

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE
COMPOSICIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE CALI
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO**

COINTELCO S.A.

Vs.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 3 de Diciembre de 2014

DPI C 244-2

C29-2

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT

5720 S. UNIVERSITY AVE.

CHICAGO, ILL. 60637

TEL: 773-936-3700

FAX: 773-936-3700

WWW.PHYSICS.UCHICAGO.EDU

51

51

Contenido

1 ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL	3
1.1 PARTES PROCESALES:	3
1.1.1 LA CONVOCANTE.....	3
1.1.2 LA CONVOCADA:.....	4
1.2 CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:	4
1.3 PACTO ARBITRAL:	4
1.3.1 CLAUSULA COMPROMISORIA.....	4
1.4 DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL:	4
2 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITES POSTERIORES	5
2.1 ACTUACIONES INICIALES	5
2.2 AUDIENCIA DE CONCILIACION	5
2.3 FIJACION DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL	6
2.4 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECRETO DE PRUEBAS	6
2.5 LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO	6
2.5.1 Documentales:.....	7
2.5.2 Testimonios:	7
2.5.3 Interrogatorios de parte:.....	7
2.5.4 Exhibición de documentos:	7
2.5.5 Oficios:.....	8
3 TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL	8
4 LA CONTROVERSIA	8
4.1 LA DEMANDA DE COINTELCO S.A.	8
4.1.1 Hechos de la demanda:	8
4.1.2 PRETENSIONES DE LA DEMANDA.....	11
4.2 CONTESTACIÓN DE HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.	14
4.2.1 Excepciones Subsidiarias	15
5 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	15
5.1 LA OFERTA Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE ESTA UNA VEZ MEDIA LA ACEPTACIÓN POR PARTE DEL DESTINATARIO.	15
5.2 DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL DESTINATARIO DE LA OFERTA, CONTRATANTE, HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE S.A.	21
5.3 DEL ABUSO DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. COMO PRESUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO	25
5.4 ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EN PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	29
5.5 PRUEBA DEL DAÑO.	32
5.6 "NEXO DE CAUSALIDAD	34

5.7	LA PRUEBA DEL NEXO CAUSAL.....	34
6	ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES.....	41
6.1	EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE TRANSACCION ENTRE LAS PARTES QUE PRODUCE EFECTO DE COSA JUZGADA.....	41
6.2	INVALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL.....	49
6.3	FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTEGRADO PARA CONOCER LA CAUSA EN DISCUSION.....	49
6.4	EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA COMO EFECTO DE UN ACUERDO DE TRANSACCIÓN.....	51
7	JURAMENTO ESTIMATORIO.....	52
8	DE LA TACHA DE SOSPECHA.....	53
9	COSTAS.....	55
10	DECISIÓN.....	55
	RESUELVE.....	55

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

COINTELCO S.A.

Vs.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 3 de Diciembre de 2014

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre COINTELCO S.A. en adelante "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 2.012 y, no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Tribunal a proferir el presente laudo arbitral, por medio del cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias.

1 ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

Solicita LA CONVOCANTE se declare que LA CONVOCADA incumplió la forma de pago prevista en la oferta mercantil presentada por COINTELCO S.A. y aceptada por HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., para la construcción de Instalaciones Eléctricas, lo que a juicio de la Convocante le causó los perjuicios reclamados.

1.1 PARTES PROCESALES:

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

1.1.1 LA CONVOCANTE

COINTELCO S.A. sociedad con domicilio principal en la ciudad de Bogotá constituida mediante escritura pública número 1655 del 9 de junio de 1999 de la Notaría Veinticinco de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 23 de junio de

1999 bajo el número 0685387 del Libro IX, Nit. 830059237-4, representada legalmente por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER.

1.1.2 LA CONVOCADA:

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. sociedad con domicilio principal en la ciudad de Cali-Valle, surgida de la fusión entre PROMOTORA HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. y PROMOTORA BRISAS DEL BOSQUE SOCIEDAD ANÓNIMA. Matrícula Mercantil No. 898890-4 del 27 de noviembre de 2006. Nit. 900120564-1. Representada legalmente por el señor ANGEL SPIWAK KNORPEL.

1.2 CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN:

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

Las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente.

1.3 PACTO ARBITRAL:

1.3.1 CLAUSULA COMPROMISORIA

En la condición DÉCIMA PRIMERA de la OFERTA MERCANTIL DE COINTELCO S.A. PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS DEL HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI se incorporó 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 la consideración de un profesional designado por las partes como Amigable Compondedor, en caso de que las partes no llegaren a un acuerdo en la 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."

Mediante Autos Nos. 09 y 10 del 19 de agosto de 2014, el Tribunal se pronunció sobre la cláusula compromisoria al resolver sobre su competencia.

1.4 DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL:

El 10 de marzo 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 14 de marzo de 2014, fueron seleccionados como árbitros los doctores LUIS MIGUEL MONTALVO PONTÓN, DIEGO DE JESUS SALDARRIAGA BARRAGÁN, LUIS ALFREDO BARRAGAN ARANGO¹, quienes aceptaron el nombramiento y cumplieron el deber legal de información establecido en la ley.

El 07 de mayo de 2014, tal como aparece en el Acta No. 01², se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designado como presidente el doctor Luis Miguel Montalvo Pontón y como secretaria la doctora María Fernanda Cardona Mejía. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaria, 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 al apoderado de LA CONVOCADA.

En audiencia celebrada el día 17 de junio 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 lo objetaran.

2 ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITES POSTERIORES

2.1 ACTUACIONES INICIALES

Mediante Auto No. 2 del 7 de mayo de 2014, el Tribunal inadmitió la demanda, la cual fue subsanada en audiencia, admitiéndose la misma mediante Auto No. 3 del 7 de mayo de 2014.

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.

2.2 AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 24 de junio de 2014 se llevó a cabo la audiencia de conciliación a la cual asistieron los representantes legales de las partes, conciliación que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio entre las partes.⁴

¹ Folios 013 y 014 de Cuaderno No. 2

² Folios 01 y siguientes Cuaderno No. 3

³ Folios 010 y siguientes del Cuaderno No. 3

⁴ Acta No. 3 Folios 015 y siguientes Cuaderno No. 3.

2.3 FIJACION DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL

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

Dentro de la oportunidad legal, el 9 de julio 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 y la Convocada procedió a reembolsar a la Convocante.⁶

2.4 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECRETO DE PRUEBAS

El día 19 de agosto 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

En el curso de la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretando algunas y negando otras como quedó consignado en el Auto No. 11 del 19 de agosto 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".

Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante Auto No. 15 dictado el día 22 de septiembre de 2014⁹, se fijó para el día 15 de octubre de 2014 la audiencia de Alegatos de Conclusión.

En audiencia realizada el día 15 de octubre de 2014, los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales aportando escritos de las mismas para su incorporación al expediente. Mediante Auto No. 17 del 15 de octubre de 2014 se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo, el día 18 de noviembre de 2014 a las 3:00 p.m. en la sede del Tribunal, no obstante lo anterior por auto No. 18 del 10 de Noviembre de 2014, la fecha para la lectura fue fijada para el 3 de diciembre de 2014 a las 9:00 a.m.

2.5 LAS PRUEBAS PRACTICADAS EN EL PROCESO

⁵ Acta No. 3 Folios 017 y siguientes Cuaderno No. 3

⁶ Acta No. 5 Folios 020 y ss. del Cuaderno No. 3

⁷ Acta No. 5 Folios 021 y ss. del Cuaderno No.3

⁸ Acta No. 5 Folios 026 y ss. del Cuaderno No. 3

⁹ Acta No. 9 folios 236 y siguiente del Cuaderno No. 3.2

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

2.5.1 Documentales:

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos a folios 45 al 99 del cuaderno No. 1; los documentos aportados en el escrito presentado al descorrer las excepciones de mérito a folios 25 al 033 al 69 del cuaderno No. 1 (Sección Oposición a las excepciones de fondo) y los aportados como pruebas documentales a folios 50 al 144 del cuaderno No. 1 (sección contestación demanda)

2.5.2 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
William Castellanos Figueroa	01/09/14	6	No. 3 (068-080)
Oscar Darío Sánchez Delgado	01/09/14	6	No. 3 (082-092)
Eric Francisco Jiménez Soler	01/09/14	6	No. 3 (094-105)
Diógenes Eusebio Silva Rangel	01/09/14	6	No. 3 (107- 119)
Oscar Javier Jiménez Soler	01/09/14	6	No. 3 (136-160)
Sonia Cristina Grisales Amador	02/09/14	7	No. 3.1. (164-176)
Fabio José Melo	02/09/14	7	No. 3.1. (180-188)

2.5.3 Interrogatorios de parte:

Interrogado	Fecha diligencia:	Acta No.	Cuaderno No. a folios
HUGO EDUARDO JIMÉNEZ SOLER- Representante Legal COINTELCO S.A.	02/09/14	7	No. 3.1. (190-203)

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.

2.5.4 Exhibición de documentos:

Se decretó y practicó la exhibición de documentos en poder de la parte Convocada. De esta exhibición da cuenta el Acta No. 7 del 02/09/14 y las copias de los documentos exhibidos obran a folios 245 y 455 del cuaderno No. 3.1.

De oficio se decretó y practicó la exhibición de documentos en poder de la Convocante, relacionados con la negociación surgida entre la señora Sonia Cristina Grisales y Cointelco S.A.. De esta exhibición da cuenta el Acta No. 7 del 02/09/14 y las copias de los documentos obran a folios Nos. 216 a228

Se decretó y practicó la exhibición de documentos en poder del interventor del contrato celebrado entre Cointelco S.A. y Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. De esta exhibición da cuenta el Acta No. 9 del 22 de septiembre de 2014 y las copias de los documentos exhibidos por el interventor obran a folios 461 al 629 del cuaderno No. 3.2.

2.5.5 Oficios:

Se ofició al revisor fiscal de Cointelco S.A. para que certificada el ingreso y egreso del dinero consecuencia del acto jurídico de promesa de compraventa celebrado entre Cointelco S.A. y la señora Sonia Cristina Grisales. De esta prueba da cuenta el Acta No. 7 del 2 de septiembre de 2014 y la copia del documento obran a folio 217 del Cuaderno No. 31

3 TÉRMINO DEL PROCESO ARBITRAL

Por cuanto las partes no fijaron término de duración del proceso, el mismo sería de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite que se surtió el día 19 de agosto de 2.014. Es decir el Tribunal se encuentra dentro de los términos de Ley para proferir el presente Laudo.

4 LA CONTROVERSIA

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

4.1 LA DEMANDA DE COINTELCO S.A.

4.1.1 Hechos de la demanda:

PRIMERO: El 13 de Mayo de 2009, se suscribió un contrato de Construcción de las Instalaciones Eléctricas y telefónicas 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 COINTELCO S.A., sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER 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 clienté 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 ELÉCTRICAS Y TELEFÓNICAS 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, PTO. 257/20082) Anexo 2. Análisis unitario y especificaciones. 3) Anexo 3 Memorias Sistema de Protección contra Rayos. 4) Anexo 4 Diseños Eléctricos, elaborados por la sociedad OFERENTE, los cuales se obliga a hacer aprobar por EMCALI, de manera previa al inicio de los trabajos. PARAGRAFO: 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 se han de ejecutar los trabajos de la Oferta Mercantil."* (Sic.).

TERCERO: El valor del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil se fijó en la suma de DOS MIL CIEN MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.100'000.000.00). 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 MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.050'000.000.00), pagaderos así: Canje sobre el apartamento 706 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 SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$260'000.000.00) 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 SETECIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$790'000.000.00) 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 MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.050'000.000.00) en nueve (9) cuotas mensuales, sucesivas iguales de OCHENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$80'000.000.00), a partir del 16 de Agosto de 2009 y una final de TRESCEINTOS TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$330'000.000.00) a la liquidación del contrato previa entrega por parte del OFERENTE de la póliza de estabilidad acordada en la cláusula novena de esta Oferta.*

QUINTO: El día 11 de Agosto de 2011 en la ciudad de Cali, entre la sociedad convocante COINTELCO S.A. 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 12 de Agosto 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 COINTELCO S.A., 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 TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$330'000.000.00). 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 SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$165'000.000.00) 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 COINTELCO S.A. 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 QUINIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$590'000.000.00), suma correspondiente al valor del capital del apartamento más la sanción de las arras.

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 ARBITRAMIENTO, la parte Convocada no ha dado respuesta formal como tampoco ha dado muestra de interés en solucionar definitivamente su incumplimiento.

4.1.2 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 (sic) de oportunidad, previas las declaraciones aquí solicitadas, sustento de la presente responsabilidad causa del ejercicio de esta acción.

4.1.2.1 Principales.

Primera: Que se declare que entre la sociedad COINTELCO S.A. 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 ELÉCTRICAS Y TELEFÓNICAS 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 COINTELCO S.A. NIT. 830.059.237-4 sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER 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 fe.

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 COINTELCO S.A. NIT. 830.059.237-4 sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER, al haber incumplido con la obligación de entregar el apartamento 706 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 COINTELCO S.A. NIT. 830.059.237-4 sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER, 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 COINTELCO S.A. NIT. 830.059.237-4 sociedad representada por el señor HUGO EDUARDO JIMENEZ SOLER, 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 706 del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$260'000.000.00), 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 706 del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$260'000.000.00), 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 706 del Edificio LOMAS DE MENGA de la ciudad de Cali ubicado en la Avenida 9 Norte No. 66-34 por valor de DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$2'600.000.00) 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 COINTELCO S.A. por la no comercialización del apartamento 706 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 TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$330'000.000.00), suma que tuvo que cancelar la sociedad convocante COINTELCO S.A. a la señora SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR por concepto de indemnización de perjuicios a causa de la frustrada negociación del apartamento 706 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 COINTELCO S.A. por causa del incumplimiento en el referido contrato señalado, en razón al INCUMPLIMIENTO EN LA ENTREGA Y TRADICIÓN DEL APARTAMENTO 706 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

4.1.2.2 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.

