

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CARMEN ELENA JARAMILLO DE MOLINEROS

VS.

JORGE ELIECER VALVERDE SAAVEDRA

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Como se encuentran cumplidas las etapas procesales previstas en los decretos 2651 de 1951, 2279 de 1989 y ley 23 de 1991, procede a decidir el Tribunal el conflicto planteado en las pretensiones sometidas a su consideración en la solicitud demanda de convocatoria e integración de este Tribunal, profiriendo la correspondiente decisión de mérito con la cual culmine el presente proceso promovido por la señora CARMEN ELENA JARAMILLO DE MOLINEROS contra JORGE ELIECER VALVERDE SAAVEDRA.

CAPITULO PRIMERO

1. ANTECEDENTES

1.1 El Pacto Arbitral.

Los contratantes Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra estipularon la cláusula compromisoria en la cláusula décima quinta del documento privado fechado el 10 de octubre de 1995, conforme a la cual en caso de alguna diferencia entre los mismos, por razón o con ocasión del contrato contenido en el precitado documento sería resuelto por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio sería la ciudad de Cali.

1.2 Constitución del Tribunal de Arbitramento.

El tribunal de arbitramento se constituyó con la designación de árbitro único realizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, según consta en comunciación de 28 de agosto de 1996. Esta designación recayó en la persona del abogado Simón Payán Moreno, quien aceptó el nombramiento en carta de 9 de septiembre del mismo año.

1.3 La validez de la cláusula compromisoria.

No se controvertió la validez legal de esta cláusula, pues la naturaleza de la materia o hechos que hicieron surgir el presente conflicto es susceptible de transacción y los contratantes son personas plenamente capaces, de acuerdo con la ley.

CAPITULO SEGUNDO

2. ETAPA INICIAL DEL PROCESO. SINTESIS DE LA SOLICITUD DEMANDA DE CONVOCATORIA Y SU REFORMA

2.1 En cumplimiento el Tribunal del artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 303 de la misma obra, relaciona sintéticamente la solicitud demanda de convocación e integración del Tribunal de Arbitramento y su contestación, vale decir, relaciona sucitamente los hechos de la mencionada solicitud demanda, sus peticiones y los atinentes al escrito de contestación.

2.2 La parte provocante, en escrito que obra a folios 2, 3, 4 y 5 del cuaderno principal, dirigido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expuso, en síntesis, como fundamento de las peticiones de la solicitud demanda los siguientes hechos:

2.3 Las peticiones de la solicitud de convocatoria pueden sintetizarse así:

a) **Que no está obligada a pagar la suma de \$3'031.400 moneda corriente, por concepto de obras civiles adicionales, en virtud de no haber sido ordenadas por ella;**

b) **Que tampoco está obligada la señora Jaramillo de Molineros a pagar al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra la suma de \$ 464.000 moneda corriente, por obras adicionales que supuestamente realizó este último como contratista de la obra a la cual hace referencia el documento suscrito por estas mismas personas el 10 de octubre de 1995, el cual obra a los folios 17 y 18 del cuaderno principal.**

c) Que se declare y condene al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra en favor de Carmen Elena Jaramillo de Molineros al pago de la suma de \$15'000.000 moneda corriente por violación manifiesta de sus compromisos contractuales.

2.4 En escrito de 17 de octubre de 1996, el apoderado de la parte convocante solicitó únicamente la práctica de dos medios probatorios, a saber: a) inspección judicial en la construcción efectuada por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra; b) peritación para verificar fallas estructurales en la confección de la obra estipulada en el contrato contenido en documento de fecha 10 de octubre de 1995. Este escrito no contiene alteración de las partes, ni tampoco modificó los hechos o peticiones de la demanda. El Tribunal dio oportuno traslado al convocado de esta reforma, por el término previsto en la ley.

Como hechos fundamentales de la demanda o solicitud de convocatoria se adujeron los siguientes:

1) Que entre Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra se celebró un contrato de ejecución de obra el 10 de octubre de 1995 relativo a dos apartamentos indicados en la cláusula primera del aludido contrato.

2) Que el contratista se obligó a confeccionar esta obra a todo costo en la forma que se describe en las cláusulas tercera y cuarta del contrato de ejecución de obra contenido en documento privado de 10 de octubre de 1995.

3) Que la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros cumplió la totalidad de sus obligaciones inherentes al contrato en mención y se reservó el derecho de recibir la obra, a plena satisfacción suya.

4) Que el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra incumplió el contrato de ejecución de obra, pues no constituyó las pólizas previstas en la cláusula décima cuarta del contrato ya citado.

5) Que el contratista no obstante haberse obligado a ejecutar la obra a todo costo y fijo ha pretendido aumentar la cuantía del aludido contrato, exigiéndole a la contratante y beneficiaria de la obra el pago de las sumas señaladas en la parte petitoria de la demanda, las cuales ha transcrito el Tribunal.

6) Que la contratante Carmen Elena Jaramillo de Molineros está dispuesta a pagarle al contratista los honorarios profesionales que le adeuda una vez este último le haya entregado la obra contratada por el documento de 10 de octubre de 1995 a su entera satisfacción.

7) Que el contratista está obligado a pagarle a la contratante el valor de la sanción penal pactada por incumplimiento en la cláusula décima tercera del documento privado de 10 de octubre de 1995.

Con posterioridad a la presentación de la solicitud de convocatoria ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el

apoderado de la convocante Carmen Elena Jaramillo de Molineros reformó la demanda en escrito de 17 de octubre de 1996, acto que restringió a la petición de las pruebas de inspección judicial y peritación que a la postre fueron denegadas por el Tribunal. En dicho escrito de reforma no se alteraron los hechos, las partes en conflicto, ni tampoco las pretensiones de la primitiva demanda presentada el 24 de mayo de 1996. El Tribunal admitió la reforma y dio traslado por el término legal al convocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra.

2.5 Síntesis de la Contestación a la Solicitud-Demanda.

El apoderado del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra aceptó los hechos primero, tercero, cuarto, séptimo, décimo segundo y décimo tercero. No aceptó en cambio los hechos segundo, quinto, octavo, noveno, décimo, décimo cuarto y décimo quinto de la solicitud de convocatoria. En relación con los demás hechos dio las explicaciones pertinentes sin aceptarlos o negarlos explícitamente. No propuso excepciones de fondo. Ni tampoco alegó hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial sobre el cual ha versado el presente litigio en las oportunidades previstas en los artículos 92 y 305 del Código de Procedimiento Civil.

Y en cuanto al escrito de reforma de la solicitud de convocatoria presentado el 17 de octubre de 1996, por el apoderado de la parte convocante, se opuso a la petición de los nuevos medios de prueba solicitados por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros y censuró además que dicho escrito constituyera una verdadera reforma de la demanda, de conformidad con el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

2.6 La Audiencia de Conciliación.

2.7 El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali realizó durante los días 2, 8 y 23 de julio de 1996 la audiencia de conciliación exigida por el decreto 2279 de 1989, la cual no tuvo los efectos benéficos propios de esta institución, en razón de no haber logrado las partes en conflicto acuerdo alguno sobre los puntos en controversia.

2.8 La Designación de Arbitro Unico por el Centro de Conciliación y Arbitraje Cámara de Comercio de Cali.

El tribunal de arbitramento se constituyó con la designación de árbitro único realizada por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, según consta en comunciación de 28 de agosto de 1996. Esta designación recayó en la persona del abogado Simón Payán Moreno, quien aceptó el nombramiento en carta de 9 de septiembre del mismo año.

2.9 Instalación del Tribunal

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali instaló el Tribunal el 23 de septiembre de 1996, como consta en el acta No.1 de la misma fecha, la cual obra a los folios 1 a 6 del cuaderno de actas

correspondiente. Concurrieron a la audiencia de instalación el árbitro único, los apoderados de las partes convocante y convocada y la Secretaria Operativa de dicho Centro.

CAPITULO TERCERO

3. LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRAMITE

- 3.1** No habiendo llegado las partes a un acuerdo en la etapa conciliatoria ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, se declaró terminada esta etapa forzosa del proceso y como consecuencia designó como árbitro único al Abogado SIMON PAYAN MORENO, quien después de haber manifestado su aceptación lo convocó el precitado Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali para la instalación del Tribunal en providencia de fecha 12 de septiembre de 1996, y, en consecuencia, el 23 de septiembre de 1996 a las 3:00 p.m. se reunió el Centro de Conciliación y Arbitraje en la Sala No. 2 de la Cámara de Comercio de esta ciudad, situado en el cuarto piso del edificio que funciona en la Calle 8a. 3-14, de la ciudad de Cali, con objeto de instalar el Tribunal, fijar honorarios y gastos, dar noticia de la instalación a la Procuraduría General de la Nación, todo de conformidad con los decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y ley 23 del mismo año.
- 3.2** El Tribunal, en acatamiento al artículo 29 del decreto 2279 de 1989, modificado por el 108 de la ley 23 de 1991 y el numeral 1o. del artículo 18 del decreto 2651 de 1991, fijó su competencia mediante Auto No. 2, de fecha 18 de octubre de 1996 (acta No. 2 de la misma fecha). Contra este proveído la parte provocante y provocada no interpusieron el recurso de reposición consagrado por la ley, por lo cual el auto el mención quedó ejecutoriado y radicada definitivamente en el Tribunal la competencia para aprehender el conocimiento de la controversia.
- 3.3** Por la parte provocada no se propuso excepciones previas, razón por la cual el Tribunal en auto No.6 de fecha 31 de octubre de 1996 (Acta No. 3, de la misma fecha) abrió a pruebas el proceso y decretó las que estimó pertinentes amén de las pruebas oficiosas a las cuales alude el auto No.7, de 31 de octubre de 1996, inserto en la misma acta No.3, de la misma fecha (folios 45, 46 a 48 del cuaderno de actas)
- 3.4** Por Auto No. 12 de 15 de noviembre de 1996, el Tribunal declaró terminada la primera audiencia de trámite. Con posterioridad a esta providencia el Tribunal procedió a desarrollar la etapa de instrucción del proceso, la cual culminó por Auto No 31, de fecha 18 de marzo de 1997 (Acta No. 23 de la misma fecha, folios 262, 263 y 264).
- 3.5** Por lo demás han sido evacuadas todas las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio por el Tribunal y contradichas con observancia de los requisitos legales. El Tribunal, además, escuchó al apoderado de la parte convocada en la etapa de alegaciones. El apoderado de la parte convocante no

se hizo presente en la audiencia señalada para tal efecto. Por auto No.34 de 7 de abril de 1997 el Tribunal señaló la hora de las 3 de la tarde del día viernes 9 de mayo de 1997 para pronunciar el laudo correspondiente.

