uso y disfrute del inmueble, el Tribunal encuentra que no podrá generarse en favor de INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., indemnización alguna, ya que se ha probado en el proceso que la CONVOCADA le hizo entrega a la CONVOCANTE del apartamento desde el 03 de julio de 2009, entrega que lo fue para que lo usara o disfrutara, no como tenedor sino como poseedor, o sea para que INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W. C. LTDA. se comportara frente a él con ánimo de señor y dueño, prestación esta que se cumplió efectivamente. Esto comportaba para la CONVOCANTE la posibilidad de usar y gozar del inmueble en su favor, o ejecutar, respecto del mismo, cualquier negocio oneroso en su favor. Entonces, el *“resarcimiento por interés de valor”* que la jurisprudencia ha desarrollado²⁹ y que permitiría reconocerle a la CONVOCANTE la indemnización por la privación del uso y goce, una suma de dinero que correspondería al interés comercial que se habría producido durante el tiempo en el cual el bien no estuvo en manos de la CONVOCANTE, o sea desde la celebración del negocio jurídico que dio origen la Oferta Mercantil, no es admisible por cuanto se encuentra probado que la CONVOCANTE tuvo el uso y goce del inmueble por la entrega que de él le hizo la CONVOCADA desde el 03 de julio de 2009. Por tanto no podrá despacharse favorablemente la petición consignada en el literal C de la

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010. *Citado en sentencia* del Consejo de Estado. Sección Tercera. 12 de junio de 2013. CP Hernán Andrade R. Exp. No. 25132.

²⁹ Sentencia Consejo de Estado. Sección Tercera. 08 de junio de 1999. CP. Daniel Suárez H.. Exp. 13540.

Pretensión Quinta.

Respecto de los actos de disposición sobre el derecho de dominio que no pudo realizar la CONVOCANTE porque la CONVOCADA no le transfirió el derecho de dominio sobre el bien raíz, en el libelo de demanda, hecho número seis, se expresó que la CONVOCANTE y así quedó probado en el proceso, que ella celebró un negocio de promesa de venta con la Sra. Sonia Cristina Grisales, sobre el apartamento 602 Torre B del Edificio Lomas de Menga. Según la demanda tal promesa fue incumplida por INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., lo que provocó, el pago en favor de la prometiente compradora por el valor de la cláusula penal, en cantidad de ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000)

En el debate probatorio quedó establecido que no logró demostrarse el pago que le hiciera la Sra. Grisales a la CONVOCANTE, por la cantidad de ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000), moneda colombiana por el negocio prometido del citado apartamento, como tampoco logró probarse el pago de la cláusula penal referida en el citado contrato de promesa de venta, celebrado entre la CONVOCANTE y la Sra. Grisales, por cantidad igual a la de las arras, o sea por ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000), moneda colombiana. Esta pretensión se encuentra consignada en el literal E de la pretensión Quinta.

Debe advertir el Tribunal que si bien es cierto se encuentra acreditada en el proceso la prueba mediante la cual la CONVOCANTE y la Sra. Grisales prometieron en compraventa el inmueble correspondiente que figura en el Contrato celebrado entre las partes, no logró demostrarse que la CONVOCANTE hubiera incurrido en perjuicios derivados del incumplimiento. No se encontró demostrado en los documentos de la sociedad INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., el ingreso de la cantidad de ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000), moneda colombiana, tal como se expresó en el contrato de promesa referido, como tampoco el pago de la cantidad que afirmó haber cancelado la CONVOCANTE a la Sra. Grisales, a título de cláusula penal, por la misma suma de dinero, o sea por ciento setenta y cinco millones de pesos (\$175.000.000). Con posterioridad en declaraciones testimoniales pudo establecerse que la prestación en dinero sobre el precio del inmueble prometido en venta varió por una obligación en especie por otro inmueble, circunstancia esta que

nunca fue advertida en la demanda y tampoco fue reflejada en los libros de la convocante.

La contabilidad de los comerciantes, como es el caso de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., debe suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios de la sociedad, de conformidad con el Art. 50 del Código de Comercio. Esta norma es aplicable también a los “*comprobantes*” de la contabilidad que sirve de respaldo a las partidas asentadas en los libros, al tenor del Art. 51 del mismo Código.

De la misma manera la ley mercantil ordena que en los libros del comerciante deben asentarse todas las operaciones mercantiles y aquellas que puedan influir en el patrimonio, con el debido respaldo de los comprobantes que las acreditan (Art. 53 Co. de Comercio). Entre los libros y los comprobantes de cuentas debe existir correspondencia, según lo dispone el artículo 59 del Código de Comercio, en forma tal que las operaciones mercantiles y negocios de la compañía deban quedar registrados en los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas. La inexistencia de los respectivos registros en los libros y comprobantes tiene como pena la ineficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.

La ineficacia probatoria de los libros de contabilidad está cifrada en la doble contabilidad y en la contabilidad irregular. La primera supone servirá para engañar a terceros y que podría estar llevada en forma regular, pero ineficaz por ser doble. Esta modalidad registra en veces libros paralelos con las mismas operaciones, o se encuentran fundamentados en documentos distintos y a veces contradictorios (Art. 74 del C. de Comercio).

La contabilidad irregular también es ineficaz ya que no refleja las verdaderas operaciones y negocios de la sociedad. Puede suceder que la contabilidad en parte esté registrada y en parte no. Esto último hace parte del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 10 de octubre de 1991, con ponencia del magistrado Dr. Alberto Ospina B.

Ahora bien de conformidad con el artículo 70, numeral 4 del Código de Comercio si los libros de un comerciante litigante “*no se ajustan a las prescripciones legales, se*

prescindirá totalmente de ellos y solo se tomarán en cuenta las demás pruebas allegadas al juicio.”

Por los motivos anteriormente enunciados el Tribunal encuentra que la indemnización solicitada por la sociedad CONVOCANTE, relacionada con el frustrado negocio de promesa de venta que fue celebrado por la CONVOCANTE con la Sra. Grisales, que habría conducido al pago de la cláusula penal y devolución de las arras por incumplimiento de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., por carecer de respaldo en la contabilidad de la empresa, tal como lo ha expresado el perito en el dictamen que obra a folios 1150 a 1230 del Cuaderno No. 3.4. experticia que no fue objetada por la CONVOCANTE, es ineficaz, razón por la cual el Tribunal denegará la pretensión respectiva.

Entonces, como en el proceso no fue probado el perjuicio que le pudo haber generado la no realización del negocio jurídico entre la CONVOCANTE y la Sra. Grisales, así como tampoco fue demostrada ninguna pérdida de oportunidad, no procederá ningún reconocimiento a título de indemnización ya que no se demostró ningún perjuicio que se le hubiera irrogado a la misma, distinto del daño emergente ya referido y que se encuentra probado.

Tampoco podrán despacharse en forma favorable las peticiones de los literales B y D, en razón de que no procede, respectivamente, indemnización por intereses moratorios por no tratarse de una obligación dineraria, al tenor de la ley mercantil (Artículo 884 del Código de Comercio), y no se encuentra probado ningún otro perjuicio que sufrió la parte actora.