4.2 CONTESTACIÓN DE HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. contestó oportunamente¹⁰ la demanda, solicitando desestimar y denegar la totalidad de las pretensiones y planteó excepciones que tituló de la siguiente manera:

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. Indevida convocatoria del tribunal de arbitramento.
5. Excepción de cosa juzgada como efecto de un acuerdo de transacción.

¹⁰ Cuaderno No. 5.

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

4.2.1 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.”

5 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

PRESUPUESTOS PROCESALES: Agotado el trámite arbitral se procede al análisis de los denominados presupuestos procesales, que son los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídico procesal y que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, son: capacidad procesal, capacidad para ser parte, demanda en forma y competencia del juez, requisitos que se cumplen en el caso sub-examine, pues las partes del proceso son personas jurídicas debidamente representadas en este proceso por los representantes legales o quienes fungen tal calidad, como se comprobó con los respectivos certificados de existencia y representación aportados a la demanda y a su contestación; además han comparecido a través de apoderado judicial. 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 claramente consignado en el acta No. 06 de fecha 19 de Agosto de 2014 en la cual el Tribunal dejó consignado los fundamentos por los cuales éste es competente para dirimir la controversia planteada.

5.1 LA OFERTA Y EL CARÁCTER VINCULANTE DE ESTA UNA VEZ MEDIA LA ACEPTACIÓN POR PARTE DEL DESTINATARIO.

Del estudio del caso y del acervo probatorio, resultó plenamente acreditado que el negocio jurídico surgido entre COINTELCO S.A y HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE S.A. tuvo su origen en una oferta mercantil irrevocable dirigida por el contratista a la sociedad contratante y que esta última aceptó expresamente. Esta oferta aceptada tenía por objeto “La construcción de las instalaciones eléctricas y telefónicas para el hotel Spiwak Chipichape”

En efecto, COINTELCO S.A. remitió a la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPACHE S.A. el documento denominado "Oferta Mercantil de Cointelco S.A. para la construcción de instalaciones eléctricas del hotel Spiwak Chipichape Cali". La oferta antes referida fue aceptada en los términos de la misma, mediante la expedición de la ORDEN DE COMPRA fechada en Cali el día 12 de Mayo de 2009, dando origen al contrato en ella ofrecido, sin que ninguna de las partes hubieren discutido la existencia y validez del referido negocio jurídico.

El artículo 845 del Código de Comercio define la oferta en los siguientes términos:

"La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario."

Resulta probado que la oferta referida contenía los elementos esenciales del contrato o negocio jurídico ofrecido y que fue expresamente aceptada por la parte a la que se dirigió.

Sobre la oferta mercantil y su carácter vinculante ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, SENTENCIA DEL 4 DE ABRIL DE 2001, M.P. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES, EN EL PROCESO ORDINARIO ADELANTADO POR LA "SOCIEDAD CENCOIL LTDA", FRENTE A LA "SOCIEDAD CENCAR S.A.".

"No pueden confundirse la "oferta", esto es, el "proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra" (artículo 845 del Código de Comercio), que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario, con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación (...) desde luego que la oferta, una vez comunicada, no podrá ser revocada so pena de indemnizar los perjuicios que tal acto le cause al destinatario, amén que dará lugar al contrato una vez sea aceptada. En cambio, la simple invitación a negociar carece de este atributo (...) y en cuyo caso, recibida la propuesta, corresponde al invitante decidir sobre su aceptación".

En igual sentido y sobre el perfeccionamiento del negocio Jurídico ofrecido ha señalado la misma corporación lo siguiente en las siguientes providencias:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, SENTENCIA EL 26 DE FEBRERO DE 2010, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, EN EL PROCESO ORDINARIO ADELANTADO POR DEPÓSITOS ADUANEROS COLOMBIANOS S.A., DEPACOL S.A CONTRA LAS SOCIEDADES UNITED PARCEL SERVICE CO., SUCURSAL COLOMBIA, y THOMAS GREG EXPRESS S.A.

" (...) en la época presente el contrato no siempre se perfecciona por la confluencia simultánea de las manifestaciones de las partes interesadas en dar origen al correspondiente negocio jurídico, como parece haber sido el ideal de las primeras codificaciones, sino que, por el contrario, ordinariamente, el mismo es el resultado de un proceso, en ocasiones complejo y dispendioso, en el que aquellos que pretenden su perfeccionamiento, agotan una serie de pasos o etapas dirigidas a lograr, precisamente, el surgimiento del respectivo acto de disposición de intereses. La efectividad de dicho proceso -éter contractus-, superada la etapa preliminar de acercamientos no vinculantes en los que ha de prevalecer la corrección o lealtad en el comportamiento (art. 863 del C. de Co.), depende de la formulación que haga uno de los interesados al otro de una propuesta u oferta y, particularmente, de que el destinatario de la misma, la acepte en forma incondicional, pudiendo acontecer, como es frecuente, que antes de que ello ocurra, las partes efectúen sucesivos y recíprocos planteamientos negociales, los cuales, en la medida en que no traduzcan un consenso pleno o total de los intervinientes, no darán lugar al surgimiento del contrato, objetivo éste que sólo se obtendrá cuando, se reitera, frente a una oferta definitiva, la contraparte la acepte oportunamente y sin reparos.

Al respecto, el artículo 845 del Código de Comercio concibe la "oferta o propuesta" como "el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra", exige que contenga "los elementos esenciales" del respectivo acuerdo dispositivo, y dispone que la misma debe haber sido "comunicada al destinatario".

En tratándose de la oferta efectuada por escrito, el artículo 851 de la misma obra señala que ésta "deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia".

Del anterior precepto y de lo establecido en los artículos 846, 850 y 854 ejusdem, se desprende que, en tratándose de contratos meramente consensuales, en los que impera la libertad de forma, su perfeccionamiento requiere que la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada por éste, expresa o tácitamente, derivándose lo último, según voces del preindicado artículo 854, de la ocurrencia de "un hecho inequívoco de ejecución del contrato", comportamiento que "producirá los mismos efectos que la [aceptación] expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso"; y que, si se está en presencia de contratos en los que se exija una forma específica para su perfeccionamiento -solemnes o reales-, se deberán cumplir, además, las respectivas formalidades ad substantian actus o deberá haberse verificado la correspondiente entrega de bienes, en su caso (...)

En torno de dicha temática, la Sala tiene señalado que la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos -principales y accesorios-

del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Sólo en el evento de que la intención de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades (...)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, SENTENCIA DEL 8 DE MARZO DE 1995, M.P. PEDRO LAFONT PIANETTA, EN PROCESO ADELANTADO POR BAUDILIO FERNANDEZ SIERRA CONTRA CORPORACION FINANCIERA POPULAR S.A.

“Edificada la relación contractual en esta materia sobre la existencia de una propuesta emanada del oferente y aceptada por el destinatario, salvo estipulación en contrario, era natural que el legislador atendiera a lo que acaece en el período iter contractus, o sea la etapa que se inicia “cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos éstos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina ha denominado estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (artículo 845 del Código de Comercio.

¿Qué debe entenderse, dentro del sistema jurídico de la ley comercial por “oferta”? En este sentido ha encontrado la jurisprudencia que el acuerdo de voluntades que da origen a una relación contractual no ocurre o se concreta de un momento a otro, sino que es la culminación de un itinerario que comienza cuando “alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir

de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos éstos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina ha denominado estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a personas indeterminadas para su aceptación o rechazo (...) para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento.

Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de

contratar por quien la hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquélla o aquéllos quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento (...)

Si la oferta se acepta por el destinatario, y si el contrato a que ésta se refiere es de aquéllos que para su perfeccionamiento no requieren solemnidades, esto es meramente consensual, surge de inmediato a la vida jurídica. De no serlo por tratarse de uno sujeto a solemnidades, en tal caso su existencia "sólo se inicia desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección", conforme lo tiene por sentado la jurisprudencia desde antiguo, la que conserva todo su vigor. "De manera, pues, que si lo ofrecido y aceptado es la celebración futura de un contrato solemne, a la aceptación habrá de seguir o la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o, si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta".

Luego, debe concluir este Tribunal que la oferta aceptada dió origen a un contrato de obra, con obligaciones tanto para el contratista como para el contratante, obligaciones que quedaron claramente definidas y fueron debidamente aceptadas.

Siendo obligaciones a cargo del contratista oferente derivadas del contrato nacido de la aceptación de la oferta las siguientes:

"OCTAVA: OBLIGACIONES DEL OFERENTE. EL OFERENTE se obliga para con EL ACEPTANTE:

a.- Ejecutar la obra de acuerdo con los valores Unitarios y presupuesto que se encuentran contenidos en los anexos que forman parte integral de esta Oferta Mercantil y con el diseño según planos que hacen parte integral de este contrato. b.- A responder por los daños que él o sus dependientes ocasionen en la obra y del valor que el resarcimiento de aquellos tenga, pudiendo descontar este valor EL ACEPTANTE de las sumas que adeude AL OFERENTE. c.- A inscribir a todo el personal utilizado será afiliado al sistema de seguridad social integral (E.P.S., AR.P. y Fondo de Pensiones y Cesantías) y comprobar esta inscripción a los representantes de EL ACEPTANTE, Y así mismo se suministrará copia de los pagos de los aportes a la seguridad social y de los aportes parafiscales de los empleados que EL OFERENTE utilice para ejecutar esta Orden de Compra. d.- A obrar en un todo de acuerdo con los profesionales residentes y director de la obra y el representante de la Interventoría. e.- A no ceder parcial ni totalmente a otra persona o entidad los derechos sobre la presente oferta. f.- Advertir a sus empleados y trabajadores que es el único responsable de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de carácter social que les pueden

corresponder. g.- Una vez finalizados los trabajos EL OFERENTE entregará planos actualizados, record, impresos y en medio magnético y dossier de calidad. h.- Es obligación para el oferente, levantar un acta final conjuntamente con el aceptante, al momento de finalizar la obra con base en la cual se hará la liquidación total de ella. i. Mantener con carácter permanente durante el desarrollo de las obras un profesional quien será la persona encargada de la supervisión de las obras físicas. j. Presentar con cada Acta de Obra un cuadro de Inversión del anticipo. k. Mantener en todo momento la obra en condiciones de seguridad y salubridad y libre de toda acumulación de desperdicios o de escombros causados por el trabajo mismo. l. Asistir a los comités de Obra semanales en las oficinas de la Obra o a las reuniones que cite EL ACEPTANTE o la Interventoría. PARAGRAFO: TRABAJOS DEFICIENTES: EL ACEPTANTE podrá rechazar y no aceptar para pago, la totalidad o parte de los trabajos que no se hubieren entregado a satisfacción y EL OFERENTE deberá asumir el costo de los materiales que sean rechazados por EL ACEPTANTE por el incumplimiento de las especificaciones y el costo de las demoliciones que sean necesarias para lo cual se deben tener en cuenta los procedimientos acordados sobre control de calidad y garantías, de acuerdo con las disposiciones de la norma NSR-98, HTSH 006, RETIE y NTC 2050, y a todas aquellas que reducen en la buena calidad de los trabajos. EL OFERENTE será responsable de los errores cometidos, así como de los atrasos que se produzcan como consecuencia de ellos.”

Siendo las obligaciones a cargo del destinatario de la oferta y contratante las contenidas en la cláusula cuarta de la oferta que se refieren a la forma y pago de la obra contratada las que a continuación se transcriben:

“CUARTA: 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 MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.050.000.000), pagaderos así: Canje sobre el apartamento 706 del Edificio Lomas de Menga, ubicado en la Avenida 9 Norte No. (Sic) de la Ciudad de Cali, cuyo valor comercial aceptado por las partes es la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$260.000.000) el cual será entregado al OFERENTE por EL DESTINTARIO 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 SETECIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$790.000.000) los pagara EL DESTINTARIO al OFERENTE el día 16 del mes de Julio de Dos Mil Nueve 2009; el saldo del Contrato es decir la suma de MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.050.000.000) en Nueve (9) Cuotas mensuales, sucesivas iguales de OCHENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$80.000.000), a partir del 16 de Agosto de 2009 y una final de TRESCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$330.000.000) a la liquidación del Contrato previa entrega por parte del OFERENTE de la Póliza de Estabilidad acordada en

la Cláusula Novena de esta Oferta PARAGRAFO I: EL OFERENTE se compromete a presentar como requisito previo para el pago de las actas parciales de Obra el informe correspondiente a la inversión del anticipo debidamente soportado y aprobado por EL INTERVENTOR. PARAGRAFO II: EL OFERENTE acepta expresamente que en caso de que EL DESTINATARIO lo requiera permitirá que este efectúe las negociaciones y compra del material necesario para la ejecución de la Oferta con cargo al mismo; estos valores serán descontados a los precios unitarios que se encuentran en el Anexo No.1 que forma parte integral de esta oferta Mercantil. En todo caso la programación y administración de los materiales será por Cuenta y Riesgo del OFERENTE, quien, si se presenta la situación descrita en este Parágrafo, se compromete a presentar oportunamente al DESTINATARIO las requisiciones de materiales necesarias para el cumplimiento del Programa de Obra. PARAGRAFO III: EL OFERENTE acepta expresamente la forma de pago indicada en la presente Cláusula y declara que no solicitara durante el transcurso del presente acuerdo ninguna retribución adicional o cambio en las condiciones de pago pactadas. PARAGRAFO IV: EL OFERENTE acepta expresamente que durante el desarrollo de los trabajos descritos en esta Oferta EL DESTINATARIO podrá solicitar la ejecución de una cantidad de obra interior o mayor a la relacionada en los anexos que forman parte integral de este documento, sin que ello implique la modificación de los valores unitarios contenidos en dichos documentos.”