- 3.6** Corresponde entonces al Tribunal decidir la presente controversia profiriendo el laudo correspondiente, a lo cual se procede previas las consideraciones que se harán en los capítulos siguientes estando constituidos regularmente los llamados presupuestos procesales y no existiendo ningún otro impedimento legal que impida desatar este conflicto.

CAPITULO CUARTO

4. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

- 4.1** En este proceso se han cumplido todos los trámites establecidos por los decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y ley 23 del mismo año. Por lo demás se reúnen en el presente caso los llamados presupuestos procesales, por lo cual el laudo no puede ser inhibitorio. Tampoco se observan causales de nulidad de las señaladas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y en el 38 del decreto 2279 de 1989.
- 4.2** Independientemente de lo dicho en el párrafo anterior, es incuestionable la función de administrar justicia de la jurisdicción arbitral. El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia dispone lo siguiente: **“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”**.
- 4.3** Por otra parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil claramente dispone que “corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones”. Significa lo anterior, que en virtud del pacto arbitral los árbitros quedan, pues, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, pues es innegable que, como lo advierte JAIRO PARRA QUIJANO, **“la buena prestación del servicio público de justicia, exige que existan ramas de la jurisdicción”** (DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1992, pág. 20).
- 4.4** La jurisdicción arbitral es entonces la soberanía del Estado aplicada a la administración de justicia. Y administrar, como lo expone el autor antes citado, significa “gobernar, ejercer la autoridad o el mandato sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan. Dirigir una institución. Ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes. Suministrar, proporcionar, o distribuir alguna cosa”(cfr. op. cit., pág. 19).
- 4.5** Según la definición dada por las leyes que regulan el procedimiento arbitral, éste es el establecido para dirimir controversias que surjan entre las personas con

motivo de sus relaciones contractuales, siempre que tengan capacidad para transigir y resolver. En esta forma, por medio de intervención de particulares se deciden las diferencias que hayan surgido entre ellas en la celebración, ejecución o como consecuencia de la relación contractual. El arbitramento, por consiguiente, se constituye así en una justicia supraprocedimental, reglamentada específicamente por la ley, pero con fundamento inequívoco en la voluntad de los contratantes.

- 4.6** No está por demás anotar aquí que los alcances de la cláusula compromisoria lo precisó el Tribunal en el auto No.2, del 18 de octubre de 1.996 que obra a los folios 19 a 26 del cuaderno de actas, vale decir, en cuanto al sometimiento de los contratantes a las decisiones del Tribunal de Arbitramento que se ha constituido para resolver el conflicto suscitado entre la señora CARMEN ELENA JARAMILLO DE MOLINEROS y JORGE ELIECER VALVERDE SAAVEDRA..
- 4.7** Delimitada la competencia del Tribunal para conocer y decidir en derecho las diferencias surgidas entre la señora Carmen Helena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra, con motivo u ocasión del perfeccionamiento o celebración del contrato de prestación de servicio profesional independiente de obra civil contenido en documento privado fechado el 10 de octubre de 1995, por auto No. 2, del 18 de octubre de 1996 (acta No.2), es oportuno reiterar que la competencia en el caso que se decide tiene como único fundamento **la validez de la cláusula compromisoria, la cual ratifica el Tribunal, con arreglo a la cual se fijó la jurisdicción competente para resolver las situaciones de conflicto entre las partes, es decir, que la intención de éstas al suscribir el documento en el cual se condensó el contrato de construcción de obra civil fechado el 10 de octubre de 1995, no fue otra que la de que tales situaciones se resolvieran por un tribunal de arbitramento integrado conforme a la ley. A este propósito cobra especial relevancia el artículo 1618 del Código Civil cuando expresa que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, lo cual significa que el legislador concede especial importancia y valor a la intención de las partes como expresión de la autonomía de sus voluntades.**
- 4.8** Lo expuesto anteriormente significa que el ámbito dentro del cual ha de desarrollarse el laudo lo delimita precisamente el contrato de ejecución de obra contenido en el documento fechado el 10 de octubre de 1995, pues de conformidad con la cláusula décimaquinta del aludido documento, **“las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, POR RAZON O CON OCASION DEL PRESENTE CONTRATO, será resuelta por un tribunal de arbitramento cuyo domicilio será en la ciudad de Cali (lugar de ejecución del contrato), integrado por dos (2) árbitros designados conforme a la ley. Los arbitramentos que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1991 (sic), en la ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia”** (las mayúsculas son del Tribunal). Ningún otro contrato podría quedar comprendido dentro del texto de la cláusula compromisoria ya reproducida, por cuanto el pronunciamiento que adoptare el tribunal sobre actos jurídicos adicionales al mismo estarían por fuera de la competencia del tribunal constituyéndose así un verdadero acto de usurpación de las atribuciones que le competen a la jurisdicción ordinaria.

CAPITULO QUINTO

5. ALCANCE E INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 5.1** La doctrina nacional y extranjera, al igual que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se han venido ocupando del tema relativo a la necesidad que tiene el juez de interpretar la demanda en procura de **desentrañar la intención verdadera del actor plasmada en la causa petendi y las peticiones del libelo**. En la difícil tarea de buscar el fin pretendido por el demandante el juez sólo tiene como límite la imposibilidad de alterar la naturaleza de la pretensión, ya que si **la demanda es pieza fundamental del proceso, los hechos de la causa petendi y el correspondiente petitum enmarcan el ámbito de la decisión del fallador y el tema del debate probatorio, sin que pueda decidir sobre aspectos no planteados en la demanda ni tampoco ir más allá de lo que constituye el objeto de la pretensión**, una vez se haya interpretado adecuadamente.
- 5.2** Acerca de la interpretación de la demanda dice así la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de fecha septiembre 14 de 1995, lo siguiente:
- “Es bien sabido que es deber indeclinable del juzgador interpretar la demanda para desentrañar la verdadera intención del demandante, y que en esta tarea se debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, todas las actuaciones desarrolladas no sólo en el curso del proceso sino también durante la génesis del litigio”.**
- 5.3** La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de fecha 19 de julio de 1985, reafirma el deber del juzgador de interpretar la demanda, así:
- “Dicha labor ponderativa del juzgador, para que esté de acuerdo con su fin y naturaliza propios, no puede operar ni mecánica ni absolutamente; no lo primero, porque sólo procede la interpretación racional, lógica y ceñida a la ley; y menos lo segundo, porque trabada la relación procesal, de ella emerge para el demandado el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoyó”.** (CLXXX, pág. 175).
- 5.4** Hechas estas precisiones por el Tribunal se analiza a continuación la demanda o solicitud de convocatoria instaurada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros contra Jorge Eliécer Valverde Saavedra ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. A este respecto se observa por el Tribunal que la demanda de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros limita el **petitum** de la misma a que **por la jurisdicción arbitral se hagan las siguientes declaraciones y condenaciones:**

a) Que no está obligada a pagar la suma de \$3'031.400 moneda corriente, por concepto de obras civiles adicionales, en virtud de no haber sido ordenadas por ella;

b) Que tampoco está obligada la señora Jaramillo de Molineros a pagar al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra la suma de \$ 464.000 moneda corriente, por obras adicionales que supuestamente realizó este último como contratista de la obra a la cual hace referencia el documento suscrito por estas mismas personas el 10 de octubre de 1995, el cual obra a los folios 17 y 18 del cuaderno principal.

c) Que se declare y condene al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra en favor de Carmen Elena Jaramillo de Molineros al pago de la suma de \$15'000.000 moneda corriente por violación manifiesta de sus compromisos contractuales.

5.5 La simple lectura de los hechos de la demanda y el petitum que se han transcrito permiten al Tribunal interpretar la totalidad de esta pieza trascendental del proceso y sacar las conclusiones que se compendian a continuación:

a) Que no se trata de demanda en la cual la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros impetre la resolución del contrato de ejecución de obra, con indemnización de perjuicios.

b) Que la demanda instaurada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros contra Jorge Eliécer Valverde Saavedra tampoco entraña el ejercicio de la pretensión de cumplimiento del contrato de ejecución de la obra de que trata el documento privado de fecha 10 de octubre de 1995.

c) Que la demanda que ahora analiza el Tribunal solicita que se haga en el laudo la declaración negativa de no estar obligada a pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra las sumas de \$ 3'031.400 y \$ 464.000, por concepto de obras adicionales no ordenadas o autorizadas por aquella como consecuencia de haber ajustado ambas partes el contrato de ejecución de obra celebrado el 15 de octubre de 1995, a todo costo tanto en la mano de obra como en la consecución de materiales.

d) Que ni siquiera la reforma presentada por la parte convocante el 17 de octubre de 1996, a la solicitud de convocatoria alteró la causa petendi y el petitum de esta última, pues se limitó simplemente a solicitar la práctica de pruebas, como consta a folios 7 a 15 del cuaderno de actas del expediente.

e) Que como corolario de lo discurrido en el literal anterior, el Tribunal reitera en esta oportunidad que a pesar de no haberse modificado la causa petendi y el petitum de la solicitud de convocatoria, la petición de los medios probatorios que formulara en escrito de 17 de octubre de 1996 el apoderado de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros sí constituyó una verdadera reforma de la demanda, al tenor del numeral 2 del artículo 89 del C. P. C.

f) Con relación a la reforma presentada por la parte convocante a la solicitud de convocatoria el Tribunal hizo el estudio correspondiente en auto

No.11, del 15 de noviembre de 1996 (acta No.5) cuyo contenido releva de comentarios adicionales en esta oportunidad.

g) Que no obstante la claridad argumentativa del Tribunal en relación con la reforma realizada a la demanda o solicitud de convocatoria por la parte convocante en la providencia de fecha 15 de noviembre de 1996 (auto No.11) el Tribunal agrega en el presente laudo que para la reforma no es necesario reproducir la demanda, razón por la cual carece de fundamento legal la censura que en la etapa de alegaciones hizo el apoderado del señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra a la providencia fechada el 8 de noviembre de 1996 (auto No.9, folios 52 a 59 del cuaderno de actas, en virtud de la cual el Tribunal admitió la reforma de la demanda hecha por la parte convocante, consistente en la petición de los medios de prueba enunciados en el escrito de octubre 17 de 1996, que obra a los folios 7 a 14 del libro de actas.