5.2. ACTUALIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Para que la indemnización sea completa, como ordena la ley, deberá actualizarse el valor de la condena y, para ello, el Tribunal ha tomado el I.P.C. (Índice de Precios al Consumidor), aplicándolo desde el día tres (3) de julio de dos mil nueve (2.009) hasta el día 31 de diciembre de dos mil catorce (2.014) fecha del último reporte conocido, lo cual arroja una cifra de Cuarenta y cinco millones ciento ochenta y siete mil setecientos veintiséis pesos mcte. (\$45.187.726,00), ajustándose así el valor de la indemnización

por el Daño emergente, a la cantidad de Trescientos treinta y cinco millones ciento ochenta y siete mil setecientos veintiséis pesos, (\$335.187.726,00) moneda colombiana, según la aplicación de la siguiente fórmula:

Renta histórica	290.000.000
Fecha Inicial	31- dic-2014
Índice Final	118,150000
Fecha Inicial	03-jul-09
Índice Inicial	102,221822
Renta actualizada	335.187.726

En los términos anteriores se cumple con el “*principio de la integridad del pago*” al cual se refiere la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 1° de septiembre de 2009, expediente No. 1300131030051995-11208-01, Magistrada Ponente, Dra. RUTH MARINA DIAZ, fallo del cual destacamos lo siguiente:

“(…)

“2. Como se sabe, para que el pago, concebido como arquetípico modo de extinguir las obligaciones, produzca efectos liberatorios, suficientes para diluir el débito preexistente, debe ser completo, lo que implica que corresponde al deudor hacerlo ‘bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación’ (art. 1627 C.C.), comprendiendo no sólo el capital, sino también ‘los intereses e indemnizaciones que se deban’ (inc. 2 art. 1649 ib.).

“Este principio: el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa –y no simplemente cuantitativa- entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada –las más de las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables- por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo.

“Es por ello por lo que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, ‘especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago’ (se subraya; cas. civ. de 30 de marzo de 1984, CLXXVI, pág.

136. Vid: Sents. de 24 de abril de 1979, CLIX, pág. 107; de 15 de septiembre de 1983, CLXXII, pág. 198; de 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, pág. 24; de 12 de agosto de 1988, CXCII, pág. 71 y de 24 de enero de 1990, CC, pág. 20).

Y en cuanto a los mecanismos para establecer el valor indexados consigna la sentencia referenciada:

“No obstante, es dable buscar, cuando las exigencias del caso lo impongan y dependiendo de la naturaleza del asunto, la equivalencia de la obligación dineraria envilecida por el transcurso del tiempo fijando como referente un metal, un signo monetario extranjero fuerte, tasas de interés, entre otros, parámetros estos cuya adopción debe sujetarse a los principios generales del derecho, particularmente a la equidad, con miras a evitar enriquecimientos torticeros. En efecto, en todas las hipótesis en las cuales el ordenamiento no consagre explícita y expresamente la aplicación imperativa de un parámetro de corrección monetaria, el juzgador podrá aplicar el que mejor se ajuste a la naturaleza de la relación obligatoria, tipo negocial celebrado por las partes, el designio de éstas, la función práctica o económica social del acto dispositivo, la equidad y simetría prestacional, naturalmente dentro con un ponderado, razonable y prudente análisis, consultando el marco de circunstancias y los usos imperantes en el tráfico jurídico, los cuales al tenor del artículo 1621 inciso 2 del Código Civil, se entienden incluidos sin necesidad de estipulación a propósito (accidentalía negotia) e integran el contenido del contrato (naturalia negotia)”, sentencia N° 133 de 21 de noviembre de 2007, expediente 029976-01.

5.3. RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE

Habiendo acogido el Tribunal la petición de ordenar el pago de la indemnización compensatoria, como daño emergente, en dinero, del valor del apartamento 606 B del Edificio Lomas de Menga, en favor de INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. debe, correlativamente, disponerse que ella restituya dicho inmueble a la CONVOCADA.

6. EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA.

Enseguida el Tribunal entra a examinar las excepciones formuladas por la CONVOCADA en la contestación de la demanda.

6.1. EXCEPCIONES PRINCIPALES

6.1.1. Existencia de un acuerdo de transacción entre las partes que produce efectos de cosa juzgada.

Afirma la parte CONVOCADA con este medio exceptivo que entre las partes, mediante el “Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato” de 12 de agosto de 2011, se celebró contrato de transacción con la finalidad de liquidar la “Oferta Mercantil” atendiendo a que “ello implicaba la eventualidad de una controversia o un litigio futuro, y más cuando era claro que ya se discutía entre las partes sobre retardos en el pago que ponían en disputa la naturaleza de la “Oferta Mercantil” y su liquidación”, con lo que las partes acordaron las concesiones recíprocas y convinieron el arreglo transaccional que comprendió el pago de una suma de dinero por parte de la CONVOCADA y la de suspender toda acción legal o extrajudicial en contra de la otra parte por la CONVOCANTE. A esa “transacción”, en decir de la CONVOCADA, se le dio el carácter de mérito ejecutivo en caso de incumplimiento.

Para entrar a resolver la presente excepción resulta necesario efectuar el análisis del citado Acuerdo para determinar si él constituye transacción y si tal transacción tuvo como efecto inmediato afectar la prestación reclamada en la demanda relativa a la enajenación del inmueble –Apartamento 606 B del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali, ubicado en la avenida 9 Norte número 66-34 que debió hacerle la CONVOCADA a la CONVOCANTE según lo expresado en el negocio jurídico celebrado entre las partes, el cual devino de la oferta mercantil de mayo de 2009.

La Transacción, es la alternativa para la solución de conflictos a través de la cual las mismas partes en controversia, sin la intervención de nadie distinto a ellas mismas pueden, en el ámbito extrajudicial, precaver un litigio judicial o, si éste ya se hubiere entablado, mientras no haya sido fallado por sentencia de primera instancia. (La Transacción, solución alternativa de conflictos, Roberto Valdés Sánchez, Legis, 1997, Bogotá – Colombia, Página 29)

El artículo 2469 de nuestro Código Civil Colombiano define la transacción como el “contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o

precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

“En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme y tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones reciprocas. (Casación civil, dic 12 de 1938, XLVII 479-480; casación, Junio 6 de 1939, XLVIII, 268)”.

La supuesta transacción, a voces de la CONVOCADA, nace del Acuerdo denominado “*Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato*” (sic), de fecha agosto 12 de 2011 visible a folios 154 y siguientes del expediente del proceso. Este documento está suscrito entre INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., por intermedio de su apoderado legal (sic) Dr. Andrés Salazar López, de una parte y, por HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., representado por el Sr. Ángel Spiwak en su condición de Representante Legal. El documento contiene antecedentes donde se manifiesta que el Contratista, INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., terminó a satisfacción los trabajos derivados de la Oferta Mercantil presentada en mayo de 2009, relativos a la construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y red contra incendio del Hotel Spiwak Chipichape de la ciudad de Cali, y propone de manera conjunta efectuar la liquidación final de dicha negociación en el indicado acuerdo de pago, razón por la cual las partes lo llamaron o denominaron, “Acuerdo de pago liquidación final del Contrato”.

