

Tribunal de Arbitramento

**Construcciones Metalicas
de America Limitada**

V.S

María Adriana Yepes Artunduaga

Laudo arbitral

Santiago de Cali, 14 de marzo de 2011

INDICE

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Determinación del asunto**
 - 1.1.1 El pacto arbitral**
- 1.2 Partes y representantes**
 - 1.2.1 Parte convocante**
 - 1.2.2 Parte convocada**
- 1.3 La demanda**
 - 1.3.1 Hechos de la demanda**
 - 1.3.2 Pretensiones de la demanda**
- 1.4 Actuaciones del Centro de Conciliación y Arbitraje**
- 1.5. Instalación del Tribunal**
- 1.6 Designación de la Secretaria del Tribunal arbitral**
- 1.7 Admisión de la demanda**
- 1.8 Contestación de la demanda**
 - 1.8.1 Hechos**
 - 1.8.2 Oposición a las pretensiones de la demanda**
 - 1.8.3 Excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda**
- 1.9 Audiencia de conciliación**
- 1.10 Fijación de honorarios y gastos**
- 1.11 Primera audiencia de trámite**
 - 1.11.1 De la competencia del Tribunal arbitral**
- 1.12 Práctica de las pruebas**
- 1.13 Alegatos de conclusión**
- 1.14 Contabilización del término del proceso arbitral y suspensiones**
- 1.15. Audiencia de fallo**
- 1.16 Procedibilidad de la decisión**

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 2.1 Presupuestos procesales**
- 2.2 Problemas jurídicos identificados**
- 2.3 Análisis fáctico, probatorio y jurídico**

III. RESOLUCIÓN

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, 14 de marzo de 2011

Encontrándose surtidas, en su totalidad, las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, en Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **CONSTRUCCIONES METALICAS DE AMERICA LIMITADA**, parte convocante, e **MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA**.

I. ANTECEDENTES

1.1 Determinación del asunto

CONSTRUCCIONES METALICAS DE AMERICA LIMITADA, quien para todos los efectos se denominará LA CONVOCANTE, solicitó al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali la integración de un Tribunal de Arbitramento con árbitro único para resolver en derecho las controversias existentes con **MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA**, generadas con ocasión de la celebración de un contrato denominado Oferta Mercantil de Obra.

1.1.1 El pacto arbitral

Las controversias que se deciden mediante el presente Laudo se originan en un contrato denominado Oferta Mercantil de Obra Edificio calle 23 No. 2-22 contenido en el documento¹ que obra en el expediente y cuya la cláusula decimo tercera de dicho contrato, denominada cláusula compromisoria, establece lo siguiente:

“DECIMA TERCERA- CLAUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa al desarrollo de la presenta Oferta Mercantil, a su ejecución y liquidación, se someterá en primera instancia a un Amigable Componedor que será designado por las partes de común acuerdo dentro del los treinta (30) días calendario siguientes a la materialización de la controversia o diferencia. El Amigable Componedor tendrá un plazo de treinta (30) días calendario para ejecutar la gestión encomendada. Si las partes no se

¹ Cuaderno N° 1, fl. 9.

pusieren de acuerdo en la designación del Amigable Componedor, se entenderá agotada esta instancia. En este caso, la controversia o diferencia se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por el centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali conforme a su reglamento y a solicitud de cualquiera de las partes. El Tribunal se regirá por las normas legales vigentes al momento de su conformación y, en especial, por las siguientes: a) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro, abogado elegidos (sic) mediante el sistema de sorteo de la lista que para tal efecto tiene el Centro de Arbitraje de Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Cali; b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali; c) El Tribunal decidirá en derecho; d) El Tribunal funcionará en Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali ”

1.2 Partes y representantes

1.2.1 Parte convocante

La parte convocante es es la sociedad **CONSTRUCCIONES METALICAS DE AMERICA LIMITADA**, representada legalmente por el señor Luis Ramón Arzayuz Meneses, identificado con la cédula de ciudadanía numero 16.831.726 expedida en Cali, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali. La sociedad CONVOCANTE concurrió al proceso por intermedio de su apoderado, de conformidad con el poder que obra en el plenario².

1.2.2. Parte convocada

La parte convocada es la señora MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA, identificada con la cédula de ciudadanía numero 67.021.082 expedida en Cali, quien concurrió al proceso directamente y en nombre propio, en tratándose de un proceso arbitral de menor cuantía³.

1.3 La demanda

El día 17 de junio de 2010 tuvo lugar la presentación ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali de la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento⁴

1.3.1 Hechos de la demanda

² Cuaderno N° 1, fl. 4.

³ Decreto 1818 de 1.998, Artículo 123.

⁴ Cuaderno N° 1, fls. 1 a 14.

A continuación se presenta una síntesis de los hechos tal y como fueron presentados por la parte CONVOCANTE que han servido como soporte de sus pretensiones.