h) Que en los casos en que el demandante pida nuevos medios de prueba no es necesario reproducir la demanda, más aún si no ha mediado alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de hechos en que aquellas se fundamenten, como con diamantina claridad lo consagra el numeral 3 del artículo 89 del C. P. C. Con fundamento en esta preceptiva legal el Tribunal considera carentes de todo fundamento los razonamientos hechos por el apoderado del convocado, en la etapa de alegaciones, pues éstos van en contravía de lo que disponen los numerales 2 y 3 del artículo 89 del C.P.C.

i) Que es entonces incuestionable desde el punto de vista del derecho positivo que la petición de nuevos medios probatorios entraña reforma de la demanda, sin que sean atendibles opiniones de eminentes autores de derecho procesal civil que, dicho sea de paso, no controvierten el aserto atinente a que la solicitud de nuevas pruebas constituya en el derecho procesal civil colombiano un verdadero acto de reforma de la demanda. El primer inciso del artículo 27 del Código Civil, conforme al cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, releva al Tribunal de adentrarse en más elucidaciones filosóficas o jurídicas que contradecirían el derecho positivo vigente en el país.

j) Que la petición distinguida en la solicitud de convocatoria con el número 1 y cuyo objeto no es otro que la declaración negativa de no estar obligada a pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra las sumas de \$ 3'031.400 y \$ 464.000, por concepto de obras adicionales no ordenadas o autorizadas por aquella, como consecuencia de haber ajustado a todo costo ambas partes el contrato de ejecución de obra celebrado el 15 de octubre de 1995, tanto en la mano de obra, como en la consecución de materiales, es atinente a un supuesto contrato de obras adicionales que los contratantes aquí mencionados no consignaron en el documento fechado el 10 de octubre de 1995.

k) Que, a diferencia de la petición número 1 de la solicitud de convocatoria, la cual no fue reformada por la convocante, la súplica distinguida con el número 2 sí hace alusión al aludido contrato de ejecución de obra perfeccionado el 10 de octubre de 1995 entre Carmen Elena

Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra, el cual obra a los folios 17 y 18 del cuaderno principal.

l) Que la presente controversia ha de solucionarse, en lo sustancial, a la luz de los criterios que proporcionan los artículos 1502, 1503, 1517, 1518, 1524, 1527, 1529, 1544, 1545, 1546, 1551, 1552, 1581, 1582, 1583 a 1591, 1592 a 1599, 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1610, 1618, 1619, 1620 a 1655 del Código Civil, en armonía con los artículos 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062 de la misma obra, entre otros, por tratarse de un contrato de carácter civil y no comercial.

m) Que son de especial aplicación en el caso de la presente controversia los artículos 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061 y 2062 del Código Civil, los cuales forman parte del capítulo VIII del título XXVI de la misma codificación.

n) Que dentro de los parámetros que se condensan en este capítulo analizará el Tribunal la pretensión de la demanda y las excepciones de fondo que pudieren configurarse en este proceso juntamente con el caudal de pruebas practicadas a petición de las partes e iniciativa oficiosa del Tribunal.

CAPITULO SEXTO

6. LAS PRUEBAS ADMITIDAS Y PRACTICADAS

Con la solicitud de convocatoria y escrito de respuesta a la misma y, además en las diferentes secciones de las audiencias, se incorporaron regularmente a este proceso arbitral los medios de convicción probatoria que en forma enunciativa se determinan a continuación:

- 6.1** Las documentales acompañadas con la demanda mencionadas en los literales a), b) y c) de la solicitud de convocatoria presentada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el 24 de mayo de 1996.
- 6.2** Los demás documentos que se enunciaron en el número 1, literales a), b) y c) del auto No. 6 del 31 de octubre de 1996.
- 6.3** Las documentales de carácter extraprocesal que con el escrito de contestación se allegaron por el convocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra, el cual obra a los folios 39 a 49 del cuaderno principal del expediente.

- 6.4 Los demás documentos que se relacionaron en el número 6.1 del mismo auto número 6, del 31 de octubre de 1996.
- 6.5 Los testimonios oficiosamente decretados por el Tribunal de Alvaro Novoa Lozano, Luis Alfredo Tavera, Ernesto Ussa Salinas, María Orlanda Restrepo López, Margarita Molineros de Jaramillo, María Maritza Ortega de Uribe y María Olinda Hoyos Ceballos.
- 6.6 La declaración de parte de Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra.
- 6.7 La inspección judicial oficiosamente decretada por el Tribunal por auto No.23, del 14 de febrero de 1997, como consta en el acta No.17, del 14 de febrero de 1997.
- 6.8 La peritación decretada de oficio por el Tribunal por el auto 23, de la misma fecha, como consta en el acta No.17, del 14 de febrero de 1997.
- 6.9 Las fotografías aportadas por la provocante Carmen Elena Jaramillo de Molineros en el momento de rendir declaración de parte el día 20 de enero de 1997 (acta No.11, folios 173 a 187 del cuaderno de actas).
- 6.10 Los documentos aportados por el provocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra en el momento de rendir declaración de parte el día 21 de enero de 1997 (acta No.12, folios 188 a 201 del cuaderno de actas).

CAPITULO SEPTIMO

7. LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA SENTENCIA DE FONDO

- 7.1 Los presupuestos materiales son aquellos requisitos necesarios para que el juez pueda hacer un proveimiento de fondo, es decir, resolver si el demandante tiene el derecho pretendido y el demandado, la obligación que se le imputa. Por tanto, la falta de estos presupuestos trae como consecuencia que la sentencia no sea de mérito, sino inhibitoria. Como lo observan los autores modernos de derecho procesal **se refieren estos presupuestos a la pretensión, no al procedimiento ni tampoco a la acción.**
- 7.2 De acuerdo con la doctrina procesal estos presupuestos materiales se encuentran reunidos en el caso que decide el Tribunal, por cuanto **la legitimación en la causa o legitimación para obrar de la parte provocante y provocada, el interés para obrar de aquella y ésta, la ausencia de cosa juzgada,**

transacción, caducidad y desistimiento, litispendencia, la ausencia de indebida acumulación de pretensiones y además la circunstancia de no hacer imposible una decisión de fondo las peticiones formuladas en la solicitud de convocatoria son incuestionables, vale decir, permiten el proferimiento de un laudo de mérito y no inhibitorio. Además es evidente que también se hallan satisfechos los llamados presupuestos procesales: a) capacidad para ser parte; b) capacidad procesal o para comparecer como parte; c) competencia del Tribunal; d) demanda en forma; e) trámite adecuado.

CAPITULO OCTAVO

8. CONSIDERACIONES LEGALES Y DOCTRINARIAS DEL TRIBUNAL RESPECTO DEL MERITO DE LAS PETICIONES DE LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA Y REFORMA DE LA MISMA.

- 8.1** El Tribunal tuvo ya oportunidad de advertir en el capítulo quinto de la parte expositiva de este laudo que la lectura desprevénida de los hechos de la solicitud de convocatoria y petitum de la misma permitían concluir lo siguiente:
- a) Que no se trata de demanda en la cual la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros impetre la resolución del contrato de ejecución de obra, con indemnización de perjuicios.
 - b) Que la demanda instaurada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros contra Jorge Eliécer Valverde Saavedra tampoco entraña el ejercicio de la pretensión de cumplimiento del contrato de ejecución de la obra de que trata el documento privado de fecha 10 de octubre de 1995.
 - c) Que la demanda que ahora analiza el Tribunal solicita que se haga en el laudo la declaración negativa de no estar obligada a pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra las sumas de \$ 3'031.400 y \$ 464.000, por concepto de obras adicionales no ordenadas o autorizadas por aquella como consecuencia de haber ajustado ambas partes el contrato de ejecución de obra celebrado el 15 de octubre de 1995, a todo costo tanto en la mano de obra como en la consecución de materiales.
 - d) Que la solicitud de convocatoria presentada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros solicita también la declaración y condena del señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra al pago de la suma de \$ 15'000.000 moneda corriente por concepto de violación manifiesta y evidente de sus compromisos contractuales y a favor de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros.

e) Que ni siquiera la reforma presentada por la parte convocante el 17 de octubre de 1996 a la solicitud de convocatoria alteró la causa petendi y el petitum de esta última, pues se limitó simplemente a solicitar la práctica de pruebas, como consta a folios 7 a 15 del cuaderno de actas del expediente.

f) Que como corolario de lo discurrido en el literal anterior, el Tribunal reitera en esta oportunidad que a pesar de no haberse modificado la causa petendi y el petitum de la solicitud de convocatoria, la petición de los medios probatorios que formulara en escrito de 17 de octubre de 1996 el apoderado de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros sí constituyó una verdadera reforma de la demanda, al tenor del numeral 2 del artículo 89 del C. P. C.

g) Con relación a la reforma presentada por la parte convocante a la solicitud de convocatoria el Tribunal hizo el estudio correspondiente en auto No.11, del 15 de noviembre de 1996 (acta No.5) cuyo contenido releva de comentarios adicionales en esta oportunidad.

h) Que no obstante la claridad argumentativa del Tribunal en relación con la reforma realizada a la demanda o solicitud de convocatoria por la parte convocante en la providencia de fecha 15 de noviembre de 1996 (auto No.11), el Tribunal agrega en el presente laudo que para la reforma no era necesario reproducir la demanda, razón por la cual carece de fundamento legal la censura que en la etapa de alegaciones hizo el apoderado del señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra a la providencia fechada el 8 de noviembre de 1996 (auto No.9, folios 52 a 59 del cuaderno de actas), en virtud de la cual el Tribunal admitió la reforma de la demanda hecha por la parte convocante, consistente en la petición de los medios de prueba enunciados en el escrito de octubre 17 de 1996 que obra a los folios 7 a 14 del libro de actas.

i) Que en los casos en que el demandante pida nuevos medios de prueba no es necesario reproducir la demanda, más aún si no ha mediado alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que aquellas se fundamenten, como con diamantina claridad lo consagra el numeral 3 del artículo 89 del C. P. C.

j) Que es pues incuestionable desde el punto de vista del derecho positivo que la petición de nuevos medios probatorios entraña reforma de la demanda, sin que sean atendibles opiniones de eminentes autores de derecho procesal que, dicho sea de paso, no controvierten el aserto atinente a que la solicitud de nuevas pruebas constituya en el derecho procesal civil colombiano un verdadero acto de reforma de la demanda. El primer inciso del artículo 27 del Código Civil, conforme al cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, releva al Tribunal de adentrarse en más elucidaciones filosóficas o jurídicas que contradecirían el derecho positivo vigente en el país.