En segundo lugar, el Contratante, HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., acepta y reconoce la obligación de pagar \$93.750.568.00, como producto de la liquidación de la Oferta anteriormente indicada, todo fundamentado en el principio general de la buena fe que deben encerrar todos los negocios comerciales y la voluntad propia y espontanea de pagar y dar cumplimiento a sus obligaciones. Consecuencia de ello, convienen que el acuerdo se regirá por algunas cláusulas que a continuación serán esbozadas así: La primera, en la cual las partes decidieron suscribir el acuerdo para dar cumplimiento con la cancelación y pago de lo adeudado por el Contratante (HOTEL

SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.); es decir el Contratante se reconoce deudor del Contratista y en la segunda cláusula el Contratante acepta y se obliga a pagar la suma de dinero anteriormente indicada, es decir la cantidad de \$93.750.568.00. La cláusula tercera es clara y expresa para indicar que cuando se efectúe el pago de la cantidad tantas veces indicada, el Contratista suspenderá toda acción legal o extrajudicial en contra del Contratante de tal forma que no se impliquen costos adicionales ni intereses, todo esto relativo a los \$93.750.568.00 resultantes del convenio de liquidación. La cláusula cuarta obliga al Contratista a que no intente cobrar sumas de dinero adicionales por intereses como ya se había expresado en la mencionada cláusula tercera, pero hace la salvedad que solamente en el caso o evento en que el Contratante HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. incumpla el pago oportuno “en las fechas señaladas en la cláusula segunda de este convenio” se podría dar el cobro de sumas adicionales relativas al pago de la obligación dineraria. La cláusula Quinta, habla sobre las deducciones por pago de impuestos y deducciones de productos de acuerdos expresos consignados en la oferta mercantil de mayo de 2009, y finalmente la cláusula sexta compromete al Contratante a enviar al Contratista a más tardar en veinte días hábiles después de firmado “este acuerdo transaccional” la escritura pública de compraventa sobre el Apartamento 606 B del edificio Lomas de Menga que dio origen al presente Tribunal de Arbitramento.

Del análisis del presente documento denominado “Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato”, en la Cláusula Primera se indica que el objeto del mismo es *“dar cumplimiento con la cancelación y pago de lo adeudado por la Sociedad a La Contratista”*, o sea que la real intención, la cual coincide con la expresada en el citado documento, estaba determinada a la liquidación del Contrato que nació de la Oferta Mercantil de mayo de 2009, referida a la ejecución de los trabajos de la construcción de las instalaciones hidrosanitarias y red contra incendio del Hotel Spiwak Chipichape Cali. Se trató de acordar el pago de cantidades de dinero que le adeudaba la CONVOCADA a la sociedad Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias WC Ltda., las cuales como ya se ha dicho se convinieron en \$93.750.568.00. Se acordó la suspensión de cualquier acción legal o extrajudicial en favor de la CONVOCADA y la abstención de cobrar y liquidar intereses moratorios, a menos que Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. incumpliera la obligación de pago de las cantidad de dinero expresada en el numeral 2 de las consideraciones y Cláusula Segunda y según la forma de pago en ella contenida.

Como antecedentes del citado “Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato” declararon las partes, de un lado, la ejecución a satisfacción de los trabajos efectuados por la CONVOCANTE, y, de otro lado, las cantidades de dinero que Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A., reconoce deber, a más de la obligación de parte de la CONVOCADA de hacerle llegar la escritura pública del inmueble que le enajenaría a la CONVOCANTE en plazo de veinte días hábiles a partir de la suscripción del citado Acuerdo.

Dentro de estos parámetros, se deberá concluir que el documento que contiene el Acuerdo citado, presentado por el apoderado de la CONVOCADA como contrato de transacción, de una parte, no reúne los requisitos que la norma, la jurisprudencia y la doctrina le demandan al contrato de transacción, y de otra parte, ha de afirmarse que, carece de la habilitación expresa para la suscripción del contrato mismo de transacción el “apoderado legal” del Contratista (Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias W.C. Ltda). El documento del Acuerdo carece de objeto como contrato de transacción, es decir, no enuncia cuales son los términos de la Litis y las diferencias que concitan a las partes y mucho menos la relación de bienes y derechos que ven afectos a la transacción misma, y, ni por asomo indica las concesiones recíprocas que se hacen los intervinientes en el Contrato mismo para dar por terminados los litigios. Lo que si brilla, pero esta vez en sentido negativo, es la precaria intención de llegar a un acuerdo de voluntades liquidatorio de unas cuentas parciales de un negocio, tal como se ha manifestado. Denominar al Acuerdo citado contrato de transacción, tal como lo ha hecho la CONVOCADA en las excepciones, es desconocer los elementos esenciales de este negocio, los cuales no existen en el citado Acuerdo.

Adicionalmente, lo expuesto se puede soportar con los conceptos emitidos por los tratadistas Hinestrosa y Valdés; el primero, que claramente expresa y hace referencia al mal uso del vocablo “transacción” en el texto de algunos documentos, a fin de procurar erróneamente que el documento mismo haga tránsito a cosa juzgada, y Valdés, quien con claridad meridiana nos lleva a la conclusión fundada en derecho de que sólo hay convenios o acuerdos sobre los bienes y derechos en disputa que se hayan indicado en el objeto de transacción.

Al respecto opina el tratadista Dr. Fernando Hinestrosa:

“La transacción en virtud de la cual o a cuyo propósito se dispone extinguir una obligación o esta resulta eliminada del contexto del acuerdo, produce la total desaparición de ella, con efecto equivalente al de una resolución judicial firme, inmodificable (art. 2483 c.c.) De ahí en adelante la relación entre las partes estará remitida a los términos de la transacción y regida por ésta.

Como cualquier acto de autonomía privada, la transacción está llamada a tener efecto entre las solas partes que lo celebran y sus causahabientes (arts. 2484 y 1602 c.c.) Son ellas las que quedan vinculadas por su celebración y obligadas a las prestaciones que eventualmente puedan haber surgido de allí. Como medio extintivo de obligaciones pendientes no produce consecuencias para los acreedores o deudores que no hayan participado en ella (art. 1583 pr. c.c.), con la salvedad de que en lo que hace a estos últimos, cuando son solidarios o deben prestación indivisible, resulta evidente su liberación respecto del sujeto activo, pero pueden resultar afectados por la acción de reembolso o de regreso propia de tales obligaciones (arts. 2482, 1570 y 1584 c.c), y con relación a los garantes, la transacción extintiva de la obligación acarrea como corolario la extinción de la garantía aneja (art. 2406 y 2457 c.c.).

A propósito de la eficacia objetiva de la transacción, ha de indicarse que no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, al mismo tiempo que toda ellas quedan comprendidas en la composición (art. 2483 c.c.).

Pese a no deber extenderse el tratamiento de la figura más allá de lo relativo a su eventual efecto extintivo de obligaciones, en obsequio de asegurar su natural propio, es oportuno denunciar una práctica malsana, que se ha convertido en “cláusula de estilo”, con abuso del término “transacción” y aun del propio concepto: las partes que están liquidando un contrato, temerosas de reclamos futuros o, mejor, en su afán de que esa liquidación sea no sólo definitiva, sino inexpugnable, le agregan a su acuerdo el calificativo de transacción, pese a no haber habido disputa alguna entre ellas, o cuando más, haber agregado al convenio inicial una interpretación auténtica de sus cláusulas y su verificación genuina de los hechos, simplemente con el fin de atraer los efectos de cosa juzgada asignados a aquella por la ley (art. 2483 c.c.).” (Fernando Hinestrosa. Tratado de Obligaciones. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. 2007. Página 747. Bogotá – Colombia).

Y agrega, el tratadista Roberto Valdés Sánchez:

“Encontramos que este precepto tiene fundamento, de una parte, en que siendo la transacción una figura a través de la cual las partes en conflicto llegan a la solución del mismo a través de las recíprocas concesiones que ellas se hacen, concesiones que de suyo implican una renuncia a sus pretensiones en relación con el objeto en disputa, y, de otra parte, en que esa renuncia significa la disposición de ese objeto con el propósito de lograr el acuerdo, el ámbito de esa renuncia está comprendido sólo por el bien o por los bienes, o al derecho o a los derechos sobre los cuales versa cada acuerdo transaccional. Por ello cuando el contrato de transacción comprenda bienes o derechos específicos- como, en general, debe comprenderlos – y las partes incorporan dentro de su pacto la renuncia general a todo derecho, acción o pretensión, en virtud de la disposición expresa antes citada, debe entenderse que dicha renuncia se refiere a cualquier derecho, acción o pretensión relacionado con el bien o bienes, o al derecho o derechos que constituyen el objeto del respectivo contrato” (La Transacción, solución alternativa de conflictos, Roberto Valdés Sánchez, Legis, 1997, Bogotá – Colombia, Página 199)

En conclusión de este Tribunal, analizado el “Acuerdo de Pago de Liquidación del Contrato” (sic), a este documento no se le puede dar el valor de transacción y mucho menos aceptar que produce efectos de cosa juzgada. Por tanto carece de habilitación el apoderado del Contratista para celebrar contrato de transacción y adolece de objeto a las luces del código civil y la jurisprudencia. Con él no se buscó transigir sobre ningún litigio, ni se dieron las concesiones recíprocas indispensables para el contrato que se pretende hacer valer.