Revisadas la obligaciones a cargo de las partes y verificado el cumplimiento de las mismas por parte del oferente, y al no haber sido excepcionado incumplimiento alguno por parte del contratante ahora demandado en el proceso arbitral, el Tribunal al no haber sido discutida la existencia de la relación negocial, así como el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad convocante, habrá de acceder a declarar la primera y segunda pretensión principal.

5.2 DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL DESTINATARIO DE LA OFERTA, CONTRATANTE, HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE S.A.

Como ya ha sido advertido, el oferente cumplió con las obligaciones a su cargo, siendo en consecuencia procedente estudiar el cumplimiento de las mismas a cargo de la sociedad contratante destinataria de la oferta HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE S.A. y que es el punto que se debate a través del ejercicio del derecho de acción, para lo que el Tribunal pasará a revisar cada uno de los compromisos nacidos del negocio jurídico producto de la oferta mercantil, tal como se determina a continuación:

La doctrina ha clasificado las obligaciones, en obligaciones positivas o negativas, destacándose como sub clasificación las de dar, hacer o no hacer, estas últimas sugieren un comportamiento negativo del obligado que le exige a éste el abstenerse de realizar una determinada conducta. Por el contrario las obligaciones de dar y de hacer,

suponen una conducta positiva, por parte del obligado (Ospina Fernández Guillermo, 1998)

Así, las obligaciones nacidas de la aceptación de la oferta mercantil, a cargo de la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. en virtud de la orden de compra, se encuentran claramente determinadas, estando estas dentro de la clasificación de obligaciones positivas de dar.

En la oferta se determinó un valor por el cual sería contratada la obra, siendo este de dos mil cien millones de pesos (\$2.100.000.000) definiendo en la oferta mercantil su forma de pago en la cláusula cuarta 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 MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.050.000.000), pagaderos así: Canje sobre el apartamento 706 del Edificio Lomas de Menga, ubicado en la Avenida 9 Norte No. (sic) de la ciudad de Cali, cuyo valor comercial aceptado por las partes es la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$260.000.000) el cual será entregado al OFERENTE por el DESTINATARIO previa aceptación de la oferta mercantil 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 SETECIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$790.000.000) los pagara el DESITNATARIO al OFERENTE el día 16 del mes de Julio de Dos mil nueve 2.009; el saldo del contrato es decir la suma de MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.050.000.000) en nueve (9) cuotas mensuales, sucesivas iguales de OCHENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$80.000.000) , a partir del 16 de agosto de 2009 y una final de TRESCIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$330.000.000) a la liquidación del contrato previa entrega por parte del OFERENTE de la Póliza de estabilidad acordada en la Cláusula Novena de esta oferta...”

De manera que la obligación de dar consistente en pagar un precio, encontraba así mismo una condición para su cumplimiento a cargo del oferente como lo eran la presentación de pólizas de buen manejo del anticipo, cumplimiento, responsabilidad civil y prestaciones sociales, además de la presentación de la “cuenta de cobro respectiva”, así que, cumplida la condición por el contratista oferente, el destinatario contratante debía ejecutar la obligación a su cargo como lo era la de pagar el precio en la forma aceptada contenida en la oferta.

De las pruebas recepcionadas a lo largo del proceso y en particular de la prueba documental, en especial de la oferta mercantil aceptada que obra del folio 54 a 60 del cuaderno 1, se desprende que la obligación de pagar el precio incluía recibir como parte de este y a título anticipo, lo que las partes denominaron “canje”, que consistía

en la transferencia de un inmueble por parte del contratante al contratista. , Las partes estimaron su valor en la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS (\$260.000.000), que hacía parte de los MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.050.000.000) que correspondían al anticipo, tal y como reza en el documento contentivo de la Oferta en mención. Establece la Oferta aceptada: "Un anticipo del 50% del valor del contrato, o sea la suma de MIL CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$1.050.000.000), pagaderos así: Canje sobre el apartamento 706 del Edificio Lomas de Menga, ubicado en la Avenida 9 Norte No. (sic) de la ciudad de Cali, cuyo valor comercial aceptado por las partes es la suma de DOSCIENTOS SESENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$260.000.000) el cual será entregado al OFERENTE por el DESTINATARIO previa aceptación de la oferta mercantil 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.

En la declaración recibida del señor Oscar Javier Jiménez Soler, testigo de la parte convocante, al referirse a la relación existente entre la sociedad Cointelco S.A. y Spiwak Chipichape Cali S.A. señaló respecto de la entrega del inmueble lo siguiente:

"cuando recibimos la tenencia, valga decir que la tenencia no es tener el inmueble, realmente lo que le permite a uno moverse es tener la Tradición del inmueble, nosotros recibimos el apartamento pero nunca la Tradición, entonces al final del Contrato más o menos para el 2011..."

El mismo testigo frente a pregunta formulada por el apoderado de la parte convocada manifestó:

"DR. LUÍS EDUARDO ARELLANO J.-APODERADO PARTE CONVOCADA

¿Por favor cuénteles al Tribunal por qué en la cláusula primera de esa Promesa de Compraventa que usted tiene al frente suyo, consta que el promitente vendedor, es decir Cointelco, se obliga a vender a la promitente compradora, es decir la señora Sonia Cristina Grisales, "el derecho de dominio y la posesión" del Apartamento 706 cuando Cointelco para esa fecha no tenía el derecho de dominio, pues el apartamento en esa fecha, ni ahora, ha sido escriturado por parte de mi representada a Cointelco?

SR. OSCAR JAVIER JIMÉNEZ SOLER-TESTIGO

Muy sencillo, porque no tenía un documento de Oferta Mercantil donde se expresaba que el apartamento lo habíamos recibido en un negocio como parte de pago del Contrato de Hotel Spiwak; entonces como lo explicaba hace un rato, pues en ese momento nosotros sí bien no teníamos la Tradición del inmueble, hombre nosotros sí teníamos la posesión del inmueble, (resaltado fuera de texto) y finalmente pues yo venía de hablar con Ángel desde mucho tiempo atrás y con la doctora y aparentaba no tener ningún problema. En estos negocios doctor yo creo que tratamos temas entre personas honorables y nunca nos

percatamos de que ese apartamento tuviese un problema, entonces pues por eso mismo."

El testigo Diógenes Eusebio Silva Rangel, testigo de la parte convocada al referirse en términos generales al negocio jurídico existente entre las partes y en particular a la entrega del apartamento 706 ubicado en el edificio Lomas de Menga manifestó:

"SR. DIOGENES EUSEBIO SILVA RANGEL-TESTIGO

A la empresa Cointelco, que cuándo íbamos a firmar la escritura de protocolización del documento; y hay también respuesta de la empresa Cointelco diciéndole a la empresa Promociones & Construcciones Spiwak que era como se llamaba para ese momento, que dejáramos eso para la etapa final, como para el cuadro final del arreglo, y que eso sirviera, ese apartamento, como parte de garantía para evitar las retenciones clásicas que se hacen de fiel cumplimiento y retención de garantía laboral y tal; y así permaneció hasta el final, ellos tenían la posesión y dominio, el dominio es legalmente la venta, tenían era la posesión, el uso del bien, y quedó pendiente y reconocido por ellos y por nosotros tal esquema de propiedad (Resaltado fuera de texto) porque era como garantía para las retenciones, y sólo cuando llegara el final se harían los ajustes correspondientes y se procedía a terminar el contrato. Más o menos esto recoge un poco todo lo que yo entiendo y conozco de ese caso pues."

Obra en igual sentido a folios 120 y siguientes del cuaderno No.3 el acta de entrega material del apartamento 706 referido, la cual no fue controvertida.

En consecuencia para el Tribunal resulta claro que el apartamento 706 fue entregado materialmente a la sociedad convocante, esto es a COINTELCO S.A., pero que sin embargo no se efectuó la transferencia del dominio sobre el referido inmueble al cumplimiento de la sociedad convocante de las condiciones necesarias para procurar el pago o la entrega del bien como parte del citado anticipo. En el expediente obra a folio 87 del cuaderno No 1 como prueba documental la comunicación remitida por el gerente y representante legal de COINTELCO S.A. de fecha 20 de octubre de 2010, suscrita por Hugo Eduardo Jiménez Soler, quien manifiesta que Cointelco Recibió el apartamento 706 ubicado en el edificio Lomas de Menga, no obstante haber entregado y legalizado COINTELCO las pólizas el apartamento "aún no se encuentra escriturado a nombre de COINTELCO S.A." , y solicita en la referida comunicación se deje el apartamento como garantía de los trabajos ejecutados en la obra Hotel Spiwak, en donde además propone que el ultimo avance de obra sea amortizado al anticipo y la transferencia de la propiedad del apartamento quedaría como garantía y su escrituración se haría después de la entrega de los trabajos ejecutados y recibidos a satisfacción.

Aun cuando no obra aceptación expresa por la demandada en el expediente respecto a la solicitud hecha por COINTELCO S.A., del recaudo probatorio y de la prueba testimonial se verifica que la demandada aceptó la propuesta remitida por el representante legal de Cointelco.

Es así como se refiere el testigo Diógenes Eugenio Silva Rangel al responder la pregunta que se transcribe formulada por el apoderado de la parte convocada referente al momento de escrituración del inmueble:

“DR. LUÍS EDUARDO ARELLANO J.-APODERADO PARTE CONVOCADA

Yo ahí solamente quiero preguntarle si usted lo conoce; si no lo conoce obviamente usted no está obligado a decir, a contestar nada que no conozca. ¿Sabe si para esa época, no si el testigo sabe, si para esa época estaba pendiente la obligación de escriturar o se había convenido que el apartamento se deje como garantía?

SR. DIOGENES EUSEBIO SILVA RANGEL-TESTIGO

Sí claramente estaba hecho, incluso habían comunicaciones que se habían hecho de vamos a escriturar el apartamento, y con esta misiva, con esta carta, con esta comunicación, quedó claro de que, bueno esto lo arreglamos para el final; y bueno siguió sucediendo así.”

De las declaraciones antes transcritas se desprende que Hotel Spiwak aceptó la petición del contratista, trasladando la firma de la escritura para fecha posterior, una vez cumplido los requisitos convenidos, entrega de la obra y por consiguiente de los trabajos ejecutados y recibidos a satisfacción

5.3 DEL ABUSO DEL DERECHO DE LA SOCIEDAD HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. COMO PRESUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO.

Procura el demandante se declare que “como consecuencia del haber abusado de sus derechos la sociedad Promotora Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. causó daños y graves e ingentes perjuicios a la sociedad convocante... los cuales deberán ser reparados.”

El Tribunal en primer término acudirá a lo que la doctrina y la jurisprudencia ha entendido como actos que constituyen sin lugar a dudas conductas atribuibles que configuran el abuso del derecho por una parte dentro de la relación jurídica sustancial. Sobre el abuso del derecho existen diversos pronunciamientos dentro de los cuales se destacan:

“ sentencia de septiembre 6 de 1.935 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes más importantes se transcriben a continuación:

"Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque - como dicen los tratadistas de esta teoría - "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden ; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo."

Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito con fin malicioso, podrá o deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios:

El primero, que la base sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio de un derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño.

El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho. Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil" (Providencia citada del Laudo Arbitral proferido en el proceso Promovido por María Virginia Cadena López y otros V.S. Gustavo Cadena López y Otros)

Para el Tribunal, resulta claro que si bien el negocio jurídico provino de una oferta mercantil, aceptada por el destinatario de la misma, ésta contenía los elementos propios del contrato que surgiría a partir de su aceptación, incluida la modalidad de pago, la cual incluía la entrega de un apartamento como parte del precio a manera de anticipo, situación que el mismo oferente incluyó en su oferta, con lo que de alguna manera aceptó las condiciones de pago definidas por el destinatario de la misma sin que por ello pueda concluirse que dicha modalidad constituía una maniobra abusiva o el ejercicio de una posición dominante en la relación contractual. Pues no debe existir duda que si las condiciones no eran convenientes para el contratista éste tenía la posibilidad de desistir del proceso de negociación o de ni siquiera haber participado de su oferta.

Así, la propuesta de recibir como parte del precio por la obra contratada un inmueble fue advertido por el testigo Erick Jiménez Soler como algo frecuente en el mundo de

los negocios que se celebran entre el dueño de la obra (contratante) y los contratistas a quienes se les paga en muchas ocasiones con inmuebles de propiedad del contratante, bien en el mismo proyecto o en otros.

Frente a la pregunta formulada por el árbitro Luis Alfredo Barragán Arango el testigo Erik Jiménez Soler manifestó:

"DR. LUIS ALFREDO BARRAGAN ARANGO-ÁRBITRO

¿Es usual para usted recibir apartamentos o bienes como parte de pago de sus honorarios?

SR. ERIK FRANCISCO JIMÉNEZ SOLER-TESTIGO

Claro, en el negocio que tenemos muchas veces los constructores casi que lo obligan a uno a recibir un bien en parte de pago, es una forma de ellos de hacer negocios, nos sucede comúnmente."

En igual sentido se refirió el testigo Oscar Javier Jiménez Soler, frente a pregunta efectuada por el árbitro, Luis Miguel Montalvo Pontón:

"DR. LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON-PRESIDENTE

Usted señalaba en su relato, ¿qué es frecuente dentro de la labor que ustedes hacen que el Constructor le pague al Contratista con inmuebles?