8.2 Para el Tribunal la petición primera formulada en la solicitud de convocatoria por Carmen Elena Jaramillo de Molineros, no puede prosperar, por las consideraciones legales y doctrinarias que a continuación se puntualizan:

- 8.3** El artículo 1502 del Código Civil consagra los requisitos de existencia y validez de los actos o negocios jurídicos. Uno de estos requisitos, que concierne a la existencia del acto o negocio jurídico, es atinente a la voluntad o consentimiento, independientemente de los vicios de que pueda adolecer esa manifestación de voluntad expresada por los agentes que intervienen en el nacimiento del respectivo acto o negocio jurídico. Lo anterior significa que sin consentimiento no existe, ni puede existir acto jurídico alguno. La voluntad o consentimiento constituye entonces requisito esencial para la existencia del respectivo acto.
- 8.4** En el caso de autos y analizado por el Tribunal el caudal probatorio incorporado al proceso se concluye que no se demostró que entre Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra hubo consentimiento o voluntad de ajustar la ejecución de obras adicionales en el inmueble o inmuebles que se mencionan en la cláusula primera del documento privado de fecha 10 de octubre de 1995.
- 8.5** En efecto: la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros negó rotundamente en la declaración de parte rendida ante el Tribunal el 20 de enero de 1997 (folios 173 a 187 del cuaderno de actas) haber autorizado la confección o realización de obras adicionales en los inmuebles situados en la calle 47B Norte 3CN-68, de la ciudad de Cali. La misma persona afirmó categóricamente que el único contrato que perfeccionó con Jorge Eliécer Valverde Saavedra fue el de ejecución de obra contenido en el documento privado de 10 de octubre de 1995 (folios 181 del cuaderno de actas). También aseveró categóricamente no haber celebrado con Jorge Eliécer Valverde Saavedra contrato adicional alguno con posterioridad al ajustado el 10 de octubre de 1995.
- 8.6** Sea esta la oportunidad de precisar aquí que la controversia surgida entre Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra radica en dos hechos sustancialmente diferentes: **1) en el no pago de la suma de \$4'000.000, por concepto de honorarios profesionales estipulados con relación al contrato de ejecución de obra contenido en el documento de 10 de octubre de 1995. 2) en el no pago de la cantidad de \$3'000.000 por concepto de obras adicionales diferentes de las estipuladas en el mismo contrato. Estas conclusiones surgen en el presente caso de las respuestas dadas por los propios contratantes en los interrogatorios de parte practicados por el Tribunal los días 20 y 21 de enero de 1997, los cuales obran en las actas Nos. 11 y 12, visible a los folios 173 a 202 del cuaderno de actas del expediente.**
- 8.7** No se detiene el Tribunal en el examen de los planos presentados por el señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra en la diligencia de declaración de parte, pues estos documentos carecen para el Tribunal de toda relevancia jurídica respecto de los fundamentos de la demanda, la cual no se encamina a la resolución del contrato de ejecución de la obra contenido en el documento de 10 de octubre de 1995, ni tampoco al cumplimiento del mismo, con indemnización de perjuicios. **Este aspecto probatorio sería además completamente ajeno al tema de la prueba que se controvierte en este proceso arbitral.**
- 8.8** Ni siquiera es relevante para los efectos de demostrar la existencia del acuerdo de voluntades que pudo existir entre Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra en relación con el contrato de obras adicionales

en los apartamentos situados en la calle 47 BN 3CN-68, la afirmación hecha por este último en la declaración de parte y que a continuación reproduce el Tribunal:

“Personalmente, en presencia del esposo de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros y del señor Mauricio Vidal Palta, maestro general de la obra, hablé por teléfono con la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros y le expliqué cuáles eran los motivos por los cuales dichas obras adicionales deberían hacerse y ellas (sic) me las aceptó y me las aprobó diciéndome de que no había ningún problema posteriormente con el pago de dichas obras adicionales. De hecho en el acta de resumen general de obra en donde figuran dichas obras adicionales y que se le vivieron a explicar a la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros aparece plasmada su firma de aprobada”.

8.9 La razón por la cual para el Tribunal no tiene trascendencia probatoria alguna esta aseveración del convocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra, se encuentra en la naturaleza propia que caracteriza la formación de los actos o negocios jurídicos en general: para que éstos nazcan a la vida jurídica, vale decir, para que tengan existencia o entidad como tales se requiere necesariamente el acuerdo de voluntades, sin el cual no puede hablarse de contrato o convención, al tenor de los artículos 1502 y 1602 del Código Civil Colombiano. Se habla de la falta de relevancia probatoria de la anterior afirmación de Jorge Eliécer Valverde Saavedra, por cuanto la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros negó rotundamente en su declaración de parte haber autorizado o consentido la ejecución de las obras adicionales a las cuales se refiere el arquitecto Valverde Saavedra al absolver el interrogatorio de parte que oficiosamente le formuló el Tribunal el 21 de enero de 1997 (acta No.12, folios 188 a 202 del cuaderno de actas). La prueba del desacuerdo es, pues, innegable, no obstante que el testigo MAURICIO VIDAL PALTA aseveró haber oído al arquitecto Valverde Saavedra que le había sido aprobada la ejecución de las obras adicionales que se le estaban proponiendo. Este testimonio no demuestra los requisitos esenciales del contrato de ejecución de obras adicionales, ya que el mencionado testigo no precisa cual fue el precio acordado por este contrato adicional, plazo de ejecución, etc.

8.10 Es innegable, pues, que para que surja a la vida jurídica un acto jurídico o convención se requiere, entre otros requisitos, la existencia de la voluntad o consentimiento de los agentes respecto de un objeto específico que exista o pueda existir en el mundo del derecho. Sin voluntad o consentimiento no hay acto jurídico, es decir, que no puede haber contrato o convención, de conformidad con los artículos 1494, 1495, 1496, 1502, 1524, 1527 y 1602 del Código Civil. Por tanto, la deposición del testigo Mauricio Vidal Palta tendiente a ratificar la afirmación del arquitecto Jorge Eliécer Valverde Saavedra, carece para el Tribunal de toda eficacia probatoria para establecer la existencia del contrato de ejecución de obras adicionales no incluidas en el documento privado de 10 de octubre de 1995, si se atiende el texto del artículo 232 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone en el inciso segundo:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio

grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

- 8.11** Tampoco demuestra la existencia del contrato de ejecución de obras adicionales en los apartamentos situados en la Calle 47 BN 3CN-68, la fotocopia de la comunicación fechada el 24 de enero de 1997, aportada por el arquitecto Jorge Eliécer Valverde Saavedra en el momento de rendir declaración de parte el 21 de enero de 1997, suscrita por el absolvente y además por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros. Este documento no establece el perfeccionamiento del contrato relativo a la ejecución de obras adicionales entre la parte provocante y provocada, pues no puede presumirse que la firma estampada en dicha carta por la señora Jaramillo de Molineros constituya aceptación de un nuevo contrato cuyos elementos esenciales ni siquiera aparecen determinados en la misma, vale decir, que el examen de su contenido no conduce a la demostración de que existió entre las partes ya mencionadas un contrato de ejecución de obras adicionales. Además téngase en cuenta que aquella explicó detalladamente en la declaración de parte cuáles fueron las razones en virtud de las cuales aceptó los documentos que obran a los folios 7, 11, 12, 13, 14 y 15 del cuaderno principal del proceso, los cuales se relacionan íntimamente con el aportado por el convocado al absolver el interrogatorio oficiosamente decretado por el Tribunal. Adviértase asimismo que un documento puede firmarse en señal de recibo o recepción de éste, mas no necesariamente la firma que en él aparezca sea prueba de existencia de un determinado contrato o convención. Observa finalmente el Tribunal que en parte alguna de esta carta de 24 de enero de 1996 se hubiera dejado alguna nota que precisara que la firma puesta en la misma constituiría aceptación de la convención o contrato contenido en la misma.
- 8.12** En concepto del Tribunal la referida comunicación de 24 de enero de 1997, presentada por el arquitecto Jorge Eliécer Valverde Saavedra en el momento de rendir declaración de parte en la audiencia realizada el 21 de enero de 1997, era de recibo en el proceso, al tenor del decreto 2651 de 1991. Sin embargo, el mencionado documento no puede considerarse como confesión del convocado, por no versar sobre hecho o hechos generadores de consecuencias jurídicas adversas a este último o que favorezcan a la parte contraria, como lo exige para que haya confesión el numeral 2 del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil. Para el Tribunal la aludida carta debe valorarse entonces como documento, pues el decreto 2651 de 1991, al permitirle al testigo o a la parte que rinde declaración de parte como demandante o demandado quiso modificar temporalmente las oportunidades que el Código de Procedimiento Civil consagra para que las partes aporten y soliciten los medios de prueba previstos en la ley (artículo 175 del C.P.C.). Y como documento, ya se explicó, que no acredita el nacimiento de un nuevo contrato de obras adicionales en los apartamentos indicados en la cláusula primera del contrato celebrado por documento de 10 de octubre de 1995.
- 8.13** Estas son, pues, las razones por las cuales no puede considerarse la carta de 24 de enero de 1997, aportada por el señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra al rendir su declaración de parte como documento en el cual conste el perfeccionamiento o existencia del contrato atinente a la ejecución de obras adicionales respecto del cual el apoderado de Carmen Elena Jaramillo de Molineros solicitó en la petición de convocatoria la declaración de no estar

obligada esta última a pagarle a Jorge Eliécer Valverde Saavedra las sumas de \$3'031.400 y \$ 464.000 moneda corriente por concepto de dichas obras.