Por lo anterior, esta excepción se considera NO PROBADA.

6.1.2. Invalidez del pacto arbitral.

A través de esta excepción insiste el apoderado de la CONVOCADA en indicar que del denominado Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato, al cual le da el calificativo de título de Transacción, quedó éste impregnado de mérito ejecutivo acordado entre

las partes, razón por la cual es esta vía la ejecutiva y no la arbitral la correcta procesalmente.

Considera el Tribunal, como ya lo ha venido expresando, que el documento denominado "Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato" no es un contrato de transacción, sino que es un mero acuerdo de pago de la liquidación del Contrato, y ratificación de cumplimiento futuro de la obligación no cumplida por la CONVOCADA respecto del inmueble, en el cual, tal como se dijo atrás, no se estableció o enmarcó un litigio o controversia que hubiera desaparecido, como tampoco el acuerdo de concesiones recíprocas entre las partes para darlos por terminado.

Por lo anterior, mal podría el Tribunal entender que si no existe transacción entre las partes, el hecho de que las mismas hubieran indicado que él prestaba mérito ejecutivo, podría deducirse per-se la invalidez de la Cláusula arbitral.

El Acuerdo citado, celebrado entre las partes el 12 de agosto de 2011, no derogó el Contrato que surgió con motivo de la oferta mercantil y del cual devienen las obligaciones, como tampoco abrogó la cláusula compromisoria. Por tanto, el citado Acuerdo no genera la imposibilidad de que el Tribunal de Arbitramento pueda pronunciarse sobre la obligación incumplida, reclamada por la CONVOCANTE por la omisión en la enajenación del Apartamento 606 B del edificio Lomas de Menga, después de celebrado el Acuerdo y que fue reclamado por la CONVOCANTE.

Las prestaciones a las que llegaron las partes en el citado Acuerdo de 12 de agosto de 2011, vuelve a repetir este Tribunal, solamente se refirieron al pago de cantidades de dinero que ofreció pagar la sociedad CONVOCADA a la CONVOCANTE, la suspensión de cualquier acción legal judicial o extrajudicial en su contra, la firmeza de la cantidad de dinero adeuda sin posibilidad de cobro de intereses de mora, así como la enajenación a la CONVOCANTE del citado inmueble tantas veces referido en plazo de veinte días hábiles a partir de la suscripción del mencionado Acuerdo.

Imprimirle mérito ejecutivo al citado Acuerdo no significa la renuncia a la cláusula compromisoria ni comporta la derogatoria del Contrato que surgió de la oferta mercantil. Algunas de las obligaciones del citado Acuerdo prestan mérito ejecutivo con

independencia de que las partes le hubieran dado o no tal carácter. Deberá igualmente afirmarse que si algunas prestaciones de un contrato prestan mérito ejecutivo no se deslegitima por tal virtud la cláusula compromisoria.

Entonces, para este Tribunal, el Acuerdo de la Liquidación al que nos hemos venido refiriendo, se trata de una convención subordinada o dependiente del Contrato celebrado mediante la Oferta que no la ha derogado o dejado sin efecto alguno, como tampoco derogó la cláusula compromisoria que de por sí es autónoma del Contrato principal. Este Acuerdo, claro que presta mérito ejecutivo, pero sobre la suma de \$93.750.568.00, que pactaron entre las partes, luego de la liquidación del contrato.

Adicionalmente, no hay que olvidar que la Cláusula Compromisoria o el Contrato de Arbitramento son autónomos, que surgen por voluntad entre las partes cuando lo insertan en otro contrato, pero su autonomía, validez y exigibilidad, no puede ser desconocida por las partes sino hasta el momento en que las partes le desestimen de manera conjunta el valor que le dieron al momento de ser convenido.

Al respecto, Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa, (El Contrato de Arbitraje. Legis Editores S.A.; 2005; Bogotá D.C. – Colombia; expresan lo siguiente:

“El principio de la autonomía del pacto arbitral se encuentra consagrado por diversas disposiciones que regulan el arbitraje a nivel nacional e internacional; igualmente, ha sido admitido de tiempo atrás por la jurisprudencia de diversos países, como también aplicado por los tribunales arbitrales.

En su fórmula tradicional este principio implica que el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal al cual se refiere el litigio, por lo cual el pacto arbitral no se ve afectado por los hechos que determinan la extinción e invalidez o suspenden la eficacia del contrato. De otra parte, este principio también puede conducir a que el pacto arbitral se encuentre sujeto a una ley distinta a la que regula el contrato principal e incluso, en la posición de la jurisprudencia francesa puede no encontrarse sujeto a una ley determinada. (Página 79)

(En el arbitraje internacional) Por ejemplo los reglamentos de arbitraje lo establecen. Es el caso del reglamento arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París que dispone en el párrafo 4 del numeral 6.

“Salvo estipulación en contrario, y siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones”. (Página 80)

Por otra parte, diversas legislaciones consagran el mismo principio. Ello ocurre, por ejemplo, con las que siguen la ley modelo de Uncitral, que lo establece en el artículo 16 al disponer:

*Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará **ipso jure** la nulidad de la cláusula compromisoria. (Página 80)*

La Ley 446 de 1998, que introdujo un artículo nuevo en el Decreto Ley 2279 de 1989, el cual actualmente se encuentra incorporado en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998.

Dicho precepto dispone:

PAR- La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. (Página 82)

Esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, expresando, entre otras razones, que la cláusula compromisoria debía seguir la suerte del contrato del cual forma parte.

En sentencia C-248-99 la Corte consideró que la norma era constitucional, para lo cual expresó que el legislador podía variar el entendimiento general acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria, por lo cual “ésta ya no tendría carácter accesorio” agregó que de este modo el laudo mantiene validez aun cuando el tribunal declare la nulidad o inexistencia del contrato. Expresa la Corte que con el principio se busca evitar dilaciones en la resolución de los conflictos. (Página 82).

El primero (principio de autonomía) hace referencia al hecho de que el pacto arbitral es distinto al contrato en el cual se incluye, y por ello, que el contrato esté viciado o sea nulo no determina que el pacto arbitral deba seguir igual suerte. La arbitrabilidad se refiere a la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia.” (Página 84).

De otra parte, resulta oportuno y necesario referirse a la manifestación hecha por el apoderado de la CONVOCADA, cuando resalta que dentro de la Cláusula Compromisoria, se considera de manera expresa que antes de iniciarse un arbitramento, se debe acudir a un amigable componedor y, así las cosas, según lo afirmado por la Convocada, el Tribunal de Arbitramento superó esa obligación sin haberla acatado de manera oportuna.