SR. OSCAR JAVIER JIMÉNEZ SOLER-TESTIGO

Sí."

Luego si para el negocio es usual que el contratista reciba bienes inmuebles del contratante como parte del precio convenido por la obra o labor contratada no puede predicarse de dicha modalidad de pago una situación que genere una conducta abusiva generada por la posición dominante de este en la relación negocial.

Procurar el pago de parte del precio con un inmueble de propiedad del contratante no es *per se* un acto abusivo ni mucho menos puede ser considerado como propio del ejercicio de posición dominante.

Para que el acto o la conducta sea considerada como propia de abuso del derecho supone que la persona que la procura la realice con intención clara y manifiesta de causar un perjuicio, luego para el Tribunal la modalidad de pago convenida no puede ser considerada como abusiva ni de ella puede ser considerada la estimación de daño alguno, pues ello fue el resultado de la negociación misma adelantada por las partes y es, según resultó probado, una práctica común en el sector de la construcción.

En igual sentido y refiriéndose al alcance del abuso del derecho como hecho generador de perjuicios señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 2003-00919 de

noviembre 15 de 2013 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Ref.: 11001-3103-036-2003-00919-01 Magistrado Ponente: Dr. Arturo Solarte Rodríguez:

“En todo caso, es importante destacar que en el abuso del derecho la existencia de un “móvil dañino”, según la Corte⁽⁴⁾, no puede excluirse, per se, como tampoco otras variantes de la figura. Como se señaló en la sentencia de 19 de octubre de 1994 ya citada, la “ilicitud originada por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva —cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder— o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo”, planteamiento reiterado en la sentencia de casación de 16 de septiembre de 2010 (Exp. 11001-3103-027-2005-00590-01).

2.2. Frente a lo anterior, resulta desacertado afirmar, de manera general, según se sostiene en el cargo, que en el abuso del derecho en materia contractual, sea en el campo civil o en el mercantil, no tiene aplicación el criterio subjetivo de imputación, puesto que todo depende de establecer cuándo las circunstancias concretas de ejecución de una facultad o prerrogativa, lícita en principio, hacen que su ejercicio se transforme en arbitrario o desviado, consideración que resulta de particular trascendencia frente al caso objeto de estudio por la Corte, si se observa que en la misma demanda integrada, hecho 3.6, el actor, para fundamentar las pretensiones enderezadas a que se declare que el demandado “incurrió en hecho ilícito y/o abuso del derecho”, califica de “negligente e irresponsable” la conducta imputable al banco, e indica que se presentó “temeridad” y “mala fe” en su comportamiento (hecho 4.6).

El ad quem, por lo tanto, no incurrió en el error juris in judicando que en el cargo se denuncia, porque si bien consideró, al margen del acierto, obviamente de cara al aspecto fáctico y probatorio fijado en el expediente, esto es, a la alegada “relación” o “comportamiento contractual”, que la culpa del banco demandado era incidente, abstracción hecha de la intención dañina, lo cierto es que en ninguna parte excluyó, completamente, la posibilidad de que pudiera existir una imputación de naturaleza objetiva.”

En consecuencia el Tribunal considera no probados los presupuestos, subjetivos y menos objetivos que dan lugar a generar una eventual indemnización de perjuicios por la supuesta conducta abusiva endilgada por la parte demandante a la sociedad demandada Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. y así habrá de declararlo, por lo que se habrán de negar las pretensiones tercera y cuarta declarativa y quinta consecencial principal literales a,b,c,d,e,f y g, del escrito de demanda pretendidas bajo el supuesto del abuso del derecho.

5.4 ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EN PARTICULAR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

De acuerdo con los hechos y pretensiones invocados en el escrito de demanda, se deduce que el caso planteado encuadra en la denominada responsabilidad civil contractual, tal y como lo plantea el apoderado de la convocante en el encabezado de las pretensiones (I. Pretensiones) y expresamente plantea en la pretensión numerada séptima declarativa. Así, el Tribunal procederá al análisis sustancial, jurisprudencial y doctrinario de la misma.

Al respecto nos ilustran los artículos 1602 y siguientes del Código Civil Colombiano:

Art. 1602: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalido sino por su consentimiento mutuo o causas legales".

De la misma manera al respecto se refiere la Corte Suprema de Justicia al manifestar:

"Es principio general del derecho civil, que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos integra, efectiva y oportunamente. La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad aduce al tiempo convenido". (CSJ, Cas. Civil, Sent. Jul. 3/63).

"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales (C. C., Art. 1602)". (CSJ, Cas. Civil, Sent. Oct. 10/78).

Con la Oferta Mercantil perfeccionada mediante su aceptación, las partes dieron origen a un contrato, cuyo presunto incumplimiento es objeto de este proceso arbitral.

El inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil establece la facultad que tiene el acreedor contractual, cuyo deudor le ha incumplido, para pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento le haya ocasionado.

Para que surja la responsabilidad civil contractual y la correlativa indemnización de perjuicios derivados de su incumplimiento, en primer lugar, es necesario que exista un contrato válidamente celebrado entre las partes. (Arts. 1494, 1602 y 1603 C.C.).

En segundo lugar, es necesario que una o varias de las obligaciones adquiridas en virtud de dicho contrato hayan sido incumplidas. Dicho incumplimiento puede consistir en la inejecución total o parcial, la ejecución imperfecta y/o el cumplimiento retardado de la(s) prestación(es) objeto del contrato (Arts. 1546 inciso 2º y 1614 C.C.).

Dependiendo de si la obligación que se alega incumplida por el deudor es de medio o de resultado, para acreditar su incumplimiento el acreedor tendrá que acreditar ciertas condiciones. Respecto del incumplimiento de las obligaciones de medio deberá demostrar la culpa del deudor y que la prestación no fue satisfecha como consecuencia de esa culpa, mientras que en las obligaciones de resultado bastará con que el acreedor contractual pruebe la obligación incumplida, pues se presume la culpa del deudor.¹¹

En tercer lugar, para que surja la responsabilidad civil contractual se hace necesaria la existencia de un perjuicio sufrido por el acreedor, pues como ha dicho la jurisprudencia: *"El daño es uno de los presupuestos estructurales de la responsabilidad sin cuya existencia y plena demostración aquella se desvanece, tanto que, resultaría innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos porque, ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria. Así, ha expresado la Corporación que aquél "se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual". (Cas. Civ. sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5502)."*¹²

Finalmente, se requiere que los perjuicios sufridos por el acreedor se deriven del incumplimiento contractual de su deudor, esto es, que exista un vínculo de imputación o nexo causal. Al respecto la jurisprudencia ha señalado *"ese vínculo se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido "consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento"*¹³

En el presente proceso la parte convocante, en las pretensiones principales, solicita la condena a la demandada al pago de perjuicios y en la pretensión primera subsidiaria, *"... se condene a la demandada a Cumplir integralmente el referido contrato en los términos pactados"*, es decir, en otras palabras, el cumplimiento del contrato.

Para que surja la responsabilidad civil contractual, se requiere que exista un perjuicio o daño que provenga de la inejecución o incumplimiento de un contrato válidamente

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de abril de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianetta.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 4 de agosto de 2014, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 de noviembre de 1977, Magistrado ponente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

celebrado entre las partes, denominándoseles a ellas, deudor a quien incumple el contrato o no se allana a cumplirlo y acreedor a quien se le causa el perjuicio o daño y quien puede pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de los perjuicios. (Art. 1546 inciso 2º. C. C.).

Como se dijo atrás, para que se determine la responsabilidad civil, siempre ha de exigirse un cumplimiento imperfecto o defectuoso o un incumplimiento absoluto de las prestaciones a cargo de una de las partes.

Para el Tribunal, del análisis de la prueba allegada al proceso, resulta que la sociedad demandada incurrió en un incumplimiento, puesto que si bien procuró la tenencia del inmueble convenido como parte del precio de la labor contratada, no efectuó la tradición del mismo a favor de la sociedad convocante.

En efecto, no cabe duda sobre la existencia de la obligación de pagar el precio del contrato surgido de la oferta a cargo de la sociedad demandada. Tampoco existe duda sobre el acuerdo de las partes en relación con el pacto de un anticipo, que se pagaría, una parte en dinero y otro con el "canje" de un inmueble y respecto del pago íntegro de lo correspondiente a dinero o moneda legal de curso forzoso. Las dos partes aceptan pacíficamente los anteriores hechos y, además, existe abundante prueba en el expediente en relación con los mismos.

Si bien LA CONVOCADA parece sostener que la obligación consistente en efectuar el "canje" del inmueble no comprendía la de efectuar su tradición sino que consistía simplemente en efectuar su entrega material, termina desvirtuando esa manifestación más adelante.

Señala LA CONVOCADA en su alegato de conclusión, lo siguiente:

"Finalmente, en cuanto a este punto se refiere debo anotar que en la oferta mercantil se dice que el apartamento se entregaría en canje, tal como sucedió, luego no hay incumplimiento alguno a la oferta mercantil. Pero además, canje no significa la tradición de la cosa, sino la entrega para su uso, la cual se cumplió."

Sin embargo, LA CONVOCADA señala de manera diametralmente opuesta en los mismos alegatos de conclusión, lo que se transcribe a continuación:

"4.- El apartamento 706 del Edificio Lomas de Menga debía escriturarse el 12 de agosto de 2011 a las 10:00 a.m. en la Notaría 23 del Círculo de Cali, y no se escrituró porque soportaba un embargo, pero adicionalmente también por causas imputables a Cointelco en la medida que su representante legal no se presentó a la Notaría ese día en la hora señalada, ni aportó los paz y salvos de administración y de impuestos, tal como se prueba con la certificación de la misma Notaría aportada por el testigo señor Diógenes Eusebio Silva.

Pero adicionalmente quedó probado que mi representada ha estado presta a firmar la escritura inmediatamente se levantó el embargo, desde el 7 de marzo de 2012, y

Cointelco se ha negado a suscribirla alegando que le deben pagar los perjuicios que supuestamente tuvo que pagar a la sra. Sonia Cristina Grisales Amador, lo cual quedó demostrado con el testimonio del señor Fabio José Melo quien incluso manifestó que se adelantó una fallida conciliación en tal sentido. Consecuencialmente no debe el Tribunal condenar al pago de ningún perjuicio derivado de la no escrituración, puntualmente porque si bien el embargo es atribuible a mi representada, hubo culpa concurrente de la convocante, como quedó probado plenamente, y si hoy no se ha escriturado es porque Cointelco se ha negado infundadamente a hacerlo.

Para finalizar este punto resulta pertinente recordar que solo en la pretensión séptima principal de la demanda, luego de la solicitud de perjuicios, se hace alusión a que hubo incumplimiento en la escrituración. La única fecha cierta para escriturar que resultó incumplida por ambas partes era la establecida en el Acuerdo de Transacción, luego no es cierto que en cuanto a la escrituración se refiere, se haya incumplido la oferta pues en ésta no se estableció fecha alguna."

En consecuencia, a pesar de que podría pensarse por la primera cita de los alegatos de conclusión que LA CONVOCADA interpreta la palabra canje como la simple entrega material del inmueble, no cabe duda, con lo transcrito, que es a su vez contundente en su afirmación sobre la existencia de una obligación de efectuar la tradición del inmueble mediante la firma de la escritura pública correspondiente, hecho que según sus propias palabras se ha visto frustrado por causas imputables a COINTELCO y porque "Cointelco se ha negado infundadamente a hacerlo"

Para este Tribunal es claro, entonces, que la interpretación que las partes le dieron a la palabra "canje" consistía en efectuar la entrega material del inmueble y además a realizar la respectiva tradición del mismo.

Habiendo establecido que la obligación de efectuar la tradición del inmueble existía y era vinculante para las partes y que no fue cumplida por LA CONVOCADA, debemos establecer cuál era el término o la condición a la que las partes sometieron su cumplimiento.

LA CONVOCADA señala en los alegatos de conclusión que en la Oferta aceptada "no se estableció fecha alguna" para el cumplimiento de la obligación de transferir el inmueble. A continuación, en los mismos alegatos, establece que en el Acuerdo de Transacción es el único documento "donde se pactó una fecha (12 de agosto de 2011)" para efectuar la señalada tradición. Lo anterior quiere decir que LA CONVOCADA acepta expresamente que la fecha para la firma de la escritura era el 12 de agosto de 2011, pero que la misma se deriva de un acuerdo que considera distinto al de la Oferta aceptada y respecto del cual, según su planteamiento, este Tribunal carece de competencia para decidir y tiene efecto de cosa juzgada.

Se tiene en consecuencia que LA CONVOCADA acepta expresamente haber incumplido la obligación de transferir el inmueble a la CONVOCANTE. Es así como en los alegatos de conclusión manifiesta de manera contundente que "el incumplimiento por la no escrituración se deriva para ambas partes del Acuerdo de Transacción" y que "aparte

del apartamento objeto de estudio, nadie discute que a la fecha HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. ha cumplido con el resto de sus obligaciones a cargo”

Obra en el expediente la comunicación fechada el 20 de octubre de 2010, remitida por el oferente a través de su representante legal, en la que solicita al destinatario de la oferta que el apartamento 706 ubicado en el edificio Lomas de Menga, no obstante haber sido entregado y aún no escriturado, se transfiera después de entregar los trabajos contratados y recibos a satisfacción por el contratante, destinatario de la oferta, quedando éste inmueble como garantía de los trabajos ejecutados en la obra, con el fin de que el último avance de obra se facture, para completar el valor del contrato. (folio 87 cuaderno 1). Empero la conducta desplegada por el actor, no podría dar lugar a la existencia de daño desde la fecha en la que se debió cumplir con el “pago” del anticipo, puesto que el escrito al que ya se ha hecho especial referencia y por medio del cual el oferente solicita la transferencia de dominio en fecha posterior, reconociendo la tenencia del mismo, no podría llevar al Tribunal a considerar que el perjuicio se causara desde la fecha fijada para el pago del anticipo, la cual estaría determinada con la de aceptación de la oferta, si no, la que el mismo oferente señaló en su escrito y que puede verificarse con el acta de entrega y fecha de remisión por parte del oferente de la póliza de estabilidad de la obra, tal y como se advierte a folio 88 del cuaderno 1, comunicación fechada el 27 de octubre de 2011, suscrita por Angelica Guzman, a través de la cual se relaciona la póliza respectiva y en consecuencia deben entenderse no solo finalizados los trabajos del contratista, si no recibidos estos a satisfacción en tanto que con la expedición de las pólizas en los términos del contrato ofrecido se daba el perfecto cumplimiento del mismo.