- 8.14** No habiéndose probado pues la existencia del contrato de ejecución de obras adicionales, el plazo de su ejecución, modalidad o modalidades de pago, etc., requisitos esenciales de todo acto jurídico, mal podría el Tribunal acceder a despachar favorablemente la súplica primera de la demanda formulada por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, en escrito presentado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali el 24 de mayo de 1996, pues apenas es obvio sostener que para la prosperidad o improsperidad de las súplicas relativas a un acto o negocio jurídico necesariamente debe probarse la existencia de éste, independientemente de su validez. Sin lo primero, no puede adoptarse ningún pronunciamiento, por evidente sustracción de materia.
- 8.15** Para el Tribunal es demasiado claro que si en el proceso no se acreditó en legal forma, con el interrogatorio rendido por la parte convocante y convocada, que coetáneamente o con posterioridad a la celebración del contrato de ejecución de obra contenido en documento privado auténtico de fecha 10 de octubre de 1995, se perfeccionó otro contrato adicional a éste entre Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra, con determinación de los requisitos que son de su esencia o naturaleza y los puramente accidentales, etc., mal podría el Tribunal darle credibilidad a testigos que como Mauricio Vidal Palta solo tuvieron conocimiento de los hechos por haberlos conocido o sabido de oídas y no de manera directa y personal. Por esta razón el Tribunal no le asigna valor probatorio alguno al testimonio de Mauricio Vidal Palta. En cuanto a los demás testigos, tales como Luis Alfredo Tavera, Ernesto Ussa Salinas, Gilberto Antonio Cardona Villa, Ana Julia Yela, Juan Carlos Ocampo Campo, Margarita Molineros de Jaramillo, María Maritza Ortega de Uribe, María Olinda Hoyos Ceballos, María Orlanda Restrepo López, Genaro Antonio García Armero, éstos carecen también de valor probatorio en orden a demostrar el perfeccionamiento del contrato relativo a la ejecución de obras adicionales que se viene comentando. Para el Tribunal estos testimonios carecen de fuerza probante, porque ninguno de éstos testigos percibió los hechos atinentes a estas obras de manera personal. Ni tampoco explican las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se pudo celebrar este contrato de obras adicionales. Por tanto, el Tribunal no les asigna ningún valor probatorio, al tenor del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.
- 8.16** En virtud de las argumentaciones precedentes considera el Tribunal que los hechos que invocaron los apoderados de Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra para tachar a los testigos Mauricio Vidal Palta, Margarita Molineros de Jaramillo y otros carecen de relevancia legal en el presente caso. Pero independientemente de tales razonamientos, es lo cierto que los hechos en que apoyaron las tachas los mencionados apoderados tampoco afectarían necesariamente su credibilidad, pues el Código de Procedimiento Civil no prohíbe el testimonio de personas que en concepto del juez se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimiento o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. El legislador solo

exige que el testimonio de estas personas se aprecie, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia Colombiana ha sostenido lo siguiente:

“La ley no impide que se reciba declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha”....(sentencia de febrero 12 de 1980).

- 8.17** Una tesis jurídica contraria conduciría de manera general al rechazo probatorio del testimonio cuando quien rinda declaración tenga parentesco, interés o dependencia con alguna de las partes o sus apoderados, salvo que llegue a comprobarse la mendacidad o que el dicho del testigo apareciere desvirtuado con otros medios de prueba recaudados en el proceso. Por estas consideraciones el Tribunal valora los testimonios de Luis Alfredo Tavera, Ernesto Ussa Salinas, Mauricio Vidal Palta, Gilberto Antonio Cardona Villa, Ana Julia Yela, Juan Carlos Ocampo Campo, Margarita Molineros de Jaramillo, María Maritza Ortega de Uribe, María Orlanda Restrepo López y Genaro A. García Armero, y con base en esta valoración no les asigna valor probatorio alguno, pues analizadas las deposiciones de estos testigos, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no establecen los elementos o requisitos esenciales del contrato atinente a la ejecución de obras adicionales por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra (artículo 187 del C.P.C.). En tal virtud, el Tribunal los considera ineficaces o carentes de valor probatorio en orden a demostrar la existencia del contrato de ejecución de obras adicionales diferente del contenido en el documento privado de 10 de octubre de 1995, por las razones dadas ya por el Tribunal en párrafos anteriores.
- 8.18** El alcance del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil no consiste en descartar el testimonio en todos los casos o hipótesis que prevé este precepto legal, pues, lo contrato equivaldría a hacer nugatoria la procedencia y eficacia de la prueba testifical en cualquiera de las circunstancias que allí se contemplan. La Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sala de Casación Civil, el 14 de mayo de 1981, expresó sobre este aspecto la doctrina que se transcribe a continuación: “El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”; lo que es tanto como decir que no pueden ser desatendidos, de plano, por el solo hecho de ser sospechosos, sino que hay que pesarlos en la balanza de la crítica, considerados en sí mismos y en relación con los demás elementos de convicción traídos al proceso; puesto que una vez sometidos a riguroso análisis pueden resultar siendo fuentes de claridad en el esclarecimiento de los hechos”.
- 8.19** Con posterioridad a este fallo de casación la misma Corte Suprema de Justicia sentó la siguiente doctrina: “La ley, ha dicho la Corte, no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se la aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha” (sentencia del 10 de febrero de 1981). Como corolario del tema atinente a la tacha de testigos

anota el Tribunal que la dependencia de un testigo es fenómeno jurídico diferente de la subordinación del mismo. Por ello la doctrina ha sostenido que el que aduzca la dependencia tiene que probarla y por motivos que no sean la condición de empleado, obrero o trabajador de alguna de las partes. El empleado, por la sola razón de ser tal, como anota el tratadista uruguayo EDUARDO J. COUTURE en su obra “Estudios de Derecho Procesal Civil”, “no es tachable puesto que no tiene, una situación de dependencia que invalide su declaración. Su situación frente al empleador es de subordinación, pero no de dependencia. La vinculación jurídica del empleado u obrero, según COUTURE, apareja, por sí sola, la subordinación. Pero no la dependencia. El que invoque ésta, debe probarla” (cfr. Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1978, páginas 253 a 257).

8.20 Con base en lo anteriormente dicho el Tribunal considera que la petición primera de la demanda o solicitud de convocatoria no puede prosperar, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo. Los artículos 2058, 2060, 2061 y 2062 del Código Civil Colombiano consagran las reglas que de manera general se refieren a los contratos de confección de una obra material o por precio único y los contratos de construcción de un edificio. Estas disposiciones pueden ser normas de preferente aplicación cuando los contratantes han guardado silencio en la celebración de cualquiera de los actos jurídicos a que hacen referencia estos preceptos legales, vale decir, pueden ser normas imperativas o supletivas de la voluntad de los particulares. El propio Código Civil establece que las reglas tercera, cuarta y quinta del artículo 2060 se extienden a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos.

8.21 Examinado lo tocante con la súplica primera de la solicitud de convocatoria se ocupará el Tribunal en los párrafos siguiente de analizar lo atinente a la petición segunda de la misma demanda instaurada por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros contra Jorge Eliécer Valverde Saavedra.

8.22 La petición segunda de la demanda es del siguiente tenor: **“Pido que se declare y se condene al señor JORGE ELIECER VALVERDE SAAVEDRA al pago y a la suma de \$ 15’000.000,00 QINCE (sic) MILLONES DE PESOS MCTE por concepto de violación manifiesta y evidente de sus compromisos contractuales y a favor de la señora CARMEN ELENA JARAMILLO DE MOLINEROS”**. La procedencia o improcedencia de esta súplica estará precedida de las consideraciones que a continuación compendia el Tribunal como fundamento de la parte resolutive o decisoria del laudo. Como cuestión previa importa destacar el artículo el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil:

“La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.- En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el que versa el proceso, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado

oportunamente y alegado antes de la sentencia o que la ley permita considerarlo de oficio”.

8.23 Con fundamento en esta preceptiva legal y con base además en las pruebas regularmente incorporadas al proceso analizará brevemente el Tribunal lo relativo a la petición segunda de la solicitud de convocatoria arriba transcrita. Como se recordará, en el capítulo quinto al hacer el Tribunal la interpretación de la totalidad de la demanda sostuvo que **en ésta no se depreca la resolución del contrato de ejecución de obra contenido en el documento privado de 10 de octubre de 1995, con indemnización de perjuicios.** También expuso el Tribunal que **la demanda de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros no entraña el ejercicio de la pretensión de cumplimiento del contrato de ejecución de la obra de que trata el documento privado de la fecha ya anotada.**

8.24 Examinado el conjunto de pruebas practicadas oportunamente en este proceso, el Tribunal extrae las siguientes conclusiones:

a) **Que la obligación de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros de pagar a todo costo los materiales utilizados por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra en la construcción y terminación de los dos apartamentos a que se refiere la cláusula primera del documento privado de 10 de octubre de 1995, fue plenamente satisfecha, como lo confesó el propio contratista al absolver el interrogatorio de parte que oficiosamente le formuló el Tribunal el 21 de enero de 1997 (folio 195 del cuaderno de actas), por lo cual mal podría predicarse incumplimiento en la prestación de esta obligación a cargo de la señora Jaramillo de Molineros, siendo así que está demostrado plenamente la solución total de dicha obligación (artículos 1625 a 1655 del Código Civil) .**

b) **Que la obligación de pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros tanto el costo de los materiales utilizados por el contratista en la construcción y terminación de los dos apartamentos que se enuncian en la cláusula primera del referido documento privado de 10 de octubre de 1995, se condicionó por ambas partes en la cláusula cuarta del tantas veces citado documento privado, a “actas parciales quincenales según sea el avance de la obra y a entera satisfacción del contratante” (sic), cláusula que de conformidad con los artículos 1619, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil debe relacionarse con la cláusula tercera del mismo documento, pues aquella (cláusula cuarta) claramente determina que “el valor pactado en la cláusula anterior por concepto de mano de obra y materiales a todo costo será cancelado en la siguiente forma: a la firma del presente contrato el 40% o sea la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$20.000.000.00) para el inicio de las obras, a los treinta (30) días calendario el 30% o sea la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$15.000.000.00) y el 30% restante o sea la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$15.000.000.00) de acuerdo a actas parciales quincenales según sea el avance de obra y a entera satisfacción del CONTRATANTE” (sic). Lo anterior significa que la ejecución en el avance de la obra o la terminación de ésta, sin la prueba en el proceso de la plena satisfacción de la beneficiaria y contratante Carmen Elena Jaramillo de Molineros, no hacía exigible el pago o solución de esta obligación dineraria, a su cargo, lo cual determina que la excepción de contrato no cumplido carezca de**

fundamento, ya que para la prosperidad de este medio defensivo se requiere que las obligaciones de ambas partes sean recíprocamente exigibles .