En la visual que hoy tiene este Tribunal se puede determinar que este acuerdo de liquidación superó el obstáculo o la intención que se propusieron oferente y aceptante en la Oferta Mercantil, como es la de tener un amigable componedor que los ayudara a encontrar salidas ante las dificultades que se pudieran presentar, y, fue eso lo que lograron las partes, no una transacción desde lo jurídico sino, un acuerdo comercial liquidatorio de las obligaciones pendientes. Tan es así que la Convocada se obligó a hacer la escrituración del apartamento dentro de un plazo prudente, el cual fue incumplido y conllevó a que la parte CONVOCANTE, considerara que ya era el momento de iniciar el proceso arbitral dentro de los términos pactados.

Es necesario manifestar que la cláusula compromisoria es independiente del contrato perfeccionado con la aceptación de la oferta mercantil o eventualmente de otros contratos que hubieran celebrado las partes, pero sin que pueda advertirse, en ninguno de ellos la derogatoria de la cláusula compromisoria. Por el contrario hoy se puede afirmar la vigencia de la citada cláusula que se encuentra en la disposición 11 de la Oferta mercantil de mayo de 2009.

Ya el Tribunal se había referido al tema de la amigable composición – Arts. 130 a 132 de la L. 446 de 1998, vigente a la celebración del Contrato³⁰, como condición anterior al

³⁰ Hoy arts. 59 y ss. L. 1563 de 2012.

arbitramento que pudiera ser limitante de la competencia del arbitraje, cuando decidió el recurso de reposición que interpuso la CONVOCADA en memorial de fecha 29 de abril de 2014 (obrante a folios 013 y siguientes del Cuaderno No. 3.) La figura de la amigable composición no condiciona la validez u operatividad del arbitramento por cuanto que esa figura no tiene la finalidad que tiene cualquier sentencia judicial, como tampoco los efectos de un laudo arbitral, con lo cual no resulta obligatoria su aplicación, tratándose de controversias eminentemente privadas, por su carácter contractual, con lo cual no podría constituirse en una excepción o condicionamiento al conocimiento judicial ordinario o arbitral, según el caso.

No se trata la amigable composición de un mecanismo forzoso de subrogación o derogatoria de la jurisdicción ordinaria, sino un mecanismo de origen estrictamente privado y contractual, que al igual que las “las cláusulas de estilo” que se acostumbra convenir en los contratos referidos al mecanismo de “arreglo directo” en los cuales las partes o al menos una de ellas puede hacer caso omiso de la amigable composición y acudir directamente al arbitramento como se ha realizado en el caso presente.

En conclusión, con el Acuerdo de pago liquidatorio, se superó el compromiso de la amigable composición, puesto que las partes al reunirse a liquidar el contrato y a pactar unas sumas dieron por superado este punto contractual. Al respecto, resulta oportuno resaltar que el Consejo de Estado, de tiempo atrás ya zanjó y dirimió el análisis que daban ínclitos juristas, relativos a considerar que al no haber escalado inicialmente obligaciones para la solución del conflicto, no era aplicable la cláusula compromisoria. Por el contrario este alto Tribunal ha ratificado la autonomía de la cláusula compromisoria y, la inoperancia y dificultad de que cualquier otro mecanismo contractual impida que se administre justicia, puesto que, aceptarlo daría a dilaciones que pudieran llegar a ser peligrosas para la estabilidad del contrato mismo y de acceso a la justicia como puede ser la caducidad de la acción.

En tal sentido, se pronunció el Consejo de Estado, en sentencia 35288 de junio 10 de 2009, con ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio:

“ii) La estipulación de requisitos previos de arreglo directo para acudir al arbitramento.

Si bien el arbitraje, como mecanismo de heterocomposición de conflictos, nace del ejercicio de la voluntad de las partes, el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción, en tanto función pública constitucional (iudicare munus publicum est- Paulo).

De ahí que las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituye un requisito previo para poder acceder a la administración de justicia (art. 229 C.N., art. 2º de la L. 270/96 LEAJ), en tanto ello supondría privar —o al menos— limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público exige para su configuración y regulación la intervención del legislador (reserva de ley). No debe olvidarse que, por mandato constitucional (inc. 4º del art. 116 superior), los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la ley.

“Si la jurisdicción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, estas últimas no pueden por acuerdo negocial modificar las reglas procesales y establecer condiciones previas como condición sine qua non para poder acudir ante la justicia, sea esta institucional o arbitral.

“Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento. La Sala reitera, entonces, que:

*“Sobre el contenido de esta parte inicial del pacto arbitral, en el cual, las partes convinieron que antes de acudir al tribunal de arbitramento intentarían solucionar el conflicto mediante arreglo directo, resulta pertinente precisar que tales estipulaciones, fijadas como requisito previo a la convocatoria del tribunal de arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral; en otras palabras y sin perjuicio de que las partes puedan acordar, de manera válida y lícita, la realización de diversas actuaciones encaminadas a solucionar directamente las diferencias que surjan entre ellas o el transcurso de unos plazos determinados, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que **las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa**, máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil.*

“Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna puede tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

“La imposibilidad en que se encuentran las partes para convenir requisitos de procedibilidad que obligatoriamente debieren agotarse antes de ejercer las acciones correspondientes ante el respectivo juez arbitral —cuestión que incluye la convocatoria misma del correspondiente tribunal—, encuentra reafirmación clara en el hecho evidente de que a las partes no les es dado negociar la suspensión o la interrupción del término de caducidad consagrado en la ley para determinadas acciones judiciales; nótese que si las partes pudieren convenir o acordar determinados requisitos de procedibilidad, con efectos vinculantes para el juez arbitral, como por ejemplo definir el transcurso de un tiempo mínimo o el agotamiento de ciertas formas de solución alternativa de conflictos como la conciliación, antes de que puedan presentar su correspondiente demanda o convocatoria, naturalmente deberían poder acordar también que mientras se agotan esos requisitos no transcurrirá el término de caducidad de la acción o que el mismo se tendría por suspendido, materia sobre la cual, se insiste en ello, en modo alguno pueden disponer convencionalmente las partes”.

“(…) Pero es más, incluso si las partes hubieren convenido de manera obligatoria la necesidad de agotar previamente una determinada etapa de arreglo directo o el transcurso de un plazo antes de que alguna de ellas pudiese proceder a formular la correspondiente demanda (convocatoria), en ese evento, como ya se indicó, esa exigencia no podría generar efectos procesales para los árbitros, puesto que ello no sería más que la consignación de un requisito o presupuesto de procedibilidad no previsto en las normas procesales, para cuyo efecto no se encuentran facultadas las partes, requisito que además de alterar indebidamente el referido ordenamiento procesal, constituiría un obstáculo inadmisibles para que cada parte pudiese ejercer su correspondiente derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 constitucional”

“En tal virtud los trámites pactados por las partes como requisito previo para acudir al tribunal de arbitramento no pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni pueden afectar la validez de sus decisiones, toda vez que ello entrañaría una vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 superior. Además, tales estipulaciones no pueden generar efectos procesales para los árbitros, ante quienes una de las partes acude en la búsqueda de la solución de una controversia, por cuanto la autonomía privada encuentra sus precisos límites en la Constitución y en la ley que garantizan el ejercicio y goce de dicho derecho.

“En este sentido, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que “el derecho a acceder a la justicia es fundamental, pues forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, comoquiera que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso...”; y, por ello, agrega que “resulta inadmisibles y, por consiguiente, contrario al derecho público abstracto que tiene toda persona de acceder a la justicia, en los términos del artículo 229 y en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, es que a través de ordenamientos o pactos entre particulares se pretenda restringir aquél en forma definitiva, bien negando en absoluto la posibilidad de acudir a la jurisdicción, o estableciendo sanciones de extrema gravedad...”.