Entre CONSTRUCCIONES METALICAS DE AMERICA LIMITADA y la señora MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA, se suscribió un Contrato de Oferta Mercantil Obra Edificio 23 No. 2-22/24 de Cali el 15 de septiembre de 2008, siendo su objeto los servicios para desarrollar y ejecutar los trabajos, negocios y contratos de la rama de la ingeniería sobre asesorías, diseños, construcciones, montajes, interventoría programación y control de obras y en consecuencia las actividades relacionadas con el suministro, fabricación, montaje de la estructura metálica de cubierta y carpintería metálica, suministro de materiales para obra civil y suministro de mano de obra parte civil de la remodelación y ampliación del edificio ubicado en Cali en la Calle 23 No. 2-22-24, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria número 370-109064 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Cali.

1.3.2 Pretensiones de la demanda

La parte CONVOCANTE presentó las pretensiones que se transcriben textualmente, con la salvedad que por medio de escrito de subsanación de la demanda se aclaró el respectivo acápite.

- “1.1 Que se declare por parte del Tribunal que la señora MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA incumplió el contrato suscrito con la empresa CONSTRUCCIONES METALMECÁNICA DE AMÉRICA LIMITADA de fecha 15 de febrero de 2008.
- 1.2 Que se condene a la señora MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA a cancelar a la sociedad CONSTRUCCIONES METALMECÁNICA DE AMÉRICA LIMITADA la suma que se invirtió en la obra, objeto de este contrato, la suma de \$137.486.332.
- 2. Solicito que se inscribiera este proceso en el folio de Matricula Inmobiliaria No. 370-109064 de la Oficina de instrumentos Públicos de Cali, bien inmueble objeto de este contrato de obra mercantil, a fin de garantizar el cumplimiento del mismo.
- 3. Que como consecuencia se declare resuelto el contrato.
- 4. Que igualmente y como consecuencia del incumplimiento se condene a la señora MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA, al pago de la cláusula penal que equivale a la suma de \$13.748.633.
- 5. Que se condene en costas y agencias en derecho a MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA.”

1.4 Actuaciones del Centro de Conciliación y Arbitraje

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali dispuso lo necesario para que tuviera inicio el trámite solicitado, mediante la conformación del Tribunal de Arbitramento con el Arbitro Único Francesco Zappalá, quien aceptó por escrito dentro del término legal.

1.5 Instalación del Tribunal

Prevía notificación a todos los interesados por parte del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el 19 de agosto de 2010, a la hora 4:00 p.m., en la Sala 4, se verificó la instalación del Tribunal de Arbitramento.

La Directora del Centro hizo entrega oficial al Tribunal del expediente contentivo de la solicitud de convocatoria⁵.

1.6 Designación de la Secretaria del Tribunal

El Tribunal designó como su Secretaría a LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS, quien aceptó el nombramiento y tomó posesión del cargo⁶.

1.7 Admisión de la demanda

Mediante auto número 3 del 07 de septiembre de 2010, previa consideración de las formalidades establecidas por la ley y del escrito de subsanación presentado por la parte convocante, el Tribunal Arbitral admitió la demanda de proceso arbitral⁷.

Posteriormente, la notificación del auto admisorio de la demanda o solicitud de convocatoria quedó surtida el 10 de septiembre de 2010 conforme al artículo 315 del Código de Procedimiento Civil.

1.8 Contestación de la demanda

⁵ Cuaderno N° 2, fl. 1.

⁶ Artículo 20 del Decreto 2279 de 1989.

⁷ Cuaderno N° 2, fl. 11

MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA ejerció su defensa en nombre propio, presentando contestación a la demanda arbitral⁸, planteando excepciones previas.

1.8.1 Hechos:

En el escrito de contestación a la demanda **MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA** planteó en esencia como hechos constitutivos de su defensa los siguientes:

“A LOS HECHOS

AL PRIMERO: NO ME CONSTA.-

AL SEGUNDO: ME OPONGO, La rúbrica de la presentación de la oferta, es una manifestación de haber recibido la oferta, más no una aceptación de la misma, ya que la aceptación de la misma solo podía dar con la respectiva orden de compra, la cual nunca suscribí y mal hace la togada de la parte demandante determinar que suscribió un contrato de oferta mercantil, cuando esto nunca ocurrió, ya que no se dio cumplimiento a lo determinado por los capítulos III y IV de la oferta mercantil, requisitos de forma para dar ejecución a la oferta mercantil y no se podía dar una aceptación tacita, ya que no se dieron los presupuestos jurídicos determinados por el artículo 854 del Código de Comercio.

AL TERCERO: NO ES CIERTO: En ningún momento existen elementos probatorios para manifestar la ejecución del 100% de una obra el día 30 de noviembre de 2008, debe ser claro que para hacer dicha afirmación debía haberse aportado el Acta de Liquidación de Obra o la prueba plena de haberme negado a firmarla, en igual forma se manifiesta que se intento hablar conmigo, lo cual solo se debe tener como manifestación y no como un hecho cierto, referente a la inversión no ha sido probado con los documentos idóneos exigidos por el régimen tributario Colombiano.

AL CUARTO: ME OPONGO: No se ha generado incumplimiento por lo cual no hay lugar al pago de penalidad alguna.

AL QUINTO: ME OPONGO: Por los motivos expuestos en la oposición a la PETICION.