c) Que tampoco hay en el expediente prueba alguna de la existencia de actas parciales quincenales de que trata la cláusula cuarta del documento privado de fecha 10 de octubre de 1995, las cuales correspondía presentar el contratista a la contratante, pues la ejecución de las obras no estaba a cargo de esta última. Esta conclusión la extrae el Tribunal de lo que disponen los artículos 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, vale decir, que interpreta el alcance de la estipulación que se comenta, en el sentido que acaba de explicarse. Carecería en verdad de toda lógica arguir que las actas de avance de la obra o su terminación tuviera que elaborarse y presentarlas el beneficiario de una construcción al contratista, pues aquel es persona ajena por completo a la labor profesional y técnica que implica la construcción de edificaciones. Significa lo anterior que el contratista no probó en este proceso lo tocante con las actas de que trata la cláusula cuarta del documento de 10 de octubre de 1995, hecho que impediría que la excepción de contrato no cumplido produzca los efectos jurídicos previstos en la ley (artículo 1609 del C.C.).

d) Que tampoco hay prueba en el proceso del acta de conformidad de la contratante en la ejecución de la obra realizada por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra, que permitiera atribuirle a la excepción de contrato no cumplido los efectos benéficos legales de enervar la pretensión o pretensiones de la convocante Carmen Elena Jaramillo de Molineros. Conclusión de lo anterior es que la falta de dicha prueba permitía a esta última abstenerse de satisfacer el 30% de las sumas acordadas por concepto de mano de obra y materiales utilizados en la construcción, de conformidad con la cláusula cuarta inserta en el documento de 10 de octubre de 1995.

e) Que los planos aportados por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra no tienen incidencia alguna en las pretensiones de la solicitud de convocatoria, por no versar ésta sobre resolución de contrato, con indemnización de perjuicios, ni tampoco tener como objeto el cumplimiento de la obligación principal a cargo del contratista relativa a la ejecución de la obra u obras convenidas en el contrato consignado en documento privado de 10 de octubre de 1995, las cuales este último ejecutó en su totalidad, razón por la cual esta última pretensión carecería de todo fundamento fáctico y legal.

f) Que de la misma manera las fotografías aportadas por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros tampoco tienen relevancia en el caso que se analiza, por cuanto estos documentos aisladamente considerados nada demostrarían sin el concurso o auxilio de otro medio probatorio que los complementara, amén de que las pretensiones de la demanda o solicitud de convocatoria no se refieren a aspectos intrínsecos o técnicos de la construcción que pudieran determinar la responsabilidad del contratista, con indemnización de perjuicios. Y aunque el Tribunal ordenó agregar al expediente estas fotografías, por no tener relación directa con los hechos de la demanda y peticiones de ésta carecen además de eficacia probatoria en el presente caso, a pesar de que de conformidad con la regla tercera del artículo 22 del decreto 2651 de 1991, “las partes y los testigos que rindan declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos, los

cuales se agregaran al expediente”, pues cuando tales documentos no tengan relación con los hechos del proceso, el juez puede abstenerse de ordenar su incorporación al expediente o no atribuirles eficacia probatoria, por no referirse a la naturaleza de la pretensión ejercitada en la demanda.

g) Que, en cambio, en el estudio de la petición segunda deprecada en la solicitud de convocatoria hay que destacar los interrogatorios de parte rendidos por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros y Jorge Eliécer Valverde Saavedra, los cuales constituyen pruebas fundamentales en lo tocante con el estudio de la fundabilidad de la petición segunda, como pasa a examinarlo el Tribunal:

h) La lectura del interrogatorio de parte rendido por el convocado demuestra palmariamente que el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra jamás constituyó las pólizas estipuladas en la cláusula décima cuarta del contrato plasmado en documento privado de 10 de octubre de 1995, uno de los hechos esenciales postulados por la convocante en el hecho octavo de la solicitud de convocatoria. De acuerdo con las reglas de derecho probatorio dicha afirmación constituye una típica proposición indefinida, la cual de conformidad con el inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil no requería prueba alguna. Por tanto, al convocado correspondía desvirtuar esta afirmación contenida en el hecho octavo de la demanda, si aspiraba a demostrar el cumplimiento de esta especial obligación consistente en la constitución de las pólizas de seguro colectivo de vida, daños a terceros y estabilidad de la obra, la cual, dicho sea de paso, debía entregarla el contratista a la terminación de la obra (cláusula décima cuarta del documento de 10 de octubre de 1995).

i) El mismo contratista confesó en la declaración de parte no haber constituido las pólizas de seguro colectivo de vida y daños a terceros, ni tampoco la de estabilidad de la obra, la cual según lo expresó en la diligencia de interrogatorio de parte estaba sujeta en cuanto a su constitución a los pagos adeudados por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros respecto de la obra en mención, “acuerdo al que se llegó en presencia del esposo de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, el señor Mauricio Vidal Palta, la señora y yo, que una vez hubiese cancelado los dineros adeudados con parte de dicho dinero constituiría yo dicha póliza” (folios 194, 195 del acta No. 12, del 21 de enero de 1997).

j) La anterior confesión del contratista no es indivisible, en concepto del Tribunal, ya que las modificaciones, aclaraciones y explicaciones que dio el absolvente y contratista están desvirtuadas en el proceso, por referirse éstas a la adición o complementación del contrato celebrado por documento privado de 10 de octubre de 1995, la cual no se demostró en el proceso. Además tales modificaciones, aclaraciones y explicaciones son atinentes a uno solo de los agentes que supuestamente habrían intervenido con su consentimiento a la formación de un contrato adicional al de 10 de octubre de 1.995, lo cual es inadmisibles tratándose de contratos bilaterales que requieren necesariamente el consentimiento o voluntad de las personas o agentes que se encaminan directa y reflexiblemente a producir determinados efectos protegidos por la ley. Por esta consideración, el Tribunal considera divisible lo relativo a las aclaraciones y explicaciones dadas por el absolvente Jorge Eliécer Valverde Saavedra, lo cual significa

que a pesar de ser atinentes al hecho confesado, los hechos que las constituyen están desvirtuados en el proceso por aludir a un presunto acuerdo de voluntades logrado con la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, el cual jamás se demostró en el proceso (artículos 200 y 201 del C.P.C., en concordancia con los artículos 174, 175 y 187 de la misma obra).

k) El contratista también confesó haber tomado la decisión de no constituir las pólizas de seguro colectivo de vida y daños a terceros en el transcurso de la obra, “ya que los riesgos que se corrían a mi forma de ver y bajo mi criterio eran mínimos y por eso decidí yo asumir cualquier problema que se suscitara. De esto, agregé el señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra en su declaración de parte, no quedó constancia escrita” (folio 195 del acta No.12, del 21 de enero de 1997). Las mismas razones dadas por el Tribunal en el literal anterior para no admitir la indivisibilidad de la confesión del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra son también valederas en relación con este otro pasaje de su deposición, por cuanto en el proceso tampoco se demostró la modificación entre los contratantes del contrato de ejecución de obra del cual da cuenta el documento de 10 de octubre de 1995. Esta confesión demuestra claramente que el contratista desconoció el artículo 1602 del Código Civil, por haber tomado unilateralmente la decisión de no constituir las pólizas de seguro a las cuales él aludió en su declaración de parte.

l) Las afirmaciones anteriores del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra constituyen incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la cláusula décimacuarta del documento privado de 10 de octubre de 1995, el cual condensó el contrato de ejecución de obra relacionado con los apartamentos determinados en la cláusula primera del aludido documento.

m) Y aunque es verdad que todo contrato es susceptible de adición, modificación o extinción, es lo cierto que en este proceso no existe prueba alguna de haberse modificado o adicionado el contrato de ejecución de obra visible a los folios 17 y 18 del cuaderno principal, por lo cual las explicaciones del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra contravienen el artículo 1602 del Código Civil, con arreglo al cual “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, circunstancia por la cual sus aclaraciones y explicaciones concernientes con las pólizas que estaba obligado a constituir carecen de toda eficacia legal para alterar lo expresamente acordado en el contrato de ejecución de obra ya mencionado, cuya modificación o adición no se probó en el proceso.

n) El solo incumplimiento del contratista de la obligación estipulada en la cláusula decimacuarta del contrato celebrado el 10 de octubre de 1995, tiene la virtualidad legal de generar la sanción penal contemplada en la cláusula decimatercera del documento privado de 10 de octubre de 1995, al tenor de los artículos 1592 y 1608 del Código Civil, y legitima además al acreedor para demandar el solo cumplimiento de la pena, más aún si se repara en que en el caso que analiza el Tribunal no se podría pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, por exigirlo así el artículo 1594 del Código Civil.

o) Vale la pena observar que por mandato del artículo 1595 del Código Civil, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva, pues si es negativa, incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse.

p) Como corolario de lo dicho en los literales n) y o), el Tribunal llega a la conclusión en el examen de la petición segunda de la solicitud de convocatoria o demanda, que el contratista tampoco tendría derecho a la rebaja proporcional de la pena estipulada por incumplimiento “en alguno (sic) de las cláusulas pactadas en el mismo”, pues el convocado no alegó este derecho ni tampoco hay prueba de que la contratante Carmen Elena Jaramillo de Molineros hubiera aceptado expresamente una parte de la obligación u obligaciones principales a cargo del contratista.

q) Emerge de este análisis la forzosa conclusión que el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra sí incumplió las obligaciones pactadas en la cláusula decimacuarta del documento privado suscrito por éste y la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros el 10 de octubre de 1995, pues el Tribunal considera que hay plena prueba en el proceso de no haber constituido el contratista las pólizas de seguro colectivo de vida, daños a terceros y la póliza de estabilidad de la obra que sería entregada a la terminación de ésta, según reza así el tenor literal de la precitada cláusula.

r) Por tanto, la pena del 15% del valor total del contrato pactada como sanción por incumplimiento en alguna de las cláusulas estipuladas en el mismo, debe aplicarse a cargo del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra, de conformidad con la cláusula decimatercera del precitado documento de 10 de octubre de 1995.

8.25 Analizada la fundabilidad de la petición segunda formulada en la solicitud de convocatoria por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, en relación con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de constituir el contratista las pólizas acordadas en la cláusula decimacuarta del contrato de ejecución de obra, se detiene ahora el Tribunal en el estudio de la misma petición segunda en lo tocante con la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, en consideración a que el apoderado del convocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra, no obstante no haber planteado ninguna excepción de fondo invocó en la audiencia de alegaciones el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, con apoyo en el artículo 1609 del Código Civil.