“Por manera que ese derecho constitucional fundamental de acceder a la justicia, ante los jueces institucionales o ante los árbitros, no es susceptible de limitación o restricción mediante simples estipulaciones negociales acordadas por las partes del contrato, habida consideración de que “los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Siendo ilícito su objeto, no son válidas las cláusulas contractuales que contrarían normas imperativas de la ley y, por supuesto, de la Constitución”.

“Dicho de otra forma, los acuerdos entre particulares que constituyan un obstáculo o restricción que tengan por efecto limitar y comprometer irracional y sustancialmente el derecho fundamental de acceso a la justicia son contrarios a la Constitución Política y a la ley. No es tampoco admisible que las partes estén indefectiblemente obligadas a negociar, cuando existe el convencimiento de la imposibilidad de las mismas para resolver directamente el conflicto y en el entre tanto corre en contra de sus intereses un plazo legal para el ejercicio oportuno de una acción y, por ende, hay riesgo de que opere el fenómeno jurídico de caducidad.

“Para la Sala —contrario a lo aducido por el recurrente— la negativa, pretermisión o falta de agotamiento de las etapas previas de arreglo directo, no son óbice para acudir a la justicia arbitral, ni constituyen “condiciones de eficacia, propias de las obligaciones condicionales para que surja el derecho de una de las partes a acudir a un tribunal de arbitramento”, dado que dichos trámites previos son renunciables en forma unilateral por las partes, en ejercicio del poder dispositivo de sus intereses, propio de los intervinientes en un mecanismo de autocomposición de conflictos.

“Otra interpretación implicaría que la dilación y el estado de incertidumbre en la resolución de una controversia quedaría a merced del cocontratante quien sustrayéndose del pacto arbitral se podría negar estratégicamente a agotar o demorar el procedimiento de solución directa para impedir el acceso al mecanismo

heterocompositivo de resolución de conflictos arbitral y, por lo mismo, se patrocinaría una barrera injustificada para la efectividad del derecho de acceso a la justicia del otro, con violación a este derecho fundamental y de las normas constitucionales y legales que lo amparan.

Por ello, la Sala comparte el criterio expuesto por el Ministerio Público, cuando afirmó en su intervención:

“(...) aún en el evento en que los aspectos cuestionados por la recurrente no hubieran sido objeto del comité coordinador y comité de presidentes, es indiscutible que las partes no pueden modificar, por su voluntad, la normativa procesal de acceso a la administración de justicia, imponiendo como requisitos de procedibilidad, instancias obligatorias no previstas en la ley, pues ello podría llevar a que si no se cumplen o se dilatan en el tiempo tales trámites, las partes se vieran imposibilitadas a demandar ante el tribunal arbitral por caducidad de la acción”.

“En ese orden de ideas, la cláusula vigésima séptima del contrato a riesgo compartido para la administración y gestión de teléfonos públicos, que fija los trámites previos antes descritos, debe ser interpretada conforme a la Constitución en el sentido que no impida iniciar el trámite del arbitramento para dirimir el conflicto que se suscite con ocasión de la interpretación y cumplimiento del Convenio 023 de 1996 o de cualquiera de sus cláusulas, negocio jurídico en el cual se pactó con efectos vinculantes para las partes la cláusula compromisoria, toda vez que lo allí previsto no constituyen requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, ni mucho menos un vicio constitutivo de falta de jurisdicción”.

Por lo anterior, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.1.3. Falta de competencia del tribunal integrado para conocer de la causa en discusión.

A las luces de las consideraciones del apoderado de la parte CONVOCADA, éste insiste, que el denominado “Acuerdo de pago liquidación final del contrato” es un contrato de transacción, soportándolo en la manifestación que la oferta mercantil que dio origen al proceso queda sin valor alguno; que en el mencionado acuerdo de pago se pactaron concesiones recíprocas y que adicionalmente el documento prestaba mérito ejecutivo. Al respecto el Tribunal necesariamente, dentro del mismo hilo conductor que ha fijado deberá insistir en que el tantas veces nombrado “Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato” no fue más que eso, el Acuerdo de la liquidación de las cuentas relativas a la

construcción de las instalaciones hidráulicas y red contra incendio del Hotel Spiwak Chipichape en la ciudad de Cali y que como consecuencia de el se pactó el pago a plazos de una suma dineraria, se le impregnó la posibilidad de cobrar intereses siempre que se incumpliera con los plazos en su pago y se convino el otorgamiento de la escritura pública para enajenación del inmueble. Con todo y eso este Acuerdo no tiene profundidad mayor de aquel que se le quiere artificialmente otorgar puesto que, como tantas veces se ha manifestado, a ese acuerdo de pago no se le puede dar la fuerza de un contrato de transacción, por carecer de las formalidades y elementos esenciales del contrato mismo. Es más, como ya se explicó y lo ha manifestado la doctrina es usual que de manera infundada en algunos documentos se abuse del término “transacción” y se incluya como “cláusula de estilo” para evitar reclamos futuros, procurando que ciertos documentos se tornen en inexpugnables, pretendiendo que puedan ser considerados como “cosa juzgada” a la luz de nuestra legislación civil, tal como se expresó atrás.

Lo anterior, soportado en las palabras del Dr. Valdés, cuando expresa en su libro *La Transacción, solución alternativa de conflictos*, lo siguiente:

“El contrato de transacción requiere ser celebrado no sólo por personas legamente capaces, sino concretamente por personas dotadas de la capacidad para disponer de los objetos comprendidos en el respectivo contrato de acuerdo con mandato expreso del artículo 2470 del Código civil, disposición especial comprendida dentro del régimen propio a este contrato. (La Transacción, solución alternativa de conflictos, Roberto Valdés Sánchez, Legis, 1997, Bogotá – Colombia. Pg173)

Se encuentra afectado de nulidad absoluta el contrato de transacción tanto por falta de objeto, es decir, cuando no exista controversia a transigir entre las partes que lo celebran o cuando a través del mismo no se transigen las diferencias sobre las cuales recae el mismo. (La Transacción, solución alternativa de conflictos, Roberto Valdés Sanchez, Legis, 1997, Bogotá – Colombia. Pg. 174)

Por lo anterior, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.1.4. Indebida convocatoria del tribunal de arbitramento.

La parte CONVOCADA, presenta esta excepción argumentando que, el “Acuerdo de pago liquidación final del contrato”, a título de transacción, cambió la voluntad de manera expresa y sin equívocos que se había plasmado en la Oferta Mercantil inicial, en tanto que le impregnó al mencionado acuerdo mérito ejecutivo como parte de las “concepciones recíprocas” (SIC) realizadas por las mismas partes y como esencia del rigor de lo que es una transacción. Considera el excepcionante que el arbitramento, en tales circunstancias, solamente pudo haber sido válido si las dos partes, CONVOCANTE y CONVOCADA, de común acuerdo hubieran recurrido al arbitramento.

Es menester para el Tribunal insistir una vez más que en que el mencionado Acuerdo no es un contrato de transacción, en principio porque no reúne los elementos que la doctrina y la ley ameritan para que un contrato de transacción exista, como es, i) la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, ii) la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa en otra relación cierta y firme, y iii) la eliminación convencional de incertidumbre, mediante concesiones recíprocas.

Nuevamente el Tribunal indica que lo que se logró y se buscó en el Acuerdo al que se le ha pretendido dar fuerza de contrato de transacción, fue la liquidación de unas obligaciones relativas a la terminación de un contrato de obra y suministro y que por ninguna parte se indica cuál es la litis que concitó a los contratantes y mucho menos que ellos desactivaron o desestimaron de manera expresa y concluyente la cláusula compromisoria contenida dentro de la Oferta Mercantil. Adicionalmente, como ya se ha expresado varias veces, quién actuó en Representación de Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias WC Ltda., para la firma del “Acuerdo de pago liquidación final del contrato” lo hizo sin poder conferido para transigir.