A LAS PRETENCIONES

A LA UNO PUNTO UNO: ME OPONGO: como lo he venido manifestando no se puede declarar el incumplimiento de una obligación que no surgió a la vida jurídica por falta de requisitos de forma.

A LA UNO PUNTO DOS: ME OPONGO: No hay lugar al cobro de la suma enunciada en la pretensión, ya que esta se deriva de la oferta mercantil y esta nunca se aceptó.

⁸ Cuaderno No. 2, fls 26 al 30

A LA SEGUNDA: ME OPONGO: No hay lugar a que sea afectado mi patrimonio por consecuencia de una oferta mercantil que nunca se dio.

A LA TERCERA: ME OPONGO: No se puede declarar resuelto un vínculo que nunca nació a la vida jurídica por los vicios de forma ya expuestos.

A LA CUARTA: ME OPONGO: No se puede imputar el pago de un incumplimiento por causa de una oferta mercantil que nunca se llevó a cabo.

A LA QUINTA: ME OPONGO”

1.8.2 Oposición a las pretensiones de la demanda

En el referido escrito de respuesta a la demanda se manifiesta expresa oposición a las pretensiones, por razón de los hechos anteriores y adicionalmente porque se sostiene:

“A LA PETICION: ME OPONGO: No hay lugar a la conformación del Tribunal de Arbitramento derivado de la Oferta Mercantil Obra Edificio calle 23 No. 2-22/24, ya que dicha oferta nunca nació a la vida jurídica, teniendo en cuenta que no se dio cumplimiento a lo determinado en el capítulo III de la oferta denominado perfeccionamiento y a lo determinado en el capítulo IV denominado Validez de la Oferta; a lo determinado por el capítulo III, nunca expedí orden de compra por la obra ofrecida, hecho que se prueba plenamente con la presentación de la demanda en la cual la parte demandada no aporta dicho documento ya que no existe, referente a la validez de la oferta y de conformidad a los artículos 851 y 853 del Código de comercio, esta oferta perdía toda validez a los cinco días hábiles subsiguientes contados a la fecha de presentación, hecho que acaeció, ya que en ningún momento se expidió orden de compra de servicio, por lo cual y de llegar a existir algún vínculo entre las partes no es derivado de la oferta mercantil, por lo cual no hay lugar a la conformación del tribunal, sino al debate jurídico en otra instancia judicial, que no es resorte del tribunal. En igual forma me permito manifestar que de haberse llegado a generar el vínculo derivado de la oferta mercantil, hecho que nunca ocurrió, debía el oferente haber agotado a cabalidad lo determinado por la cláusula decima tercera de la oferta, denominada Cláusula Compromisoria, es decir que antes de agotar esta instancia, debía haber agotado la Amigable composición, hecho que nunca se dio y que no ha sido probado dentro de la demanda y debe ser claro que tal como se determinó en la cláusula compromisoria, la amigable composición era prerequisite para la convocatoria del tribunal, ya que las instancia no eran potestativas de elección por la partes y en ningún momento se probó con la presentación de la demanda, que no hubiese existido acuerdo para designación del árbitro, lo cual hubiese facultado a la solicitud del arbitramento. Para concluir me reitero en lo manifestado referente a que no hay lugar a la

conformación del tribunal de arbitramento, ya que la oferta mercantil no nació a la vida jurídica.”

1.8.3 Excepciones contra las pretensiones de la demanda

Con base en las afirmaciones precedentes, en el referido escrito de contestación a la demanda, **MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA** formuló las excepciones previas denominadas “Falta de Jurisdicción y Competencia” y “ Habérsele dado a la demanda un trámite diferente al que corresponde”

El 30 de septiembre de 2010, la parte convocante recorrió en tiempo el traslado de las excepciones formuladas por la convocada frente a las pretensiones de la demanda, haciendo pronunciamiento sobre ellas, manifestando expresa oposición y aportó nuevas pruebas documentales.⁹

1.9 Audiencia de conciliación

Consta en el Acta número 5 del 8 de octubre de 2.010 la celebración de la Audiencia de Conciliación¹⁰, que fue declarada fracasada por el Tribunal de Arbitramento por inasistencia de la parte convocada MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA.

1.10 Fijación de honorarios y gastos

A continuación el Tribunal de Arbitramento señaló las sumas por concepto de honorarios del Árbitro Único y la Secretaria, así como la partida de gastos de funcionamiento, que en la oportunidad legal fueron consignadas en su totalidad por la parte CONVOCANTE¹¹.

1.11 Primera audiencia de trámite

Mediante Auto número 5 del 8 de octubre de 2010, el Tribunal Arbitral señaló como fecha para la celebración de la Primera Audiencia de Trámite el 5 de noviembre de 2010, a las 4:00 p.m., realizándose el día mencionado¹².

1.11.1 Competencia del Tribunal Arbitral

⁹ Cuaderno No 2 fls 32 -33

¹⁰ artículo 141 del Decreto 1.818 de 1.998

¹¹ Artículo 143 del Decreto 1818 de 1998.