8.26 Es verdad que al tenor del artículo 1546 del Código Civil, “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. Este precepto legal consagra la llamada acción resolutoria, la cual es principal y no es sino el derecho de los acreedores, tan principal como son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios, con la cual se conjuga, como lo anotan los doctrinantes de derecho civil. Tradicionalmente se señalan como condiciones esenciales de esta acción resolutoria: 1) la ausencia de culpa del actor, y 2) la mora del contratante demandado.

- 8.27** Contra esta pretensión resolutoria puede proponerse la excepción de contrato no cumplido cuyas condiciones o elementos axiológicos, son, de acuerdo con la definición legal y doctrinaria, son los siguientes: a) que haya reciprocidad de obligaciones entre las partes litigantes; b) que el actor no haya cumplido las suyas ni se allane a cumplirlas, siendo exigibles; c) que el demandado no esté en mora; d) que el incumplimiento del actor sea grave.
- 8.28** Pero en el caso que estudia el Tribunal y en concreto el alcance de la petición segunda de la solicitud de convocatoria, no se trata del ejercicio de la pretensión resolutoria o de cumplimiento del contrato de ejecución de obra perfeccionado por documento privado del 10 de octubre de 1995, razón por la cual si se han enunciado por el Tribunal los requisitos de la acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido solo obedece a que el Tribunal debe precisar en el presente laudo si la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros puede suplicar el pago de la pena estipulada en la cláusula decimatercera del contrato ajustado por documento privado de 10 de octubre de 1995.
- 8.29** Por no comportar la demanda o solicitud de convocatoria en ninguna de sus dos peticiones o súplicas el ejercicio de la pretensión resolutoria de contrato o de cumplimiento de éste, no procede hacer aplicación de las condiciones o elementos que configuran la pretensión de resolución de contrato, pero sí es necesario acoger el criterio legal, doctrinario y jurisprudencial que suministran los elementos axiológicos de la excepción de contrato no cumplido para poder saber si, no obstante no tratarse en el presente caso del ejercicio de la pretensión de cumplimiento por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, puede prosperar la súplica segunda de la demanda partiendo de la base que proporcionan dichos elementos.
- 8.30** Para poder llegar a una justa conclusión en el presente caso, es necesario hacer las siguientes precisiones:
- a) la obligación de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros de pagar a todo costo los materiales utilizados por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra en la construcción y terminación de los dos apartamentos a que se refiere la cláusula primera del documento privado de 10 de octubre de 1995, fue plenamente satisfecha, como lo confesó el propio contratista al absolver el interrogatorio de parte que oficiosamente le formuló el Tribunal el 21 de enero de 1997 (folio 195 del cuaderno de actas), por lo cual mal podría predicarse incumplimiento en la prestación de esta obligación a cargo de la señora Jaramillo de Molineros, siendo así que está demostrado plenamente la solución total de dicha obligación (artículos 1625 a 1655 del Código Civil) .
- b) la obligación de pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros tanto el costo de los materiales utilizados por el contratista en la construcción y terminación de los dos apartamentos que se enuncian en la cláusula primera del referido documento privado de 10 de octubre de 1995, se condicionó por ambas partes en la cláusula cuarta del tantas veces citado documento privado, a “actas parciales quincenales según sea el avance de la obra y a entera satisfacción del contratante” (sic), cláusula que de

conformidad con los artículos 1619, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil debe relacionarse con la cláusula tercera del mismo documento, pues aquella (la cláusula cuarta) claramente determina que el valor pactado en la cláusula anterior por concepto de mano de obra y materiales a todo costo sería cancelado en la siguiente forma: “a la firma del presente contrato el 40% o sea la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$20.000.000.00) para el inicio de las obras, a los treinta (30) días calendario el 30% o sea la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$15.000.000.00) y el 30% restante o sea la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$15.000.000.00) de acuerdo a actas parciales quincenales según sea el avance de obra y a entera satisfacción del CONTRATANTE” (sic).

- 8.31** Lo dicho en el párrafo anterior (8.30 literal b)) significa que la ejecución en el avance de la obra o la terminación de ésta, sin la prueba en el proceso, de la plena satisfacción de la beneficiaria y contratante Carmen Elena Jaramillo de Molineros, no tornaba exigible el pago o solución de esta obligación dineraria, a su cargo. Desde este punto de vista, la excepción de contrato no cumplido carecería de fundamento, ya que para la prosperidad de este medio defensivo se requiere que las obligaciones de ambas partes sean recíprocamente exigibles. Por lo demás, ya se vió y demostró cómo la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros satisfizo plenamente la obligación de pagarle a todo costo al contratista los materiales por éste utilizados en la construcción y terminación de los dos apartamentos que se mencionaron en la cláusula primera del documento del 10 de octubre de 1995. Y también se analizó y demostró que el costo de los materiales utilizados por el contratista en la construcción y terminación de los dos apartamentos que se enuncian en la cláusula primera del precitado documento, se condicionó por ambos contratantes a actas parciales quincenales según fuera el avance de la obra y a entera satisfacción del contratante (cláusula cuarta), la cual, al tenor de los artículos 1619 a 1622 del Código Civil debe relacionarse con la cláusula tercera del mismo contrato, pues en la cuarta claramente se determina que el valor pactado en la cláusula anterior (costo de los materiales) sería pagado en la forma que allí se determina.
- 8.32** Quiere decir lo visto en párrafos anteriores, que la obligación de pagar la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros el 30% restante de la obra solo surgiría de acuerdo con las actas parciales quincenales que se elaboraran, según fuera el avance de la obra Y A SU ENTERA SATISFACCION (subraya el Tribunal). Esto demuestra que esta obligación solo era exigible para la contratante Carmen Elena Jaramillo de Molineros en el momento en que se hicieran tales actas parciales quincenales y no con anterioridad. Este aserto permite concluir que mientras la obligación de la contratante no fuera exigible, mas sí la del contratista, no podría tener cabida el principio de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones (dando y dando), como tampoco el aforismo de que “la mora purga la mora”, ya que el actor no puede estar en mora antes que su obligación sea exigible.
- 8.33** Trasladando al presente caso las reflexiones anteriores, podrá advertirse con toda evidencia cómo en el expediente no hay prueba alguna de la existencia de actas parciales quincenales, de las cuales trata la cláusula cuarta del documento privado de fecha 10 de octubre de 1995, las que

correspondía presentar el contratista a la contratante, en concepto del Tribunal, pues la ejecución de las obras no estaba a cargo de esta última. Esta conclusión la extrae el Tribunal de lo que disponen los artículos 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, vale decir, que interpreta el alcance de las estipulaciones que se comenta (cláusulas tercera y cuarta del contrato de ejecución de obra), en el sentido que acaba de explicarse.

- 8.34** Carecería en verdad de toda lógica arguir que las actas de avance de la obra o su terminación hubiera tenido que elaborarse y presentarlas el beneficiario de una construcción al contratista, pues aquel es persona ajena por completo a la labor profesional y técnica que implica la construcción de edificaciones. En este proceso, el contratista no probó lo tocante con las actas de que trata la cláusula cuarta del documento de 10 de octubre de 1995, hecho que impide que la excepción de contrato no cumplido pudiera producir los efectos jurídicos previstos en la ley (artículo 1609 del C.C.), en el supuesto caso de que se interprete la petición segunda de la solicitud de convocatoria como el ejercicio directo o indirecto de la pretensión de cumplimiento por la beneficiaria de la obra de la cláusula penal estipulada en la cláusula décima tercera del contrato.
- 8.35** Agrégase además, a lo precedentemente dicho, que tampoco hay prueba en el proceso del acta de conformidad de la contratante en la ejecución de la obra realizada por el contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra, que permitía atribuirle a la excepción de contrato no cumplido los efectos legales de enervar la pretensión de declaración de condena al pago de la pena estipulada por incumplimiento de alguna de las cláusulas consignadas en el documento contentivo del contrato de ejecución de obra. La falta de dicha prueba permitía, pues, a esta última abstenerse de satisfacer el pago, al menos del 30% de las sumas acordadas por concepto de mano de obra y materiales utilizados en la construcción, de conformidad con la cláusula cuarta inserta en el documento de 10 de octubre de 1995, pues con relación a los honorarios profesionales no se determinó en el contrato en qué plazo y bajo qué condiciones haría el pago al contratista la señora Jaramillo de Molineros (cláusulas tercera, cuarta y novena del contrato).
- 8.36** Para el Tribunal la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros cumplió su obligación de pagar el valor a costo fijo de los materiales utilizados por el contratista en la ejecución de la obra, de acuerdo con el contrato de 10 de octubre de 1995. Podía abstenerse de pagar el 30% del saldo restante de la obra, mientras no se elaboraran y presentaran actas parciales quincenales, según el avance de la obra y a entera satisfacción de la misma. Y en cuanto al pago de los honorarios profesionales del contratista, solo solucionó la cantidad de \$1'000.000, moneda corriente, quedando a deber al contratista la cantidad de \$4'000.000.
- 8.37** No puede aseverar el Tribunal que la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros incumplió el contrato de ejecución de obra, por el solo hecho de no haberle pagado al contratista la suma total de \$5'000.000 moneda corriente, por concepto de honorarios profesionales. El contrato de ejecución de obra contenido en el documento de 10 de octubre de 1995, no determinó un plazo, ni las condiciones en las cuales debía satisfacer la contratante al contratista esta obligación dineraria. Desde este punto de vista no puede predicarse incumplimiento de la señora Carmen Elena

Jaramillo de Molineros, por el hecho de no haberle satisfecho al contratista la totalidad del importe de los honorarios, pues a pesar del silencio de las partes sobre el particular, la beneficiaria y contratante de la obra podía abstenerse de pagar dineros al contratista mientras no se elaboraran y presentaran las actas parciales quincenales del avance de la obra, a entera satisfacción de la señora Jaramillo de Molineros.