Por lo anterior, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.1.5. Excepción de cosa juzgada como efecto de un acuerdo de transacción.

Argumenta el apoderado de la parte CONVOCADA que *“la cosa juzgada es una institución jurídica procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia o en algunas otras providencias, el carácter de inmutables vinculantes y definitivas”* y que *“los citados efectos se conciben por disposición expresa del*

ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica como principio determinante del derecho”. De la misma forma indica que “se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionario judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto y como función positiva dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico”

Manifiesta igualmente que “la fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la Litis como parte o intervinientes dentro del proceso, produce efectos interpartes. No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a ciertas decisiones efectos erga omnes, es decir el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad, circunstancia que se establece en materia legal y constitucional”.

No teniendo entonces el carácter de transacción el Acuerdo de Pago Liquidación Final del Contrato que fue suscrito por las partes el 12 de agosto de 2011, no encuentra el Tribunal que de él se desprendan decisiones de cosa juzgada a título de transacción por las consideraciones anteriores, razón potísima para decidir reconocer como no probada esta excepción.

Estas consideraciones en tanto que es principio soporte de toda sociedad el reconocimiento de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica es la seguridad en el derecho mismo, es decir no como algo que el derecho debe hacer, sino como algo que el derecho, tal y como es, hace su función normal. Por seguridad jurídica se ha de entender la seguridad del propio derecho, es decir, del contenido y la existencia de las disposiciones por medio de las cuales actúa la fuerza del derecho dentro de los principios de previsibilidad, verificabilidad, notoriedad, compactabilidad, certeza, plenitud y claridad. La seguridad jurídica surge con el estado de derecho ya que únicamente en el estado de derecho, donde existe un sistema de legitimidad y legitimación, basado en una constitución política democrática, puede concebirse ésta, porque así habrá un Estado que, no sólo sea el creador y garante, sino también sujeto vinculado; sin ella no se podría ni esperar, ni facilitar la inversión extranjera ni mucho menos la inversión nacional puesto que todo aquél que invierte dineros en un negocio necesariamente debe tener la tranquilidad de conocer y saber cuáles son las reglas que le atañen a él y a los que lo precedan en el futuro, es por ello, que mientras exista

seguridad jurídica los países que marcan la vanguardia a nivel mundial seguirán en esas posiciones pues todo el que llegue a hacer una inversión o a desarrollar una actividad sabrá cuales son las reglas de entrada y cuáles son las de salida, sabrá de antemano cual es el tratamiento que habrá de recibir en determinadas circunstancias.

En este orden de ideas no puede admitir este Tribunal que el denominado “Acuerdo de pago liquidación final del contrato” que le ha endilgado el Convocado el calificativo de “transacción”, sea un documento que daba por terminado el contrato que devino de la oferta comercial de 2009 y es que justamente es de la Oferta Comercial, que surge la certeza que hoy nos convoca a este Tribunal de Arbitramento, puesto que, en él se acordó la cláusula compromisoria en la décima primera, que las partes denominaron “Arbitramento”. Y así como fue expresa la inclusión del arbitramento en la susodicha oferta comercial, siempre que fuera intención de las partes dejarla sin efecto, han debido los contratantes decirlo o indicarlo de manera expresa en el mencionado “Acuerdo de pago liquidación final del contrato”. Pero no sólo eso, durante el desarrollo del análisis de este documento se ha concluido que éste carece de los elementos indispensables para que sea tenido como un contrato de transacción, y, que sería precisamente contrario a la seguridad jurídica que se reconociera a tal documento liquidatorio de unas obligaciones, parciales por demás, la fuerza que ante la ley tiene la cosa juzgada.

Es claro pues, que a pesar de que de manera reiterada se repita, se manifieste por el apoderado de la Convocada que el mencionado “*Acuerdo de pago liquidación final del contrato*”, estaba suscrito a título de transacción, este Tribunal tendrá que seguir manifestando una y otra vez, en las oportunidades en que deba pronunciarse sobre las excepciones de la CONVOCADA, que no puede ser distinta la conclusión en relación con que el citado Acuerdo de pago no entraña un contrato de transacción y no genera los carísimos efectos que dicho contrato conlleva y que durante tantos años ha analizado nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

Por lo anterior, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.1.6. Inexistencia de abuso del derecho de parte de la sociedad hotel SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

Hecho el análisis de los planteamientos tanto del CONVOCANTE como de la CONVOCADA, así como de las pruebas recolectadas relativas a los hechos de la contienda, se ha concluido que efectivamente se incumplió la obligación por parte de la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. al no efectuar la escrituración y tradición a la Convocante del apartamento 606 B del edificio Lomas de Mega, el cual hacía parte de la Oferta Mercantil en lo relativo a la forma de pago del precio; que igualmente estuvo la CONVOCANTE en posesión, uso, goce y disfrute del inmueble, sin que mediara ninguna manifestación de inconformidad por el recibo del apartamento mismo como parte de pago, habiendo esperado hasta esta instancia para demandar mediante la forma pactada en la Oferta vigente, es decir haciendo uso de la cláusula compromisoria.

Visto lo anterior y conocido que no probó el CONVOCANTE abuso del derecho, pero si demostró el incumplimiento con respecto a la negociación, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.1.7. Aparente simulación del acto jurídico de promesa de compraventa celebrado con eventual interés de defraudar.

El Tribunal se ha percatado de la existencia de un contrato de promesa de compraventa presentado como prueba por la Convocante, suscrito entre el Sr. William Castellanos Figueroa, actuando en nombre y representación de la sociedad INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS WC LTDA., en su calidad de prometiende vendedor y la señora SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR, en su carácter de prometiende compradora, contrato de promesa celebrado de conformidad con los requisitos legales, contenidos en el artículo 1611 del Código Civil, como son que conste por escrito, que concurren los elementos de existencia y validez de los contratos, que contenga plazo o condición determinada para celebrar el contrato prometido, que se determine el contrato por celebrarse; que conste en documento escrito, y adicionalmente, por tratarse de un bien inmueble, que se fije la notaría, fecha y hora para otorgar el respectivo instrumento, se fije el inmueble por traditarse por sus linderos, localización y número de matrícula.

Cosa diferente es que rendido el dictamen por parte del perito contable, éste indicó que no existía de dicha negociación registro alguno en los libros de la sociedad INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS WC LTDA., como tampoco ningún registro de pago derivado de la misma, lo cual llevó al Tribunal a acoger dicho experticio y a negar la producción de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de tal promesa de compraventa, tal como quedó consignado atrás, pero sin que el Tribunal advierta que dicho negocio pueda tener el carácter de simulación con “eventual interés de defraudar”.

Por lo anterior, esta excepción, se considera NO PROBADA.

6.2. DE LAS EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS

6.2.1. Principio de autorresponsabilidad y teoría de los actos propios.

Nuevamente insiste el convocado en darle validez al documento contentivo del “Acuerdo de pago liquidación final del contrato” como al de un convenio de transacción, recabando en este caso en la autorresponsabilidad que le incumbe a cada parte sobre los negocios que suscribe o en los que participa manifestando “que en las relaciones negociales impera el principio de la autorresponsabilidad según el cual corresponde a cada parte comprender cabalmente el alcance de las declaraciones que emite y las obligaciones que contrae, acudiendo de ser el caso a consultores o asesores, pues una vez realizado el acto vinculante debe atenerse a las consecuencias del mismo, máxime si es un acto entre comerciantes”. No le falta razón al apoderado del convocado cuando emite este concepto, pero en su análisis el Tribunal ha encontrado, como lo ha manifestado recurrentemente frente a las excepciones formuladas por la CONVOCADA: (“1. existencia de un acuerdo de transacción entre las partes que produce efectos de cosa juzgada, 2. Invalidez del pacto arbitral, 3. Falta de competencia del Tribunal integrado para conocer de la causa en discusión, 4. Indebida convocatoria del Tribunal de Arbitramento y, 5. Excepción de cosa juzgada como efecto de un acuerdo de transacción”), que no se le puede dar validez de contrato de transacción al mencionado acuerdo de pago, en tanto que no reúne las características que ni legal, ni jurisprudencial ni doctrinariamente se han vinculado al contrato reglado por el artículo 2469 de nuestra legislación civil.