¹² Acta No. 6 del cinco de noviembre de 2.010 cuaderno No. 2 – Folio 43 a 50

Primera Audiencia de Trámite el 5 de noviembre de 2010 el tribunal Arbitral ordenó la lectura del documento contentivo de la cláusula compromisoria y de las cuestiones sometidas a decisión arbitral¹³, lo cual se realizó por parte de la Secretaria.

Acto seguido, mediante providencia del 5 de noviembre de 2010 el Tribunal Arbitral resolvió declararse competente para tramitar y decidir en derecho el litigio sometido a su conocimiento, previa consideración de la naturaleza misma de la jurisdicción arbitral y del cumplimiento de los factores de atribución de competencia, como lo son el subjetivo, relativo a la capacidad jurídica de las partes para transigir; el objetivo, atinente al carácter transigible del asunto en disputa, vale decir, una controversia patrimonial de carácter presuntamente contractual, y el territorial, vinculado con la facultad asignada al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali para designar el Tribunal de Arbitramento¹⁴. De tal forma se resuelven negativamente las excepciones previas presentadas por la parte CONVOCADA mediante Auto numero 6 que no fue recurrido por las partes.

El Auto mencionado se notificó a las partes en estrados y contra él no se interpuso recurso alguno.

1.12 Práctica de las pruebas

El Tribunal de Arbitramento practicó las pruebas solicitadas por ambas partes que fueron decretadas y no desistidas, y las que de oficio ordenó, a excepción del medio probatorio de Dictamen Pericial decretado por medio del Auto numero 10 de noviembre 19 de 2010, por cuanto fue desistido el 22 de febrero de 2011 de acuerdo con el auto numero 23.

1.13 Alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, en audiencia celebrada el 1 de marzo de 2011 las partes expusieron sus alegatos; y al final ambas presentaron escritos ante el Tribunal de Arbitramento¹⁵.

1.14 Contabilización del término del proceso arbitral

¹³ Artículo 147, numeral 1 del Decreto 1818 de 1998.

¹⁴ Artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998. Cuaderno N° 2, fls. 23 y 24.

¹⁵ Cuaderno No. 2, fls 160 al 165

Toda vez que las partes no señalaron termino para fallar, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el término legal del proceso arbitral empezó a contarse a partir del 05 de noviembre de 2010 cuando tuvo lugar la celebración y finalización de la primera audiencia de trámite¹⁶.

La fecha de vencimiento para proferir el respectivo laudo debe ser el 05 de mayo de 2011.

1.15 Audiencia de fallo

Mediante auto número 24 del 1 de marzo de 2011, se fijó como fecha para la Audiencia de Fallo el 14 de marzo de 2011, a las 4:00 de la tarde, en la sala numero 3 de la sede del Tribunal Arbitral.

1.16 Procedibilidad de la decisión

El Tribunal arbitral procede a resolver en derecho las diferencias existentes entre las partes, plasmadas en la demanda, sus escritos de respuestas y excepciones propuestas, teniendo en cuenta los hechos y pretensiones esgrimidos, las pruebas recaudadas y los alegatos de conclusión presentados, en vista de que se encuentran reunidos los presupuestos procesales y no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

Por tanto, llegada la fecha señalada para proferir el Laudo Arbitral es menester manifestar las consideraciones de orden jurídico y procesal necesarias para el fundamento de la decisión.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2.1 Presupuestos procesales

En primer término es necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para que el Tribunal Arbitral pueda proferir una decisión de fondo o de mérito. Son cuatro, a saber:

¹⁶ *Supra.* p. 8 y 9. C. Término de duración del proceso arbitral. Artículo 33 del Decreto 2279 de 1989 (Artículo 154 del Decreto 1818 de 1998).

demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

En el caso concreto, formalmente la demanda colma las exigencias legales respectivas; la competencia del Tribunal Arbitral está claramente determinada por el pacto arbitral; tanto la sociedad **CONSTRUCCIONES METALICAS DE AMERICA LIMITADA**, como la señora **MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA**, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso, por conducto de su representante legal por la demandante y en nombre propio por la demandada, por ende, con capacidad procesal y capacidad para comparecer al proceso.

Siendo así, en el presente asunto tales presupuestos procesales se encuentran cumplidos a cabalidad y que no se observa causal de nulidad que invalide la actuación surtida.

2.2 Problemática jurídica

La problemática planteada por la CONVOCANTE con la presentación de la demanda arbitral y su posterior subsanación, radica esencialmente en establecer si la CONVOCADA incumplió el denominado documento Oferta Mercantil, con el fin de obtener el pago de la suma de dinero establecida en el mismo instrumento contractual.

Por su parte la CONVOCADA al momento de contestar la demanda arbitral se opone a todas las pretensiones manifestando la inexistencia de vínculo derivado del documento denominado Oferta Mercantil, aduciendo que no existe ninguna obligación a su cargo y a favor de la CONVOCANTE.

Por tanto el problema jurídico que debe resolverse radica en la averiguación si existen obligaciones a cargo de la CONVOCADA derivadas del documento denominado Oferta Mercantil de Obra y, si es afirmativa esta interrogación, proceder a establecer si la CONVOCADA incumplió las obligaciones derivadas del mismo instrumento contractual.