Esta es la misma conclusión de LA CONVOCADA cuando establece en sus alegatos de conclusión, después de citar la comunicación de fecha 11 de agosto de 2011 recién mencionada por el Tribunal, lo siguiente:

“Resulta que la oferta se liquidó con el Acuerdo de Transacción de fecha 11 de agosto de 2011, y el acta final de obra y las pólizas de estabilidad fueron entregadas con comunicación del 27 de octubre de 2011, según consta en la comunicación firmada por Angelica Guzman de Cointelco (folio 88). Lo anterior significa que NO hubo incumplimiento a la oferta mercantil como se pidió en la demanda porque mientras se liquidaba la oferta se solicitó a HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. no escriturar el apartamento; el incumplimiento por la no escrituración se deriva para ambas partes del Acuerdo de Transacción que es el único documento en donde se pactó una fecha (12 de agosto de 2011), pero nunca de la oferta mercantil como se pidió en la demanda.”

Es así como la fecha del 27 de octubre de 2011 será la considerada para el Tribunal para determinar el momento a partir del cual la sociedad convocada debió cumplir con la obligación a su cargo de transferir el dominio del inmueble a la sociedad convocante.

De manera que es a partir de éste momento, 27 de octubre de 2011, que surge la obligación de la convocada de efectuar la tradición y en consecuencia es a partir de

dicha fecha que se presenta el incumplimiento, desestimando el documento denominado de "transacción", escrito por medio del cual las partes pretendieron determinar nuevamente las condiciones de pago, a pesar de que para la fecha de su suscripción el contrato ya se encontraba incumplido, hecho que ha resultado probado. Luego la mora de la sociedad convocada estaba claramente advertida en cuanto al cumplimiento de la obligación a su cargo, sin que a lo largo del proceso se hubiese logrado desestimar su incumplimiento.

Para el presente asunto ha quedado claro que la conducta omisiva de la sociedad convocada al no haber procurado la transferencia del derecho de dominio del inmueble a partir de la entrega y recibo a satisfacción de la obra contratada, es la que produjo el daño a la sociedad convocante, a quien hasta la fecha no se la ha transferido la propiedad del inmueble que fue considerado como parte del precio.

Concluyendo, el Tribunal encuentra suficientemente probados los elementos que dan lugar a una responsabilidad civil contractual, a cargo de la sociedad demandada y en favor de la sociedad demandante de manera que habrá de declarar probada parcialmente la séptima pretensión principal, al encontrar que la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. es civilmente responsable por los perjuicios infringidos a la sociedad COINTELCO S,A por causa del incumplimiento en la tradición del apartamento 706 del edificio Lomas de Menga, ubicado en la avenida 9ª Norte 66-34 de la ciudad de Cali. No se accederá a declarar la conducta como violatoria del postulado de la buena fe, por no haber sido probada y tampoco se considerará que la convocada no ha efectuado la entrega material del inmueble por cuanto ha sido probado en el proceso que el apartamento fue entregado a la sociedad convocante y aún la referida sociedad continúa en posesión de éste. (Comunicación de fecha 20 de octubre de 2009 suscrita por Hugo Eduardo Jiménez Soler representante legal de la convocante, remitida a la sociedad convocada Folio 87 cuaderno 1).

A la pretensión octava principal no se accederá, pues se refiere a la indexación de cantidades de dinero a las que resulte condenada la sociedad convocada, dado que las pretensiones que han prosperado tienen un carácter declarativo y no habiendo prosperado ninguna de las pretensiones principales consecuenciales de condena, resulta improcedente su indexación.

En igual sentido no se accederá a la pretensión novena denominada condena in genere, pues no hay cantidad alguna determinada que conduzca a estimar perjuicios derivados de las pretensiones principales declarativas que han sido declaradas prosperas.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias y en particular a la primera de ellas se accederá a ella por las razones antes expuestas, ordenando como consecuencia de haber accedido parcialmente a la séptima pretensión principal a ordenar el cumplimiento por parte de la convocada del contrato contenido en la oferta mercantil,

particularmente en lo referente al pago del precio, el cual se entenderá cumplido una vez la sociedad Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A. proceda a transferir en favor de la sociedad demandante Cointelco S.A. la propiedad sobre el apartamento No. 706 ubicado en el edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali.

Declarar probada parcialmente la pretensión segunda subsidiaria, en cuanto a que resultaron probados los perjuicios en el presente proceso, los cuales se refieren a los intereses que se causaron sobre el valor acordado por las partes respecto del inmueble, esto es la cantidad de doscientos sesenta millones de pesos Mcte (\$260.000.000), desde la fecha de recibo a satisfacción de la obra, la cual ha sido entendida por el Tribunal como la fecha en la que fueron remitidas las pólizas por el contratista a la sociedad contratante. (Comunicación fechada el 27 de octubre de 2011) Es así como se estimarán intereses de mora a partir de esta fecha y hasta la promulgación del presente laudo arbitral sobre el valor convenido por las partes sobre el inmueble que sería transferido al contratista como parte del precio. La liquidación de los intereses se hará teniendo en cuenta el carácter de comerciante de cada una de las partes intervinientes en el contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 884 del Código de Comercio para lo cual se estimaran los intereses de acuerdo con cada una de las resoluciones de la Superfinanciera, antes Superbancaria, desde el 27 de octubre de 2011 hasta el 3 de diciembre de 2014, siendo esta la siguiente:

TASA INTERES BANCARIO EFECTIVO ANUAL
CERTIFICADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

RESOLUCION No.	PERIODO	TASA ANUAL	TASA MENSUAL	TASA A APLICAR 1.5 VECES
1684	01 OCT A DIC-31/11	19.39%	1,4878%	2,23176%
2336	1 ENE A MAR-31/12	19.92%	1,5253%	2,28796%
0465	1 ABR A JUN - 30/12	20.52%	1,5675%	2,35131%
0984	1 JUL A SEP - 30/12	20.86%	1,5914%	2,38708%
1528	1 OCT A DIC - 31/12	20.89%	1,5935%	2,39023%
2200	1 ENE A MAR-31/13	20.75%	1,5837%	2,37552%
0605	1 ABR A JUN - 30/13	20.83%	1,5893%	2,38393%
1192	1 JUL A SEP - 30/13	20.34%	1,5549%	2,33233%
1779	1 OCT A DIC - 31/13	19.85%	1,5204%	2,28055%
2372	1 ENE A MAR-31/14	19.65%	1,5062%	2,25935%
0503	1 ABR A JUN - 30/14	19.63%	1,5048%	2,25723%

1041	1 JUL A SEP - 30/14	19.33%	1,4836%	2,22538%
1707	1 OCT A DIC - 31/14	19.17%	1,4722%	2,20836%

En consecuencia la liquidación de intereses sobre el capital teniendo como sustento el artículo 884 del Código de Comercio y las respectivas resoluciones de la Superintendencia Financiera es como sigue:

CAPITAL \$ 260'000.000

PERIODO	BASE	TASA MENSUAL	DIAS	INTERESES
OCT-27 AL 30/2011	260.000.000	2,23176%	4	773.677
NOVIEMBRE-2011	260.000.000	2,23176%	30	5.802.576
DICIEMBRE-2011	260.000.000	2,23176%	30	5.802.576
ENERO-2012	260.000.000	2,28796%	30	5.948.696
FEBRERO-2012	260.000.000	2,28796%	30	5.948.696
MARZO-2012	260.000.000	2,28796%	30	5.948.696
ABRIL-2012	260.000.000	2,35131%	30	6.113.406
MAYO-2012	260.000.000	2,35131%	30	6.113.406
JUNIO-2012	260.000.000	2,35131%	30	6.113.406
JULIO-2012	260.000.000	2,38708%	30	6.206.408
AGOSTO-2012	260.000.000	2,38708%	30	6.206.408
SEPTIEMBRE-2012	260.000.000	2,38708%	30	6.206.408
OCTUBRE-2012	260.000.000	2,39023%	30	6.214.598
NOVIEMBRE-2012	260.000.000	2,39023%	30	6.214.598
DICIEMBRE-2012		2,39023%		

	260.000.000		30	6.214.598
ENERO-2013	260.000.000	2,37552%	30	6.176.352
FEBRERO-2013	260.000.000	2,37552%	30	6.176.352
MARZO-2013	260.000.000	2,37552%	30	6.176.352
ABRIL-2013	260.000.000	2,38393%	30	6.198.218
MAYO-2013	260.000.000	2,38393%	30	6.198.218
JUNIO-2013	260.000.000	2,38393%	30	6.198.218
JULIO-2013	260.000.000	2,33233%	30	6.064.058
AGOSTO-2013	260.000.000	2,33233%	30	6.064.058
SEPTIEMBRE-2013	260.000.000	2,33233%	30	6.064.058
OCTUBRE-2013	260.000.000	2,28055%	30	5.929.430
NOVIEMBRE-2013	260.000.000	2,28055%	30	5.929.430
DICIEMBRE-2013	260.000.000	2,28055%	30	5.929.430
ENERO-2014	260.000.000	2,25935%	30	5.874.310
FEBRERO-2014	260.000.000	2,25935%	30	5.874.310
MARZO-2014	260.000.000	2,25935%	30	5.874.310
ABRIL-2014	260.000.000	2,25723%	30	5.868.798
MAYO-2014	260.000.000	2,25723%	30	5.868.798
JUNIO-2014	260.000.000	2,25723%	30	5.868.798
JULIO-2014	260.000.000	2,22538%	30	5.785.988
AGOSTO-2014	260.000.000	2,22538%	30	5.785.988
SEPTIEMBRE-2014	260.000.000	2,22538%	30	5.785.988
OCTUBRE-2014		2,20836%		

	260.000.000		30	5.741.736
NOVIEMBRE-2014	260.000.000	2,20836%	30	5.741.736
DICIEMBRE-2014	260.000.000	2,20836%	3	574.174

TOTAL INTERESES A PAGAR

\$223.577.260

No se accederá a la pretensión tercera subsidiaria al no resultar probados los perjuicios denominados como pérdida de chance u oportunidad, pues en lo concerniente con la negociación adelantada por la sociedad convocante con la señora Sonia Cristina Grisales Amador, resulta de la recepción de las declaraciones, de que tanto la sociedad convocante en calidad de promitente vendedora como la señora Grisales Amador como promitente compradora, no obraron como lo que la Ley, la doctrina y la Jurisprudencia denomina "buen hombre de negocios", incurriendo en culpa, por lo que no podrá derivarse perjuicio alguno en favor de la demandante en razón del fallido contrato de promesa suscrito sobre el apartamento 706 ubicado en el edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali.

Sobre la pérdida de chance u oportunidad, El consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se ha referido, en Sentencia 1998-02373 de junio 12 de 2013 Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón:

"...la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal"(44), por manera que no deben catalogarse como 'pérdida de chance' ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance '... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada'(45) (resalta la Sala).

(...).

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición,

exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto(46); de allí que resulte atinado aseverar que 'cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño'(47).

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—. (Resaltado fuera de texto)

La providencia antes citada, lleva a concluir de manera definitiva que no existe prueba alguna sobre la pérdida de oportunidad o chance por parte del convocante al no haberse efectuado la tradición del inmueble por parte de la sociedad contratante, y respecto al contrato de promesa de compraventa suscrito por la sociedad COINTELCO S.A. con Sonia Cristina Grisales Amador, no puede concluirse que la existencia del embargo haya sido el hecho generador de un eventual daño, pues como se indicó anteriormente tanto COINTELCO S.A. como la promitente compradora por sus especiales calidades no obraron con la suficiente diligencia, propiciando con su conducta lo que pudiera ser el daño que ahora se pretende sea reparado por la demandada. Dicha situación resulta en evidencia a través de la declaración rendida por Sonia Cristina Grisales quien frente a preguntas formuladas por el árbitro Diego Saldarriaga Barragan contestó:

“DR. DIEGO SALDARRIAGA BARRAGÁN-ÁRBITRO

Usted manifiesta que desde agosto debían de estar desembargados esos apartamentos; el caso que nos ocupa es en relación a un solo apartamento. ¿Si en agosto, o sea aproximadamente unos cinco meses atrás usted conocía el embargo de los apartamentos, suscribió aun conociendo el embargo de los apartamentos el Contrato de Promesa de Compraventa en el cual constaba que el inmueble estaba libre de embargos?