Por lo anterior, esta excepción se considera como NO PROBADA.

6.2.2. Cumplimiento de La Oferta Mercantil De Parte De La Sociedad Hotel SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

El apoderado de la parte CONVOCADA ataca las manifestaciones de Instalaciones Hidráulicas y Sanitarias W.C. Ltda., calificando como desproporcionadas las pretensiones de la demanda y afirma el cumplimiento de la oferta mercantil; pero a renglón seguido reconoce y ratifica que no se dio cumplimiento a la escrituración del apartamento 606 B del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali, ubicado en la avenida 9 norte número 66-34, apartamento que fue entregado según él desde el día 3 de julio del año 2009, pero que hasta la fecha no se ha efectuado la tradición por ser carga inherente al convocado. Igualmente hace referencia al argumento esbozado por la parte CONVOCANTE en relación con el abuso de la posición dominante, tema que ya se trató en el desarrollo y análisis de estas excepciones en el punto 6.1.6. denominado “inexistencia de abuso del derecho de parte de la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.”, en las cuales se indicó que el abuso del derecho como se plantea a las voces del artículo 830 del Código de Comercio no fue probado, pero que, como ya se manifestó en este acápite, se probó durante el desarrollo del proceso el incumplimiento por parte de la CONVOCADA al no haber efectuado la escrituración y tradición del inmueble tantas veces citado.

Por lo anterior, esta excepción se considera como NO PROBADA.

7. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

El Tribunal ha estudiado y analizado uno a uno, los testimonios y las pruebas presentadas dentro del trámite del proceso, inclusive accediendo a decretar un peritazgo que permitió llegar a conclusiones contundentes a los árbitros, relativas estas, a la falta de inscripción y registro en los libros de comercio de los negocios enunciados en el trámite procesal por parte de la Convocante. De la misma forma se analizaron todas las peticiones de condena presentadas por la parte CONVOCANTE y las defensas planteadas por la CONVOCADA, sopesando dentro de la sana crítica todos los documentos y demás pruebas que estuvieron a su disposición sin que pudiera llegar el

Tribunal a la conclusión de sancionar al CONVOCANTE por los parámetros relativos en nuestra legislación procesal civil atinente al Juramento Estimatorio, tal como reza el artículo 206 del Código General del Proceso.

El Tribunal habrá de acceder a algunas de las pretensiones de la demanda, lo que conlleva a concluir que en algunos eventos éstas tuvieron fundamento.

8. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El artículo 392, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Si bien para el Tribunal no todas las pretensiones de la demanda están llamadas a tener prosperidad, encuentra que las excepciones de mérito propuestas por la entidad CONVOCADA no resultaron probadas. Así las cosas, encuentra mérito para imponer a HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. la obligación de pagar el treinta por ciento 30% de las costas y gastos del proceso arbitral, al igual que agencias en derecho que se fijan en la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000.00)

9. DECISIÓN

Consecuencia de lo expuesto, este tribunal de arbitramento encargado de dirimir las diferencias surgidas entre **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.**, representada por WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA y la sociedad **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, representada por ANGEL SPIWAK KNORPEL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, por participación accidental en la función jurisdiccional en virtud de la cláusula arbitral y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que no prosperan las tachas de sospechas de los testimonios rendidos por los señores DIOGENES EUSEBIO RANGEL, HUGO EDUARDO JIMENEZ,

FABIO JOSE MELO, OSCAR JAVIER JIMENEZ SOLER, MARGOTH DEL CASTILLO y SONIA CRISTINA GRISALES.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

TERCERO: Declarar que entre la sociedad **INSTALACIONES HIDRÁULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA.**, representada por WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA y la sociedad **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, representada por ANGEL SPIWAK KNORPEL, se celebró contrato que tuvo por objeto la Construcción de las Instalaciones Hidrosanitarias y Red Contra Incendio “Alternativa Cobre” Para El Hotel Spiwak Chipichape de la ciudad de Cali, bajo la modalidad de precio unitario fijo sin lugar a reajuste, negocio jurídico derivado de la Oferta Mercantil aceptada mediante orden de compra de fecha 13 de mayo de 2009, por la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

CUARTO: Declarar que INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. cumplió el contrato derivado de la oferta mercantil de mayo de 2009, que tuvo por objeto la construcción de las instalaciones hidrosanitarias y red contra incendio “alternativa cobre” para el Hotel Spiwak Chipichape de la ciudad de Cali.

QUINTO: Declarar que HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. incumplió el contrato derivado de la oferta mercantil de mayo de 2009, contrato que tuvo por objeto la construcción de las instalaciones hidrosanitarias y red contra incendio “alternativa cobre” para el Hotel Spiwak Chipichape de la ciudad de Cali, en razón de que omitió enajenar a INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., el derecho de propiedad sobre el inmueble apartamento 606 de la Torre B del Edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali, ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34, identificado con Matricula Inmobiliaria número 370-775992.

SEXTO: Condenar a HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. a pagar a INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA. a título de indemnización de perjuicios, por daño emergente la cantidad de TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$335.187.726.00) que será pagada dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo.

SÉPTIMO: No acceder a las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Ordenar a INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA., la restitución a HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. del apartamento 606 de la Torre B del Edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali, ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34, identificado con Matricula Inmobiliaria número 370-775992, Código Catastral 76001010002160014000990001, cuyos linderos se encuentran contenidos en la Escritura Pública 2681 del 14 mayo de 2007 de la Notaría Séptima del Circulo de Cali; dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

NOVENO: Condenar a **HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.**, pagar a INSTALACIONES HIDRAULICAS Y SANITARIAS W.C. LTDA el treinta por ciento (30%) de las costas y gastos del proceso arbitral en cantidad de VEINTICINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS M/CTE (\$25.232.208.00) y agencias en derecho en la cantidad de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$15.000.000.00)

DÉCIMO: Ordenar el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal comercial permitida sobre las sumas correspondientes a las condenas aquí establecidas, desde el vencimiento del plazo concedido en este laudo y hasta la fecha en el cual ocurra efectivamente del pago.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar causado para los Árbitros y la Secretaria el saldo de honorarios una vez adquiera firmeza el presente laudo, o, llegado el caso, la providencia que resuelva sobre eventuales solicitudes de aclaración o complementación del mismo.

DÉCIMO SEGUNDO: Disponer que por la Presidencia del Tribunal se proceda a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las cantidades por remanentes a que haya lugar, una vez ejecutoriado el laudo.

DÉCIMO TERCERO: Disponer la inscripción de esta providencia en el Registro correspondiente y el archivo del expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

DÉCIMO CUARTO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.) con destino a cada una de las partes y una copia simple con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali una vez quede ejecutoriado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los árbitros

El Presidente,

FERNANDO RESTREPO VALLECILLA

FRANCISCO JOAQUIN CHAVES CAJIAO

JOSE FERNANDO JARAMILLO GUTIÉRREZ

MARIA FERNANDA CARDONA MEJIA
Secretaria del Tribunal.