2.3 Análisis fáctico, probatorio y jurídico

En vista de que el principal argumento de la CONVOCADA radica en la falta de validez y de perfeccionamiento del documento designado Oferta Mercantil de Obra, es menester analizar la calidad jurídica del instrumento mencionado.

El primer acercamiento que debe efectuar el juzgador en relación con un documento que

no ha sido atacado por las partes en merito a la validez de su consentimiento, como es el caso que nos atañe, por cuanto durante el itinerario probatorio es diáfana la aceptación del convenio derivado del documento denominado Oferta Mercantil; es efectuar su calificación contractual que, siendo distinta de la interpretación e integración contractual, es la operación reservada al juez, en este caso al arbitro, no exclusiva de éste, que permite determinar en el caso concreto el esquema causal en el cual el contrato fue concebido; obviamente la calificación contractual se vale de la interpretación e integración para fijar la verdadera especie contractual. Es la calificación contractual el corolario del principio de la primacía de la realidad enmarcada en el artículo 1618 del Código Civil colombiano.

Resulta del caudal probatorio que las partes CONVOCANTE y CONVOCADA en realidad desearon crear un vínculo contractual en el cual la primera se obligara a realizar una determinada obra de ingeniería civil con el suministro, fabricación, montaje, remodelación y suministro de mano de obra civil en el bien inmueble ubicado en la calle 23 número 2-22/24 identificado con el numero de matricula inmobiliaria 370-109064 de la Oficina de instrumentos Públicos de Cali; para que la CONVOCADA pagara su valor intrínseco adicionando de una ganancia a fin de lucro mercantil; conclusión que resulta de la interpretación gramatical y lógica, establecida como formas prioritarias de interpretación contractual en los artículos 1619 y 1620 del Código Civil colombiano.

Obviando la lectura de la denominación inicial o titulo del documento, resulta innegable que la CONVOCANTE se obliga a una prestación de dar, que consiste en transferir la propiedad de bienes necesarios para la construcción, fabricación, remodelación, suministro, fabricación, montaje, remodelación de un bien inmueble de propiedad de la CONVOCADA como resulta de una lectura sencilla de las clausulas primera, segunda, tercera, octava, parágrafo de la decima y decimo cuarta; igualmente la CONVOCANTE se obliga a una prestación de hacer que consiste en realizar materialmente la obra mencionada en el bien inmueble de propiedad de la CONVOCADA como resulta de la asimilación de todo el instrumento contractual; por su parte la CONVOCADA se obliga a una prestación de dar que consiste en pagar una suma de dinero valorada en la clausula cuarta que debe entenderse proporcional a la ejecución de la obra, y a unas prestaciones accesorias de hacer establecidas en la clausula novena del mismo instrumento contractual.

Se colige que el instrumento contractual mal denominado Oferta Mercantil, en vista de que la naturaleza jurídica del instituto jurídico nominado en el Código de Comercio como

Oferta Mercantil no está representada en el instrumento contractual que es fundamento de la controversia que se estudia, es en realidad un Contrato de Obra, a mas de la bilateralidad del negocio jurídico concretizado en la suscripción o firma de ambos contratantes, deduciéndose que si se hubiese concebido como oferta mercantil, esta ya fue aceptada y por tanto el vinculo entre las partes se ha elevado a contrato, soslayando entender que el documento contiene un acto preparativo, sino un contrato del cual surgen inevitablemente obligaciones definitivas. Es un contrato.

Por lo anterior no es congruente el alegato de conclusión de la CONVOCADA que lo fundamenta en las excepciones derivadas de una oferta mercantil, argumentando que la CONVOCADA no se obligó con la CONVOCANTE en razón del documento, cuando a lo largo de todo el trámite probatorio se demuestra lo contrario, es decir que se obligó con la CONVOCANTE.

Además de la certeza proveniente de la firma por parte de la CONVOCADA y CONVOCANTE en el documento base de estudio que evidencia una clara voluntad de obligarse definitivamente y no un acto meramente preparatorio como lo es la oferta, el objeto del contrato de obra fue efectivamente ejecutado en razón de la confesión que la CONVOCADA hace en la recepción de su interrogatorio de parte, aunque manifieste su ejecución parcial, que es confirmada por las declaraciones del interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad CONVOCANTE y por las manifestaciones recibidas en la práctica del medio probatorio testimonial efectuado a funcionarios y trabajadores que participaron directamente en la ejecución de la obra. Por tanto es incontestable la voluntad de obligarse por parte de CONVOCANTE y CONVOCADA en un contrato de obra. Es por tanto irrefutable la existencia de obligaciones a cargo de ambos contratantes representados como partes procesalmente adversas en el proceso arbitral.

El primer interrogante del teorema jurídico resulta afirmativo, vale decir, sí existen obligaciones a cargo de la CONVOCADA derivadas del documento mal denominado Oferta Mercantil de Obra, siendo necesario proceder a resolver si la CONVOCADA incumplió las obligaciones derivadas del contrato de obra en perjuicio de la CONVOCANTE.

Para proceder a establecer el segundo interrogante se deben expresar nuevamente las obligaciones de la CONVOCADA que consisten en una prestación de dar la suma de dinero estimada en la clausula cuarta del contrato de obra y otras accesorias fijadas a lo largo de todo el contrato y en especifico en la clausula novena del contrato plurimencionado.