SRA. SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR-TESTIGO

Lo que yo me enteré en agosto no fue A o B o C, que si embargó o no embargo; lo que yo me enteré fue cuando mi esposo me dijo que esos apartamentos estaban disponibles y él me contó la historia de que los van a recibir porque un señor de Cali de un Hotel que es muy famoso allá, que es de mucha plata, les incumplió con un trabajo que les hicieron, entonces él iba a pagar con eso pero ya ellos cuadraron, ya ellos negociaron con el señor Spiwak, ya llegaron a un acuerdo, ya hicieron un pacto y ya todo estaba bien y ya no hay problema; pero yo pues en sí no sabía qué problema realmente tenían los apartamentos, yo me enteré que tenían muchos problemas con él porque no les había pagado a tiempo eso, lo otro, pero que en agosto ya habían hecho como quien dice el pacto de paz y todo estaba perfecto, o sea listo no hay problema con eso.

DR. DIEGO SALDARRIAGA BARRAGÁN-ÁRBITRO

¿Qué tiempo lleva usted en la práctica de intermediaria de propiedad raíz comprando y viendo propiedad raíz tanto para usted como para clientes?

SRA. SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR-TESTIGO

Por ahí unos ocho o diez años tal vez, yo hace diez años me retiré de trabajar. Estuve dos años dedicada a la rehabilitación de mi hijo. Yo siempre he estado muy activa en eso porque soy muy comercial y donde veo que hay un negocio busco la manera de intervenir, de hacer para mí o para el que sea, yo soy muy comercial.

DR. DIEGO SALDARRIAGA BARRAGÁN-ÁRBITRO

¿Usted en negocios tanto para usted misma como para otros clientes no le recomendaría estudiar unos títulos de un inmueble que se vayan a adquirir?

SRA. SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR-TESTIGO

Por supuesto. (Resaltado fuera de texto)

DR. DIEGO SALDARRIAGA BARRAGÁN-ÁRBITRO

¿Por qué razón no lo hizo para el caso concreto y resaltando que este inmueble lo iba a adquirir para aumentar su patrimonio?

SRA. SONIA CRISTINA GRISALES AMADOR-TESTIGO

Porque como ya dije confié mucho en las personas con la que estaba haciendo el negocio y en el concepto de mi esposo que estaba enterado también del tema.”

En conclusión, la pretensión tercera subsidiaria no estará llamada a prosperar tal y como ya se indicó.

6 ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES

No obstante que el Tribunal ha declarado prosperas algunas de las pretensiones de la demanda, pasará a referirse a las excepciones propuestas por la parte convocada en su escrito de contestación, así:

6.1 EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE TRANSACCION ENTRE LAS PARTES QUE PRODUCE EFECTO DE COSA JUZGADA.

Fundamenta el apoderado de la Convocada esta excepción, citando lo estatuido en los artículos 1625, 2469 y 2483 del Código Civil. En las normas enunciadas se expresa que las obligaciones se extinguen, entre otras, por la transacción, que mediante esta figura (la transacción), que como contrato, las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual y que ella produce, en términos generales, el efecto de cosa juzgada.

Determina el profesional del derecho que entre las partes, Convocante y Convocada, se suscribió un Contrato titulado "Acuerdo de Transacción", documento este aportado al expediente a folio 78 y siguientes del cuaderno 1, y que dicho documento fuera reconocido por el apoderado de la Convocante al referirse a él en el escrito de demanda en el hecho quinto, además de haberlo acompañado como prueba.

De los argumentos esgrimidos por el apoderado de la convocada, como fundamentos de la excepción se puede deducir, resumiendo, que, al celebrar el "Acuerdo de Transacción", de este emanaban las siguientes consecuencias:

- Que el "Acuerdo de Transacción", tenía un fin preciso, consistente en liquidar la "Oferta Mercantil".
- Que en dicho documento las partes acordaron "concepciones" (sic) reciprocas y convinieron en un arreglo transaccional que comprendió el pago de unas sumas de dinero para uno y de la obligación para la otra de suspender toda acción legal o extrajudicial en contra de la otra parte.
- La obligación para las partes de respetar el "Acuerdo de Pago".

La transacción está determinada, en nuestra legislación civil, como una de las formas de extinguir las obligaciones (art. 1625 C. C.), encontrándose regulada en los artículos 2469 y siguientes de la misma codificación.

Su definición (art. 2469), tal como lo expresa la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sido tildada de inexacta y deficiente, "... porque, de una parte, le asigna a la

transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo distingue de otras figuras jurídicas afines...". La Corte ha sentado doctrina de que son tres los elementos determinantes de la transacción: "... 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; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas. (Cas. Civil, Diciembre 12 de 1938). (Negrillas fuera de texto).

Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción, como la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven uno eventual". También, respecto a la misma figura, se ha referido el tratadista Fernando Hinestrosa, en su libro Tratado de las Obligaciones 2ª. ed., de la siguiente manera:

"... LA TRANSACCIÓN-

Incluida la transacción dentro de los modos de extinguirse la obligación en el art. 1625, el código civil la disciplina como un contrato más (tít. 39, lib. 4.º), a partir de su definición como aquél "en el que las partes terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual" (art. 2469). La transacción es un arreglo amigable del conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda.

Luego de esta presentación sumaria, es de rigor analizar la naturaleza genuina del acto de transigir, tomado en sí y observando sus proyecciones tanto de derecho sustancial como procesales (cap. 1, tít. XVII, secc. S.; libro 2.º, c. de p. c.), teniendo presente que acá se examina la figura en cuanto eventualmente puede acarrear la extinción de obligaciones, sin perder de vista, o más propiamente, teniendo bien presente, que la función propia de dicha figura, la que la individualiza, es la eliminación de un litigio por las propias partes contendientes, por medio de concesiones recíprocas, o sea que, en lo que acá interesa, simplemente se tiene en cuenta el hecho de que al resolver las partes por ese medio su disputa, puede resultar extinguida una relación crediticio-obligatoria pendiente o vigente entre ellas. Lo cual implica señalar que, a diferencia de los más de los modos de extinción de las obligaciones, que son negocios, actos o hechos cuya característica y función exclusiva es precisamente esa, la función propia de la transacción es la de eliminar un litigio, sólo que, eventualmente, por esa vía puede resultar extinguida una obligación. En otras palabras, la función propia,

característica (¿causa?) de la transacción es componer una litis, no extinguir obligaciones; este cometido es puramente eventual y, si se quiere, marginal...

... Así, dentro del concepto general de transacción sobresale el mecanismo mediante el cual se llega al acuerdo, que, a la vez, es un incentivo para alcanzarlo: la reciprocidad de concesiones (la composición sobre la base de atemperar la ambición, sí que también la ilusión). De ahí la exclusión del "acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa", formulada por el inciso segundo del art. 2469 c. c. El concepto de transacción se configura, pues, con la presencia de una litis: esto es, un conflicto de intereses, Y más propiamente aún, un conflicto de pretensiones, en curso o en ciernes. Y su eliminación por medio de concesiones recíprocas, consistentes en la abdicación de pretensión y su rechazo y pueden circunscribirse al objeto de la litis, al igual que por medio suyo "se pueden crear, modificar o extinguir también relaciones jurídicas distintas de aquella que constituye el objeto de la pretensión y de la negación de ella" (art. 1965 [codice civile]). Todo queda confiado a la iniciativa de las partes, que puede desembocar en una transacción simple, en una transacción novatoria típica o en una transacción novatoria atípica. Figuras estas últimas complejas, en las que en razón del acuerdo extintivo de la litis, o mejor, para poder llegar a él, las partes se proyectan hacia el futuro mediante la creación de relaciones nuevas, ajenas a la disputa superada.

La transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva.

Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente, y su eficacia definitiva. La transacción es una convención o acuerdo, pero no un contrato. Dentro de la tradición, francesa (art. 1101 code civil), el contrato es convención generadora de obligaciones: esta es su función exclusiva (arts. 1494 y 1495 c.c.). Por lo mismo, las convenciones o acuerdos cuya función o cuyos efectos son otros: modificar, extinguir o refrendar cualesquiera relaciones jurídicas, entre ellas las obligacionales, no son "contratos", y de ahí la impropiedad que se le anota al código civil al calificar de "contrato" a una convención eliminadora de litigios y eventualmente de obligaciones...

... En la jurisprudencia nacional se ha dicho y se repite como estribillo que la transacción es un contrato bilateral, oneroso y consensual, salvo en cuanto se refiera a inmuebles. ¿Contrato bilateral? ¿Es que acaso de la transacción pura nacen de por sí obligaciones correlativas? Ciertamente, no. ¿Oneroso? ¿Dónde están las cargas? "Si la base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, este sí requisito fundamental, y si la situación es

realmente incierta, que ese es el supuesto (art. 2487 c. c.), ¿cuál de las partes o qué extraño estará en condiciones de determinar qué se tenía y cuánto se cedió? [...] Se cede en una pretensión, no en un derecho, se fijan los linderos económicos, pero no se realiza una atribución patrimonial; así, la consecuencia práctica es la reglamentación de la relación debatida",....

... LA RECIPROCIDAD DE CONCESIONES

La transacción es un negocio dispositivo: ante todo se dispone de la Litis, cancelándola, es decir, que en ella las partes disponen de sus posiciones contrapuestas, con abdicación de pretensiones, mediante concesiones mutuas y regulación de intereses: los que están en juego en el litigio presente o por venir (transacción simple o pura), y eventualmente de otros (transacción mixta) (SANTOROPASSARELLI). Desde un principio la exigencia del *aliquid dare / aliquid retinere* -hasta dónde uno de los fundamentos de la eficacia procesal de la figura- ha generado perplejidades y controversias relativas al carácter oneroso de la transacción y a su "correlatividad". En aras de clarificar el punto, es útil repetir que por medio de ella las partes dirimen un litigio, para lo cual, por así decirlo, el punto de partida es el abandono de su intransigencia, esto es, el dejar de lado la afirmación enfática de derechos incompatibles entre sí o de un derecho y de su rechazo; en otros términos, las partes hacen dejación de sus pretensiones. Se dice que, a diferencia de lo que ocurre en el desistimiento y el allanamiento, en donde el sujeto procede así sin recibir ni retener nada a cambio (ninguna "contraprestación"), en la transacción, onerosa de por sí, hay retribución, consistente en la reciprocidad de las concesiones.

Esta presentación, por lo demás aceptada sin reservas por la doctrina mayoritaria, y que desemboca en el aserto de que la transacción es un "contrato oneroso y bilateral" (sinalagmático-bilateral) me parece equívoca y errada. Una cosa es que la operación sea bilateral en el sentido de la dualidad de partes (convención), y otra que lo sea en el sentido de que en ella haya o, más todavía, que sea menester correlatividad de prestaciones ("contrato bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente": art. 1496 C. c.). Para comenzar la transacción (pura o simple) no es ni puede ser fuente de obligaciones; termina litigios eventualmente extingue obligaciones, pero no las crea. Si dentro de un acto complejo, a propósito de una transacción, dentro de la iniciativa privada y el juego de la imaginación de las partes, estas se obligan unilateral o correlativamente (transacción mixta), se tendría allí una novación adosada a la transacción (transacción novatoria, típica o atípica). A ello ha de agregarse que el intento de ver en la renuncia a la pretensión una prestación de hacer, a cambio de cuya ejecución la otra parte daba o se obligaba a dar algo, dentro del esquema del *facio ut des* de los contratos innominados, aquí a lite discendo ut des x, en el apremio de otorgarle eficacia procesal al pacto, no pasó de ser un expediente sutil y útil con esa finalidad de hacer "obligatoria" la convención, en

el sentido de otorgarle firmeza a la eliminación del litigio y acción al desistente para obtener lo prometido a él por su contraparte.

"Al disponer de la pretensión y de su rechazo, las partes disponen de la relación sustancial sobre la cual recae la controversia", y lo hacen componiéndose: distribuyéndose entre ellas el objeto, en la proporción correspondiente a sus cálculos de probabilidades de éxito y de fuerzas, como por ejemplo reduciendo la pretensión crediticia o real, de modo que cada cual quede con una parte del objeto disputado; o prescindiendo una de su pretensión, a tiempo que recibe de la otra, que retiene dicho objeto o se libera de la eventualidad de una condena, un bien o un servicio, o la promesa de uno u otro; o en fin, celebrando un negocio dispositivo de un bien ajeno a la controversia, en condiciones "que tienen en cuenta la controversia". "Por medio de la transacción, la situación jurídica, de controvertida que era, deviene cierta, y además, una parte puede obtener ventajas sin haber tenido derecho y la otra incurrir en sacrificios sin tener obligación, todo en razón del elemento de la litigiosidad"²¹.

La transacción no exige conceptualmente concesiones recíprocas, sino simplemente la incertidumbre o, si se va más al fondo, la Litis²². Quien prescinde de su pretensión no hace con ello ninguna atribución patrimonial a favor de la otra parte; ambas abdican de su litigiosidad y animosidad y purifican su relación. No hay lugar a pensar en ella en una reciprocidad de prestaciones patrimoniales con causales, sino en una coincidencia de abdicaciones. Así, pues, no se da bilateralidad, y mucho menos conmutatividad: es inconcebible un "justo precio", un equilibrio económico prestacional. Ningún quid pro quo o synallagma.

Esa naturaleza sui generis de la transacción es una razón de más, unida a la firmeza de los efectos de cosa juzgada que se asignan naturalmente a la transacción (art. 2483 c. c.), para, a tiempo que reconocer el derecho del promisorio a la ejecución coactiva de la dación o del servicio a su favor, negar la admisibilidad de la resolución del acuerdo por incumplimiento, toda vez que el reglamento surgido de la composición del conflicto es definitivo, irreversible...". (Negrillas fuera de texto original).

Ahora bien, una vez aclarada la figura de la transacción, entra el Tribunal a hacer un análisis y estudio del documento que las partes denominaron "Acuerdo de Transacción".