Resulta del caudal probatorio y en especial de la confesión obtenida del interrogatorio de parte de la CONVOCADA que no ha pagado ningún valor por concepto de la suma tasada en la cláusula cuarta del contrato de obra, simultáneamente la CONVOCADA confiesa en el mismo medio probatorio, aunque precisando que parcialmente, que la CONVOCANTE si ha efectuado la obligación de hacer las adecuaciones, reparaciones e instalaciones de ingeniería civil en el bien inmueble edificio de su propiedad, desprendiéndose sin mayor esfuerzo el incumplimiento de la CONVOCADA en la obligación principal pactada en la cláusula novena que consiste en pagar los valores de la obra efectivamente realizada, con la salvedad a favor de la parte CONVOCADA de la consideración de que la ejecución no fue total, sino parcial. Lo anterior es una conclusión que proviene de la confesión directa, espontánea y libre de la CONVOCADA.

En atención a establecer el valor del contrato de obra efectivamente realizado es preciso dilucidar que si bien es cierto la parte CONVOCADA reconoce que la CONVOCANTE si ejecutó el contrato de obra, afirma que la ejecución fue parcial. Es relevante establecer la inercia de la parte CONVOCANTE en demostrar los valores de los materiales y mano de obra aportados para el cumplimiento del objeto contractual. Es fundamental expresar que el valor regulado en la cláusula cuarta del contrato de obra debe entenderse proporcional a la obra efectivamente ejecutada, y no como un valor absoluto que debe ser pagado por la CONVOCADA, por cuanto es evidente que la obra de ingeniería civil no fue completada en su totalidad, de acuerdo a las afirmaciones congruentes y concordantes de los interrogatorios de parte de la CONVOCADA y del representante legal de la CONVOCANTE de donde se establece que la obra no fue terminada, pero si ejecutada en un porcentaje muy cercano a la totalidad, según los medios probatorios interrogatorios de parte a ambos contratantes, de acuerdo a la inspección judicial efectuada en el sitio del bien inmueble objeto del contrato de obra y también en concordancia con los medios probatorios documentales aportados durante los interrogatorios de parte, en donde se evidencia el intercambio de correos electrónicos entre el representante de la CONVOCANTE y el señor Alejandro Toro Arzayus quien ostenta la calidad de representante de la CONVOCADA, asumiendo que la obra fue completada por la CONVOCANTE.

Durante el interrogatorio de parte la CONVOCADA confiesa ser acreedora de la CONVOCANTE por los valores indicados en 63 documentos constitutivos de facturas, recibos y notas crédito relativos a materiales y mano de obra destinados al objeto del contrato de obra de ingeniería civil en el bien inmueble ubicado en la calle 23 número 2-22/24 identificado con el numero de matricula inmobiliaria 370-109064 de la Oficina de

instrumentos Públicos de Cali, de propiedad de la CONVOCADA, que fueron objeto de reconocimiento de documento por parte de la misma CONVOCADA, que suman SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO \$75.418.245 pesos colombianos. En consideración a la estipulación de pago del 7% por concepto de administración, equivalente a \$5.279.277; del 5% por concepto de utilidad, equivalente a \$3.770.912; y del 16% sobre la utilidad, equivalente a \$603.345; resulta que el valor por el cual la CONVOCADA ha incumplido el contrato de obra es de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE \$85.071.779 pesos colombianos.

Resulta ajeno a cualquier fatalidad que el presupuesto inicial de la obra de ingeniería civil, reportado en la suma de \$68.743.166, resulte ser la exacta mitad de la suma valorada en la clausula cuarta del contrato de obra, es decir \$137.486.332; circunstancia que se convierte en una teoría posible de contrato de inversión en obra con lucro del 100%, cuando las partes procesales en los interrogatorios de parte usan repetidamente la acepción o palabra 'inversión' y en los medios probatorios documentales de intercambio de correos electrónicos entre el representante de la CONVOCADA y de la CONVOCANTE afirman conjuntamente y reiteradamente que la inversión es de 1 a 2, refiriéndose al valor de las contribuciones en materiales y en mano de obra que la CONVOCANTE efectúa en el bien inmueble de propiedad de la CONVOCADA. La anterior teoría queda en conjetura y especulación por cuanto la parte CONVOCANTE no adelantó ninguna actuación procesal para demostrarlo ni en el escrito de la demanda arbitral, ni en el desarrollo de la etapa probatoria, y menos en su alegato de conclusión que consta de media página.

Durante el interrogatorio de parte realizado a la CONVOCADA se deduce por manifestación directa y clara de la misma, que para terminar parcialmente la obra objeto del contrato que nos atañe celebró un nuevo contrato con el señor Alejandro Toro Arzayus, es decir su representante en el contrato de obra con la CONVOCANTE, sin que se haya terminado por voluntad expresa de las partes o por decisión judicial el contrato de obra convenido con la CONVOCANTE concluyéndose el segundo incumplimiento contractual de la CONVOCADA, que estriba en tener vigentes dos contratos con personas distintas para un mismo objeto contractual, por cuanto debió existir voluntad consensuada o decisión judicial en merito a la terminación del contrato de obra con la CONVOCANTE.

Debe revelarse que en cumplimiento de la clausula novena del contrato de obra de ingeniería civil, la CONVOCADA designó al señor arquitecto Alejandro Toro Arzayus, pariente de los representantes y accionistas de la sociedad CONVOCANTE, como su representante. En la recepción del testimonio del representante designado de la

CONVOCADA, fue evidente y exagerada su forma esquiva, vaga e imparcial, al punto que parecía su testimonio un alegato de conclusión a favor de la CONVOCADA, pero fueron sobre todo sus evasivas a responder preguntas de la apoderada de la CONVOCANTE y del Arbitro Único, indicativas de una relación sentimental con la CONVOCADA que admitió durante la recepción del interrogatorio, sin haberlo manifestado cuando se le exhorto hacerlo, declarándose por tal motivo sospechoso su testimonio. No obstante durante su testimonio y en el interrogatorio de parte de la CONVOCADA se descubre que el representante de la CONVOCADA nunca emitió informes de obra, ni informes de progreso de obra, ni informe de cierre de la obra, ni tanto menos advirtió a la CONVOCADA del supuesto incumplimiento de la CONVOCANTE que solo durante el proceso arbitral, pero no durante la ejecución de la obra, exteriorizó. Por tanto las afirmaciones del representante de la CONVOCADA, lejos de haberse demostrado por la inactividad procesal de la misma CONVOCADA, se convierten en una confesión del incumplimiento de la obligaciones contractuales y ontológicas propias de la profesión de arquitecto por parte de Alejandro Toro Arzayus frente a la CONVOCADA, quien de considerarse afectada, podría exigir la reparación patrimonial a su representante en razón del vinculo de mandato entre ellos estipulado, que no puede ser de resorte del Tribunal Arbitral por la falta de consentimiento de pacto arbitral del representante mencionado y por falta de legitimidad pasiva en el proceso arbitral.

Es preciso indicar que las afirmaciones de la CONVOCADA en merito al incumplimiento de la CONVOCANTE no fueron direccionadas procesalmente, ni tanto menos objeto de medios probatorios, por la indiferencia procesal de la CONVOCADA y por la ausencia de solicitud de práctica de medios probatorios para demostrar sus afirmaciones entorno al incumplimiento de la CONVOCANTE que quedaron en meras enunciaciones sin fundamento probatorio. Cabe notar que la CONVOCADA acude al proceso, contestando la demanda sin solicitar medios probatorios, actúa procesalmente en nombre propio durante todo el proceso arbitral, a excepción de una parte de una audiencia de medios probatorios en la cual estuvo representada por apoderada, e incluso fue ausente en la totalidad de las audiencias de integración del litisconsorcio, incluso estuvo ausente en la fundamental, para su ejercicio del derecho de defensa, primera audiencia de trámite. La CONVOCADA no ejerció, habiéndolo podido hacer, su derecho de defensa en forma oportuna y adecuada.

Resultando contundente el incumplimiento de la CONVOCADA se procede a estimar la nulidad parcial, permitida y definida en el artículo 902 del Código de Comercio, de la clausula quinta del contrato de obra por gravitar alrededor de una condición puramente potestativa del deudor, por mandato expreso del inciso primero del artículo 1535 del

Código Civil, que determina la nulidad de las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad del deudor, cuya sencilla razón de ser, radica en que no existe obligación, cuando su cumplimiento queda enteramente al arbitrio de quien está llamado a cumplirla. Es nula una condición puramente potestativa cuando queda al exclusivo albedrio del deudor cumplirla o menos, lo que es igual a no obligarse. Principio que ya desde el Digesto justiniano se expresó con la máxima *nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit*, es decir, ninguna promesa puede consistir si es dejada a la voluntad del que promete. La venta y enajenación de un bien inmueble, como es el edificio objeto del contrato de obra, es una decisión únicamente de la propietaria que no depende sino exclusivamente de su voluntad, por tanto la clausula quinta del contrato de obra es nula parcialmente por englobar una condición puramente potestativa, que se convierte en antijurídica por permitir, que por voluntad exclusiva y sin que dependa de otro acontecimiento, el deudor tenga el poder omnímodo de cumplir o menos la obligación. Esto equivale a no obligarse. Además de su nulidad jurídica, desde la óptica objetiva del documento, se puede confirmar la ausencia de voluntad de venta del edificio objeto del contrato de obra por parte de la CONVOCADA, con el medio probatorio inspección judicial en donde se percibió la falta de voluntad de venta o enajenación del bien inmueble objeto de la clausula nula por cuanto además de no existir ningún letrero o aviso de venta, la CONVOCADA ha entregado la tenencia de todo el primer piso del edificio mencionado por medio de un contrato de arrendamiento de local comercial y además la misma CONVOCADA en los restantes pisos superiores ha dispuesto e instalado un establecimiento comercial de su propiedad.