En sus acápites iniciales comparecen las partes, ambas personas jurídicas, debidamente representadas por quienes afirman ostentar su representación legal, inicialmente COINTELCO S. A., quien se denomina LA CONTRATISTA y HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A., denominándose LA SOCIEDAD, manifestando que "... han convenido en celebrar un acuerdo de transacción que se regirá en general por las

disposiciones del código civil colombiano arts.2469 y ss. Y en particular por las siguientes cláusulas:...”.

A continuación en el documento se precisa lo que las partes denominan ANTECEDENTES y en ellos de manera por demás sucinta, indican:

“...Que LA CONTRATISTA “... ha terminado los trabajos derivados de la Oferta Mercantil...

Que la Sociedad... ha aceptado y reconocido la obligación de pagar...

y en consecuencia accede a suscribir el presente ACUERDO DE PAGO..., y que han acordado que el presente ACUERDO DE PAGO, se rige por las siguientes cláusulas, así:

PRIMERA.- OBJETO.- Que las partes deciden suscribir el ACUERDO DE PAGO.

SEGUNDO.- Que la Sociedad Acepta y se obliga a pagar determinada suma de dinero detallada en el numeral 2 de “este Convenio de Pago”, de una determinada manera.

TERCERO.- Que las Partes “... de manera expresa y mancomunada, acuerdan que con la firma del presente ACUERDO DE PAGO... LA CONTRATISTA suspende toda acción legal o extra judicial en contra de la Sociedad...”.

CUARTO.- Que “... el presente ACUERDO DE PAGO, encierra para LA CONTRATISTA, la obligación expresa de respetar el acuerdo de pago...”.

QUINTO.-

SEXTO.- Que “... las partes de manera consensual y expresa le imprimen merito ejecutivo al presente acuerdo de pago...”.

No obstante el Tribunal haber resumido el contenido del documento, de su lectura textual, en él se puede observar que en ninguno de sus acápites, ni por asomo, las partes renuncian recíprocamente a sus pretensiones nacidas de la Oferta Mercantil, y por lo tanto, así ellas le hubieren otorgado, a dicho convenio, el nombre de transacción, por ese solo hecho, no se producen las consecuencias jurídicas de la figura de la transacción. En el documento está plenamente plasmada una intención de las partes, dirigida a lo que en realidad consta en él, es decir, a convenir un acuerdo de pago. Se itera que lo que convinieron las partes fue pactar, como así lo expresan a lo largo del escrito, un ACUERDO DE PAGO y no celebrar un Acuerdo de Transacción. Conveniente es recordar el aforismo que reza: LOS PACTOS NO TIENEN LA CALIDAD CON QUE LOS DESIGNAN LOS CONTRATANTES SINO LA QUE REALMENTE LES CORRESPONDE, SEGÚN SUS CARACTERÍSTICAS LEGALES.

Del clausulado del documento que las partes denominaron “Acuerdo de Transacción”, este Tribunal recalca y concluye, que con su suscripción, lo que se pretendió fue algo

sustancialmente diferente, es decir, formalizar un Acuerdo de Pago y que interpretado lógicamente en su contexto, debía producir consecuencias jurídicas diferentes a un verdadero CONVENIO DE TRANSACCION.

El ART. 1618 del Código Civil nos ilustra acerca de forma de interpretación de los contratos, cuando estipula: *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*.

Ahora bien, es labor del Juez interpretar los contratos sobre los que versa la litis, es decir aplicar la hermenéutica, que significa interpretar, esclarecer, anunciar, declarar o traducir las complejidades de los contratos, que con frecuencia no son lo suficientemente claros y en lo que en ellos, utilizando lenguaje confuso pueden conducir a conclusiones diferentes o contrapuestas.

Sobre el tema también ha sido explícito nuestro máximo Tribunal, refiriéndose en los siguientes términos:

"... En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención. Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales.

Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes claramente expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; si con desprecio de este

procedimiento se aíslan unas de otras como entes autónomos, cuando por sí solas carecen de vida propia e independientemente, se corre el riesgo de romper la unidad y de hacerle producir al negocio jurídico efectos contrarios a los que de su conjunto realmente se deducen". (CSJ., Cas. Civil, Sent. Jul. 5/83).

En el presente caso este Tribunal concluye, que lo que pretendieron los contratantes, al elaborar y suscribir el documento que bautizaron "Acuerdo de Transacción", en realidad fue celebrar un acuerdo de pago, figura y términos que utilizaron reiteradamente en el documento mismo.

Es por lo anterior, que al tenor del artículo 1620 del C. C., que reza: "*El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*", el Tribunal considera que el verdadero efecto del documento ni por atisbo es una transacción y si en cambio fue un verdadero acuerdo de pago.

Lo anterior permite concluir que el "Acuerdo de Transacción", corresponde realmente a un acuerdo de pago y no a un verdadero contrato de transacción que cumpla con los requisitos fijados por la Ley y la jurisprudencia, atrás citados, que habría tenido como propósito proveer al cumplimiento de las obligaciones pendientes y permitir a las partes la regularización de su relación comercial.

Ahora, aún si se considerara que el denominado "Acuerdo de Transacción" cumple con los requisitos para poder considerarse como un verdadero contrato de transacción y se le dieran tales efectos (lo que el Tribunal no estima procedente como fue antes descrito), en todo caso, de acuerdo con su contenido, tal "Acuerdo de Transacción" versaría exclusivamente sobre unos pagos adeudados por LA CONVOCADA y no sobre la totalidad del Contrato, ni su ejecución, ni su incumplimiento, ni las consecuencias derivadas del mismo, por lo que no tendría la entidad para desvirtuar las pretensiones de la demanda, sobre todo cuando se acreditó, incluso, que no fue cumplido por la parte que busca que produzca efectos.

En síntesis, con base en las consideraciones expresadas en párrafos anteriores, el documento mal llamado Acuerdo de Transacción, era solo el contenido de un Acuerdo de Pago, y del mismo no puede desprenderse la falta de competencia que alegó LA CONVOCADA, ni la existencia de la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones objeto de este proceso pues, como se deduce de su propia literalidad, (i) con el mismo no se pretendió terminar un litigio existente ni precaver uno eventual, (ii) tampoco existieron las denominadas concesiones recíprocas, pues realmente solo se concede un plazo para el pago sin que se establezca beneficio alguno a favor de las arrendadoras y (iii) el objeto del mismo resulta ser solo conceder un término de pagos de obligaciones pendientes Por lo anterior dicha excepción no tiende a prosperar y por consiguiente se declara NO PROBADA.

6.2 INVALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL.

Como sustento jurídico de esta excepción, el apoderado de la Convocada se fundamentó en los efectos derivados del Acuerdo de Transacción, entre ellos, *"... que con dicha conducta mutua de las Partes, se persiguió dejar sin efecto, ni aplicabilidad la antes pactada clausula arbitral del (sic) otrora "Oferta Mercantil"...*, conceptuando que la parte convocante *"... mal hace en reclamar por la vía de la conformación de un Tribunal Arbitral, cuando lo preciso resulta que la reclamación fuera dentro de la órbita de la justicia ordinaria por medio de un proceso ejecutivo..."*.

En apoyo de su teoría, el apoderado cita al tratadista *Rodrigo Becerra Toro*, cuando, en su obra *Derecho Arbitral Doméstico*, se refiere a La Ineficacia.

En la obra el autor manifiesta que la nueva ley arbitral (ley 1563/2012) no se refiere explícitamente a la ineficacia, como forma de invalidez del pacto arbitral, sino que ella (la ineficacia) se deduce de la finalidad misma del arbitraje, cuando el pacto que se celebra para dirimir controversias ya no tiene trascendencia jurídica. Considera este Tribunal que a lo que se refiere el doctor Becerra no es aplicable al presente caso.

Tal como se puntualizó en los apartes que sirvieron para decidir la anterior excepción, este Tribunal concluyó, que con la celebración del mal llamado "Acuerdo de Transacción", no se derogó el pacto arbitral contenido en la Cláusula DECIMA PRIMERA de la "Oferta Mercantil", de donde emana la facultad de este Tribunal para conocer del conflicto.

Como corolario de lo anterior, este Tribunal considera, que, teniendo en cuenta que lo pactado por las partes, hoy Convocante y Convocada, en el mal denominado "Acuerdo de Transacción", no invalidó el pacto arbitral contenido en la Cláusula DECIMA PRIMERA de la "Oferta Mercantil", los efectos jurídicos derivados de él se conservan y que por consiguiente el pacto arbitral NO fue invalido, razón por la cual se deberá declarar también NO PROBADA esta excepción.

6.3 FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL INTEGRADO PARA CONOCER LA CAUSA EN DISCUSION.

Como fundamento de esta excepción insiste el apoderado en la existencia y consecuenciales efectos jurídicos del documento denominado "Acuerdo de Transacción", al manifestar en su escrito: *"... recalando en el mismo Acuerdo, que las Partes convenían en celebrarlo acorde con lo dispuesto en el artículo 2469 del Código Civil Colombiano como quiera que la mencionada norma deja claro que la TRANSACCION es un contrato en que las Partes, por su propia voluntad, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual; destacando la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica de "Oferta Mercantil"*

inicialmente suscritas por ellas a un "Acuerdo de Transacción"; dejando en firme y de forma cierta la liquidación de aquella, mediante el pacto de concepciones (sic) recíprocas, es importante concluir que de acuerdo a todos estos requisitos que evalúan el Acuerdo de Transacción, la COMPETENCIA del Tribunal de Arbitramento Convocado, está llamada a declararse negada...". (Resaltado fuera de texto).

Tal como el mismo apoderado lo menciona en el aparte transcrito, y como ya se ha tenido oportunidad de puntualizar, al analizar la figura de la transacción, es de primordial importancia la reciprocidad de concesiones, es decir, como bien lo expresa el doctor Fernando Hinestrosa: *"... teniendo presente que acá se examina la figura en cuanto eventualmente puede acarrear la extinción de obligaciones, sin perder de vista, o más propiamente, teniendo bien presente, que la función propia de dicha figura, la que la individualiza, es la eliminación de un litigio por las propias partes contendientes, por medio de concesiones recíprocas, ...".*

En el tan analizado documento "Acuerdo de Transacción", brilla por su ausencia siquiera una de las *"... concepciones recíprocas..."* (sic). En dicho documento, y no se cansa el Tribunal de iterarlo, lo que las partes convinieron fue un ACUERDO DE PAGO, al que equivocadamente le pretendieron determinar y aparejar los efectos jurídicos de una transacción, pero sin que en ninguno de sus apartes, se hubiere renunciado recíprocamente alguna de las pretensiones de cualquiera de las partes. Es por lo anterior que el Tribunal consideró, en AUTO No. 09, de fecha Diecinueve (19) de agosto de 2014, declarar su competencia para conocer, tramitar y decidir en derecho la pretensiones planteadas por COINTELCO S.A. contra la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A.

La decisión así tomada por el Tribunal fue objeto de recurso por la parte Convocada y en apartes de su sustentación, manifiesta el recurrente: *"Vale aprovechar este recurso, para recordar que la TRANSACCION a la luz de nuestra legislación y en especial de las normas del código civil, se instituye y estructura sobre la base de la litigiosidad del derecho con el fin de terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual, sumado a la consideración de las mutuas y recíprocas concesiones, como elemento de la esencia en la Transacción..."*

Como se observa en el aparte transcrito, es el apoderado de la convocada quien puntualiza que en la figura de la transacción debe traer aparejada *la consideración de las mutuas y recíprocas concesiones.*

Esa y otras consideraciones fueron las que sirvieron de sustento al Tribunal para mantener incólume la providencia recurrida y en el siguiente Auto (No. 10), precisó que la falta de competencia había sido también propuesta como excepción y que como tal, solo podía decidirse una vez practicada la totalidad de las pruebas.

Sea esta la oportunidad para ratificar la decisión tomada al resolver sobre la competencia, con base en lo enunciado en apartes anteriores y en los propios elementos para resolver esta excepción, en el sentido de que el documento denominado "Acuerdo de Transacción", adolece de los requisitos básicos y fundamentales para que su celebración produzca efectos jurídicos, que hubieran podido derivar en enervar la Cláusula Compromisoria. Por lo expuesto se deberá declarar NO PROBADA esta excepción.

6.4 EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA COMO EFECTO DE UN ACUERDO DE TRANSACCIÓN.

El apoderado de la Convocada, como sustento de la excepción, define la figura de la cosa juzgada. A renglón seguido le atribuye, como función negativa, "... prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico...".

Indubitable que los Tribunales de Arbitramento, como el que actualmente se encuentra conformado, para dirimir las diferencias entre las partes, ejerce funciones judiciales, al tenor del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, la figura de la cosa juzgada, es uno de los efectos de la transacción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2469 del Código Civil.

Pero resulta absolutamente claro que esos efectos se derivan del acuerdo, legalmente celebrado y plasmado en un convenio de transacción que para el asunto objeto de estudio no se dio, no siendo aplicables los efectos de cosa juzgada.

Sea la oportunidad para disentir, en unión de muchos varios tratadistas y de la misma Corte Suprema de Justicia, de la calificación de contrato que en forma inexacta y deficiente ha otorgado el artículo 2469 del Código Civil, a la figura de la transacción, pero de cuya diferencia de concepto no es el momento ni oportunidad para pronunciarse este Tribunal.