Se procede a analizar las pretensiones de la demanda que fue subsanada como consecuencia de la inadmisión del Tribunal Arbitral, en donde existe una imprecisión e incongruencia jurídica entre la pretensión 1.2 y la 3, por cuanto no es viable, a tenor del artículo 1546 del Código Civil, solicitar el cumplimiento de la obligación contractual, como acontece en el ítem 1.2, para en el tercero solicitar conjuntamente la resolución del mismo contrato, por la básica razón de que cumplimiento y resolución son incompatibles no solo jurídicamente sino fácticamente, siendo afortunada la parte CONVOCANTE que el error de su apoderada no es motivo, en el actual sistema procesal colombiano, de deniego de sus pretensiones mal encaminadas; a lo que se agrega que la solicitud de medida cautelar no es una pretensión sino una solicitud que no requiere de estudio de merito ni que su declaratoria sea en sentencia final; ahora bien, la condena al pago de la clausula penal establecida en la clausula vigésima es automática en atención al incumplimiento de la CONVOCADA, que por inactividad probatoria de la apoderada de la CONVOCANTE, se limita al valor establecido contractualmente, es decir el 10% del valor efectivo de la suma principal a la que accede, vale decir SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UNO

MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO \$7.541.825 pesos colombianos, sin que ni siquiera se haya intentado establecer la verdadera entidad del perjuicio causado a la CONVOCANTE, porque no existe ningún medio probatorio que la apoderada de la CONVOCANTE haya solicitado, ni alegato, encaminado a demostrar el real monto del perjuicio causado por la CONVOCADA a la CONVOCANTE; todo lo anterior sirve de fundamento para condenar a la CONVOCADA por concepto de agencias en derecho en un porcentaje mínimo con fundamento en la naturaleza, cantidad y calidad de la gestión ejecutada por la apoderada de la CONVOCANTE, cuyo escrito de alegato de conclusión es insignificante en demostración de la calidad y cantidad de su actuación e intervención en las fases del procedimiento y en especial durante el periodo probatorio, fijándolas en un 2% del valor total de la condena, es decir UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES \$1.852.273 pesos colombianos en atención al acuerdo 1887 de 2003; por último es consecuencia directa la condena en costas a cargo de la CONVOCADA a favor de la CONVOCANTE por la suma total de los gastos de honorarios del Arbitro Único, de honorarios de la Secretaria y de los gastos de funcionamiento del Tribunal de Arbitramento, agregándose el impuesto IVA correspondiente, que fueron pagados en su integridad por la CONVOCANTE.

III. RESOLUCIÓN

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre **CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA** como parte convocante y **MARÍA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA**, como parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que entre la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA y la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA se suscribió el día 15 de septiembre de 2008 un CONTRATO DE OBRA CIVIL para el suministro, fabricación, montaje, remodelación y suministro de mano de obra civil en el bien inmueble ubicado en la calle 23 número 2-22/24 identificado con el numero de matricula inmobiliaria 370-109064 de la Oficina de instrumentos Públicos de Cali de propiedad de la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA.

SEGUNDO: Declarar la NULIDAD PARCIAL de la clausula quinta del contrato de obra civil para el suministro, fabricación, montaje, remodelación y suministro de mano de obra civil en el bien inmueble ubicado en la calle 23 número 2-22/24 identificado con el numero de matricula inmobiliaria 370-109064 de la Oficina de instrumentos Públicos de Cali suscrito entre la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA y la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA.

TERCERO: Declarar el INCUMPLIMIENTO contractual de la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA del contrato de obra civil para el suministro, fabricación, montaje, remodelación y suministro de mano de obra civil en el bien inmueble ubicado en la calle 23 número 2-22/24 identificado con el numero de matricula inmobiliaria 370-109064 de la Oficina de instrumentos Públicos de Cali suscrito entre la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA y la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA.

CUARTO: Condenar a la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA a pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA la suma de OCHENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE \$85.071.779 pesos colombianos por concepto del VALOR DE LA OBRA EJECUTADA.

QUINTO: Condenar a la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA a pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UNO MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO \$7.541.825 pesos colombianos por concepto de CLAUSULA PENAL.

SEXTO: Condenar a la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA a pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES \$1.852.273 pesos colombianos por concepto de AGENCIAS EN DERECHO.

SÉPTIMO: Condenar a la señora MARIA ADRIANA YEPES ARTUNDUAGA a pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES METÁLICAS DE AMERICA LIMITADA la suma de UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES \$1.852.273 pesos colombianos por concepto de COSTAS DEL PROCESO.

OCTAVO: Declarar causado el saldo final de los honorarios del Arbitro Único y de la Secretaria que se efectuarán por el Arbitro Único.

NOVENO: Ordenar que por Secretaria se expidan y se entreguen copias autenticas del laudo con destino cada una de las partes

DECIMO: Ordenar que por Secretaría de efectúe el depósito de copia del laudo con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

UNDÉCIMO: Ordenar la protocolización del expediente en una notaria del círculo de Cali.

La providencia se notifica en estrados en la Audiencia de Fallo y queda ejecutoriada a la hora 16:30 del día 14 de marzo de 2010.

Se ordena que el Laudo se notifique, se copie y se cumpla.

FRANCESCO ZAPPALA

Arbitro Único

LYDA MERCEDES CRESPO RIOS

Secretaria