El señor apoderado en su escrito transcribe apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, omitiendo indicar la Sala en que fue proferida, el nombre del Magistrado Ponente, clase de proceso, número de expediente, fecha y demás datos que permitan corroborar lo enunciado. Más sin embargo, de acuerdo a la cita, reproduce el siguiente texto:

"que el contrato de transacción tiene condiciones para su formación las cuales son las siguientes:

Este contrato supone entonces como condiciones de su formación:

- a) El consentimiento de las partes;*
- b) La existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas.*

- c) La transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes.... (Resaltado y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, bajo el mismo concepto del señor apoderado, corroborando lo expuesto por este Tribunal en renglones anteriores, se observa nítidamente que en el tan mencionado documento denominado por las partes como "Acuerdo de Transacción", no se determinaron por ellas (las partes), concesiones recíprocas, y por tal motivo, al adolecer dicho documento de tal condición, se desfigura su formación y por consiguiente de dicho acuerdo o contrato, como se quiera llamar, no puede emanar el efecto jurídico de cosa juzgada.

Por lo expuesto se deberá declarar NO PROBADA esta excepción.

En cuanto a las excepciones denominadas Inexistencia de abuso del derecho de la sociedad Hotel Spiwak Chipichape Cali, Aparente simulación del acto jurídico promesa de compraventa celebrado con eventual interés de defraudar, principio de autorresponsabilidad y teoría de los actos propios y cumplimiento de la oferta mercantil de parte de la sociedad Hotel Spiwak Chipichape Cali S.A., el Tribunal las desestimará por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

7 JURAMENTO ESTIMATORIO

No considera el Tribunal procedente en este caso la aplicación de la sanción a que alude el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, no obstante no haber prosperado las pretensiones de la Convocante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para el Tribunal la actuación de la parte Convocante no puede tildarse de negligente o temeraria, habida cuenta de que en el transcurrir de este trámite arbitral no se observó en la Convocante falta de cuidado, descuido o imprudencia excesiva que pudieran justificar la imposición de la sanción mencionada.

Estima el Tribunal que la Convocante actuó con convicción en sus planteamientos y pretensiones, no habiendo resultado acreditados los perjuicios a pesar de los medios de prueba invocados y valorados. Hubo de parte de la Convocante una juiciosa asistencia a las audiencias, una respetuosa y profesional participación en las mismas, así como una clara y positiva colaboración en procura de que este Tribunal pudiera adelantarse sin contratiempos ni dilaciones. Resultaría en consecuencia excesivo y desproporcionado sancionar a la parte Convocante que actuó en derecho, por lo que el Tribunal se abstendría de aplicar la sanción mencionada.

Lo anterior pues nos lleva al convencimiento de que la parte Convocante si bien no obtuvo el reconocimiento de perjuicios que pretendía, no fue por negligencia o temeridad a ella imputable, sino a que la parte Convocada logró con su prueba controvertir exitosamente lo argumentado y pretendido por la Convocante.

8 DE LA TACHA DE SOSPECHA

Pasa el tribunal a resolver sobre la tacha de sospecha, impetrada por los apoderados de las partes, en contra de los testigos, DIOGENES EUSEBIO RANGEL, por la convocante y WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA, ERICK JIMENEZ SOLER y OSCAR JAVIER JIMENEZ SOLER por la convocada

Ambos fundamentan la sospecha en lo establecido en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los referidos testigos presentan un interés particular en las resultas del proceso de manera que pueda afectarse la credibilidad o imparcialidad de su declaración.

Al respecto, es necesario tener en cuenta lo que ha señalado el tratadista, GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ, en su obra, CURSO DE DERECHO PROBATORIO, pruebas civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, sexta edición, PAG. 137, es " *la persona física que en orden al descubrimiento de la verdad declara o puede declarar ante la autoridad respectiva, los datos y circunstancias de que tiene conocimiento o información, relacionados con los hechos materia de la investigación* ".....lo que significa que entre el testigo y el testimonio hay una necesaria relación compleja, pues se tienen clases de testigos y de testimonios propios e impropios, directos e indirectos, de parte y de terceros, de cargo y descargo, de abono, y los instrumentales. Y dentro del testimonio, la doctrina lo ha definido:..... " *Es una declaración verbal libre, hecha por persona física, que no tiene interés personal en el proceso, ante el funcionario competente y con las formalidades legales, sobre hechos pasados que interesan a la investigación y que ha conocido casualmente y por percepción directa* ".....

Pero en materia civil, existen restricciones como son las inhabilidades y que pueden ser absolutas - menores, dementes, sordomudos - , o relativas para determinado proceso, que comprenden a los que al momento de declarar sufran alteraciones bajo el efecto de sustancias tóxicas, o que el juez considere inhábiles ", dice el tratadista antes enunciado.

La sospecha no es una inhabilidad *es una presunción de parcialidad* sobre lo que vaya a declarar, toda vez que los vínculos o relación con los hechos hacen presumir su interés en faltar a la verdad y rendir su testimonio con parcialidad.

Así las cosas, los testigos son parte interesada, por ser accionistas de la convocante o por haber celebrado negocios con la referida sociedad demandante, no es menos cierto que ese planteamiento no es suficiente para que la sospecha concorra en un testigo, para que su declaración deba ser descalificada, sin más. Ello, que así pudo ser bajo el sistema de apreciación tarifada de las pruebas que establecía el Código Judicial, hoy no es válido bajo el Código de Procedimiento Civil que actualmente rige en el país. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“Hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha, haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio”.

Y agregó que para minar el valor demostrativo del dicho de un testigo, no basta con poner al descubierto el motivo de sospecha, sino que es necesario demostrar que “la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístase, *lo sospechoso no descarta lo veraz*”¹⁴.

Adicionalmente, ha de decir el Tribunal que no bastaba al formular la tacha, afirmar simplemente que esta tenía asidero en la relación contractual existente entre demandantes y demandados, sino que era absolutamente indispensable demostrar a cabalidad la manera como esa relación afectó la imparcialidad o credibilidad del dicho del testigo. Tal demostración brilla por su ausencia y, por el contrario, en opinión del Tribunal, lo declarado por los testigos objeto de la tacha fue responsivo, exacto y completo en relación con los hechos sobre los que tuvo conocimiento y sobre los cuales depuso ante el Tribunal.

Por las razones brevemente expuestas, el Tribunal habrá de declarar no probada la tacha formulada por los apoderados contra los testimonios rendidos por los señores DIOGENES EUSEBIO RANGEL, WILLIAM CASTELLANOS FIGUEROA, ERICK JIMENEZ SOLER y OSCAR JAVIER JIMENEZ SOLER.

¹⁴ Sentencia de 19 de septiembre de 2001 (expediente 6624), posición reiterada luego en sentencias de 26 de octubre de 2004 (expediente 9505) y 28 de julio de 2005 (expediente 6320).

9 COSTAS

Conforme a lo establecido en el artículo 392, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil —según fue modificado por el artículo 365 de la ley 1564 de 2012—, 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.

El Tribunal ha encontrado que varios de los reclamos a que se refieren las pretensiones de la demanda no están llamados a tener prosperidad. También ha encontrado que, si bien no prosperan las excepciones de mérito propuestas por la entidad convocada, muchas de las defensas que planteó en su contestación de la demanda han encontrado eco en las argumentaciones del Tribunal, y con apoyo en las mismas se han denegado los mencionados reclamos.

Así las cosas, no encuentra mérito para imponer condena en costas a cargo de ninguna de las partes.

En ese orden de ideas, cada parte asumirá los costos en que haya incurrido con ocasión del presente proceso.

10 DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre la sociedad COINTELCO S.A. y la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. en torno a las diferencias surgidas relacionadas con el cumplimiento del contrato que tuvo origen en la aceptación de la oferta mercantil propuesta por COINTELCO S.A. a HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. para la construcción de instalaciones eléctricas del Hotel Spiwak Chipichape Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo, declarar que prospera la primera pretensión principal de la demanda y, por consiguiente, declarar que entre la sociedad COINTELCO S.A. y HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. se celebró un contrato de construcción de las instalaciones eléctricas y telefónicas 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 13 de mayo de 2009.

Segundo. Por las razones expuestas en las consideraciones de esta providencia, declarar que prospera la segunda pretensión principal de la demanda y, por lo tanto, declarar que la sociedad COINTELCO S.A. cumplió plenamente con lo pactado dentro de la Oferta Mercantil Aceptada Mediante Orden de Compra del 13 de mayo de 2009 por la sociedad 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.

Tercero. Declarar, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia, que la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. incumplió su obligación de efectuar la tradición del apartamento 706 ubicado en la avenida 9 norte No. 66-34 del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali.

Cuarto. Declarar, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia, que prospera parcialmente la pretensión séptima principal de la demanda y, por consiguiente, declarar que la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. es responsable por los perjuicios ocasionados a la sociedad COINTELCO S.A. por causa del incumplimiento en la obligación de efectuar la tradición del apartamento 706 ubicado en la avenida 9 norte No. 66-34 del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali.

Quinto. Declarar que prospera la pretensión primera subsidiaria de la demanda, de manera que se declara que la sociedad demandada HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. está obligada a transferir el derecho de dominio sobre el apartamento 706 ubicado en la avenida 9 norte No. 66-34 del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali a favor de la sociedad COINTELCO S.A. La respectiva Escritura Pública deberá correrse dentro de los 10 días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente Laudo.

Sexto. Condenar a la sociedad convocada HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. a transferir el derecho de dominio sobre el apartamento 706 ubicado en la avenida 9 norte No. 66-34 del edificio Lomas de Menga de la ciudad de Cali a favor de la sociedad COINTELCO S.A. Los gastos de escrituración deberán ser asumidos por partes iguales, no obstante, los gastos asociados a la boleta fiscal y al registro de la respectiva Escritura Pública serán de cargo de la sociedad demandante COINTELCO S.A. Los gastos de administración causados desde la entrega material del apartamento hasta la fecha de escrituración, así como los servicios públicos serán a cargo de la sociedad COINTELCO S.A., al igual que la contribución de valorización e impuesto predial, causados a partir de la fecha de entrega, esto es desde el 8 de junio de 2009 y hasta la fecha de firma de la correspondiente Escritura Pública con la que se le dé cumplimiento a este laudo. La sociedad COINTELCO deberá presentar los respectivos paz y salvos. La respectiva Escritura Pública deberá correrse dentro de los 10 días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente Laudo.

Séptimo. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, acceder parcialmente a la pretensión segunda subsidiaria de la demanda y, en consecuencia, declarar que la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. está obligada al pago de los perjuicios ocasionados a la sociedad COINTELCO S.A.; los cuales corresponden a los intereses de mora dejados de percibir desde el 27 de octubre de 2011, fecha en la que se tuvo por recibida a satisfacción la obra contratada, hasta la fecha de promulgación de este laudo, intereses que se liquidan sobre el valor establecido en la Oferta aceptada para el apartamento, esto es, doscientos sesenta millones de pesos (\$260.000.000), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, y los cuales, de acuerdo con la liquidación incluida en la parte motiva del presente laudo, ascienden a la fecha a la suma de doscientos veintitrés millones quinientos setenta y siete mil doscientos sesenta pesos Mcte (\$223.577.260), suma que deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente Laudo.

Octavo. Condenar a la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. a pagar a COINTELCO S.A., dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación de la presente providencia, los perjuicios ocasionados y que corresponden a los intereses de mora dejados de percibir desde el 27 de octubre de 2011, fecha en la que se tuvo por recibida a satisfacción la obra contratada, hasta la fecha de promulgación de este laudo, los cuales, de acuerdo con la liquidación incluida en la parte motiva del presente laudo ascienden a la fecha a la suma de doscientos veintitrés millones quinientos setenta y siete mil doscientos sesenta pesos Mcte (\$223.577.260).

Noveno. Declarar que sobre la suma anterior se deben intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por la ley, desde la fecha de expedición del presente laudo arbitral y hasta la fecha de su pago efectivo.

Décimo. Condenar a la sociedad HOTEL SPIWAK CHIPICHAPE CALI S.A. a pagar a la sociedad COINTELCO S.A., los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la Ley que continúen causándose hasta la fecha de su pago efectivo, sobre los perjuicios declarados en el numeral séptimo anterior.

Décimo Primero. Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no prosperan las demás pretensiones de la demanda.

Décimo Segundo. Declarar que, de conformidad con lo expuesto al respecto en la parte motiva del presente laudo, no prosperan las excepciones de mérito propuestas por la sociedad convocada.

Décimo Tercero. Declarar, de conformidad con lo expuesto sobre el particular en la parte motiva de este laudo, imprósperas las tachas de sospecha formuladas contra los testigos por los apoderados de las partes.

Décimo Cuarto. Declarar que, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo, no hay lugar a condena en costas y agencias en derecho.

Décimo Quinto: Declarar que los Árbitros y la Secretaria adquieren el derecho a devengar 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 Sexto: Ejecutoriado el laudo, el Tribunal hará la liquidación final de los gastos, entregará los honorarios adeudados, cubrirá los gastos pendientes y presentará la cuenta razonada de la gestión obligándose a devolver el saldo, si lo hubiere, a cada una de las partes.

Décimo Séptimo: 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 Octavo. 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.

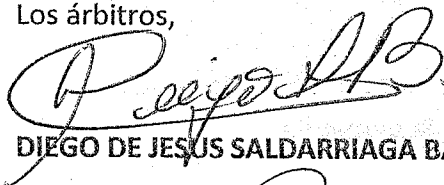
Notifíquese.

El Presidente,

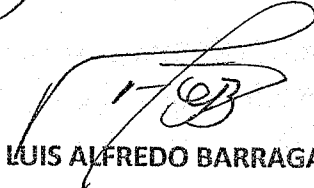


LUIS MIGUEL MONTALVO PONTON

Los árbitros,



DIÉGO DE JESÚS SALDARRIAGA BARRAGAN



LUIS ALFREDO BARRAGAN ARANGO



MARIA FERNANDA CARDONA MEJIA

Secretaria del Tribunal