- 8.38** En concepto del Tribunal la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros no incumplió el contrato de ejecución de obra contenido en el documento privado de fecha 10 de octubre de 1995. Pero suponiendo que no hubiera cumplido con las obligaciones pactadas en dicho contrato, habría que concluir en el caso que ahora decide el Tribunal, que el convocado y contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra debía cumplir lo tocante con la ejecución de la obra presentando actas parciales quincenales, de acuerdo con el avance de las obras y siempre que éstas fueren de la entera satisfacción de la beneficiaria de la obra. Como no aparece prueba en el expediente que se hubiera cumplido con esta estipulación contractual, mal podría ser de recibo la excepción de contrato no cumplido, en forma tal que pudiera ser declarada oficiosamente por el Tribunal, al tenor del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.
- 8.39** Pero, si los razonamientos anteriores pudieran considerarse simplemente teóricos y sin aplicación al caso que decide ahora el Tribunal, es lo cierto que aún en la hipótesis de que ambos contratantes hubieran tenido que cumplir simultáneamente todas las obligaciones exigibles pactadas en el contrato de ejecución de obra celebrado el 10 de octubre de 1995, tampoco sería procedente la excepción de contrato no cumplido, por cuanto la propia beneficiaria de la obra al absolver la declaración de parte expresó lo que transcribe el Tribunal a continuación: “Inicialmente por el acuerdo que tuve con él al iniciar la obra de que se los pagaría cuando regresara de México. Como lo dije anteriormente solicité el préstamo al Banco del Estado donde tengo mi cuenta y que en ocasiones anteriores me habían hecho préstamos, pero por motivos ajenos a mi voluntad y creo que también ajenos al Banco que estaba en un proceso de estancamiento, se demoró dicho préstamo, por ese motivo fue que le aboné el \$1.000.000.00 y le resté los \$4.000.000.00. Cuando se los quise pagar porque la Carvajal Financiera me prestó el dinero lo llamé para pagarle sus honorarios y fue a mi casa y me contestó que no me los recibía porque le tenía que pagar las obras adicionales que me quería cobrar donde yo por cuestión de mi apresuramiento en que tenía que salir a trabajar le firmé sin haber leído lo que él me estaba diciendo por obras adicionales que supuestamente y sin mi autorización había ejecutado y allí él cobraba que quería que le pagara las obras adicionales más intereses por mora y honorarios de su abogado que yo no había contratado, ni tenía por qué pagar. Muy preocupada seguía yo en que deseaba pagarle sus honorarios y fue cuando nuevamente se le llamó y volvió y dijo que no los recibía porque me iba a embargar vulgarmente hasta la pecueca y fue cuando le contestó el doctor Blasteyo Trejos, que eso lo veríamos”.
- 8.40** Esta manifestación de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros demuestra que estuvo dispuesta a solucionarle al contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra el valor de sus honorarios profesionales, es decir, que se allanó a cumplir la prestación específica de esta obligación dineraria.

Enjuiciado así este pasaje de la declaración de parte de la señora Jaramillo de Molineros, el Tribunal no puede menos que concluir que el requisito o condición axiológica para la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, consistente en que el actor no haya cumplido sus obligaciones, ni se haya allanado a cumplirlas, siendo exigibles, no se estructura en el presente caso, por lo cual la aludida excepción de mérito no podría prosperar en el presente caso (cfr. la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 29 de noviembre de 1978, con ponencia del Magistrado RICARDO URIBE HOLGUIN).

- 8.41** Finalmente agrega el Tribunal que del análisis de la prueba pericial oficiosamente decretada por el mismo se llega a la conclusión que del dictamen del perito ingeniero Rafael Olaya Bernal, el cual acoge y le asigna pleno valor probatorio, se corrobora lo analizado por el Tribunal en los literales a) y b) del número 8.30 y en los números 8.31, 8.32, 8.33, 8.34, 8.35, 8.36, 8.37, 8.38, 8.39 y 8.40, vale decir, que la ausencia o falta de las actas parciales quincenales a las cuales se refiere la cláusula cuarta del documento de 10 de octubre de 1995, permitíanle contractualmente abstenerse de satisfacer el pago en cuanto al 30% restante de las sumas acordadas por concepto de mano de obra y materiales utilizados en la construcción, mientras no se avanzara en la obra y siempre que ésta estuviere realizada A ENTERA SATISFACCION de la contratante. En esta forma interpreta el Tribunal la cláusula cuarta del documento antes mencionado.
- 8.42** De acuerdo con lo precedentemente expuesto, el Tribunal accederá a despachar favorablemente la súplica segunda de la solicitud de convocatoria instaurada por Carmen Elena Jaramillo de Molineros contra Jorge Eliécer Valverde Saavedra, con la restricción que establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, ya que en el presente caso el monto de la pena estipulada en la cláusula décima tercera fue del 15% del valor total del contrato, lo cual da como resultado la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS, MONEDA CORRIENTE (\$7'500.000), pues el monto de los honorarios profesionales pactados en favor del contratista no lo incluye el Tribunal como parte integrante del valor total del contrato, por tratarse de obligaciones diferentes.
- 8.43** No se pronunciará el Tribunal en la parte resolutive del presente laudo sobre la situación de los honorarios pendientes de pago a cargo de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros y en favor del contratista Jorge Eliécer Valverde Saavedra, a pesar de haberse demostrado la existencia de éstos y su falta de pago por la beneficiaria de la obra, por cuanto este aspecto no fue materia de la demanda y contestación a la misma, circunstancia por la cual el Tribunal no puede adoptar ningún pronunciamiento en el laudo sobre este aspecto, de conformidad con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, ni tampoco ordenar las compensaciones de que trata el artículo 105 de la ley 23 de 1991.
- 8.44** Este breve análisis de la petición segunda de la demanda y de los fundamentos de la excepción de contrato no cumplido permítentele concluir al Tribunal que la petición segunda de la demanda debe prosperar parcialmente, y establecer además la sin razón de la excepción antes

nombrada, a la cual aludió el apoderado del convocado en la audiencia de alegaciones realizada el 7 de abril de 1997 (acta No.25).

CAPITULO NOVENO

9. EXCEPCIONES DE MERITO

- 9.1** En este proceso arbitral el convocado Jorge Eliécer Valverde Saavedra no propuso excepciones sustanciales o de mérito. En cuanto a la excepción de contrato no cumplido aducida por el apoderado del convocado en la audiencia de alegaciones tuvo ya oportunidad el Tribunal de analizar los fundamentos para declararla no probada. El Tribunal se remite al capítulo octavo de la parte expositiva de este laudo. Tampoco encuentra probada el Tribunal alguna otra excepción o excepciones de mérito que conduzcan al rechazo oficioso, parcial o total, de las pretensiones de la demanda.

CAPITULO DECIMO

10. LA DECISION

- 10.1** Satisfechos los presupuestos procesales y materiales, el Tribunal debe emitir el laudo correspondiente. Por lo demás, como ya se expuso en los capítulos octavo y noveno, no aparece probada ninguna excepción de mérito que extinga o afecte la relación sustancial que contiene la demanda, razón por la cual es procedente dictar laudo de mérito.
- 10.2** El Tribunal denegará la petición primera de la solicitud de convocatoria o demanda y accederá parcialmente a la petición segunda de la misma, así:
- a) Por falta de prueba de la existencia del contrato de ejecución de obras adicionales no accederá el Tribunal a despachar favorablemente la súplica primera de la demanda, con fundamento en las consideraciones desarrolladas en el capítulo octavo del presente laudo.
 - b) Se acogerá parcialmente la petición segunda de la demanda o solicitud de convocatoria, en consideración a que la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros cumplió la obligación consistente en pagarle al contratista el valor a costo fijo de los materiales utilizados por éste en la ejecución de la obra contenida en el contrato condensado en el documento

privado de fecha 10 de octubre de 1995, lo cual justifica la solicitud de condena a que se refiere la petición segunda de la demanda, pero con la restricción que establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, ya que en el presente caso el monto de la pena estipulado del 15% del valor total del contrato solo arroja como resultado la cantidad de \$7'500.000.00 moneda corriente. El Tribunal se remite a los razonamientos consignados en el mismo capítulo octavo del presente laudo.

CAPITULO UNDECIMO

11. LIQUIDACION DE CONDENAS

11.1 Liquidacion de costas.

De conformidad con el numeral 5 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, “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”.

11.2 La cuantía de las pretensiones la fijó la parte convocante Carmen Elena Jaramillo de Molineros en la suma de Quince Millones de Pesos, Moneda Corriente (\$15'000.000). Esta suma es el monto de la petición segunda de la demanda. De acuerdo con lo expuesto en el capítulo octavo de este laudo el Tribunal accederá a despachar favorablemente, en forma parcial, la súplica segunda de la misma, con la limitación que establece el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, por las razones expuestas en el precitado capítulo.

11.3 Como en el presente caso no prospera la petición primera de la solicitud de convocatoria y se accede favorablemente, con alguna restricción, a la súplica segunda, el Tribunal considera que por haber prosperado parcialmente la demanda, cada parte asumirá los gastos que haya realizado en este proceso, incluyendo lo que le correspondió consignar a cada una de ellas por concepto de honorarios del árbitro único, la Secretaria del Tribunal, los gastos de administración y funcionamiento del mismo y el monto de lo pagado al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali. Es decir, que en el caso de este proceso no habrá condenación en costas.

CAPITULO DUODECIMO

12. LA DECISION ARBITRAL

12.1 Reunidos, pues, los presupuestos procesales y materiales, el Tribunal debe emitir el laudo correspondiente. Por lo demás, como ya se expuso en los capítulos octavo y noveno, no aparece probada ninguna excepción de mérito que extinga o afecte la relación sustancial que contiene la demanda, circunstancia por la cual es procedente dictar laudo de mérito.

12.2 En virtud de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de mérito denominada contrato no cumplido alegada por el apoderado del señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra.

SEGUNDO.- Declárase que no hay lugar a reconocer oficiosamente ningún otro hecho constitutivo de excepción de fondo o mérito, por no aparecer probado en el proceso.

TERCERO.- Declárase que tampoco hay lugar a tener en cuenta en este proceso ningún hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versó este litigio y que hubiera ocurrido después de propuesta la demanda o solicitud de convocatoria, por no aparecer probado y además no haber sido alegado por la parte interesada a más tardar en la etapa de alegaciones, o que hubiere sido susceptible de ser considerado de oficio.

CUARTO.- Deniégase la petición primera de la demanda o solicitud de convocatoria instaurada por la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, el día 24 de mayo de 1996, por las razones expuestas en la parte expositiva de este laudo.

QUINTO.- Condénase a pagar al señor Jorge Eliécer Valverde Saavedra en favor de la señora Carmen Elena Jaramillo de Molineros, una vez ejecutoriado el presente laudo, el importe de la pena estipulada en la cláusula décima tercera del documento privado de fecha 10 de octubre de 1995 y cuyo valor se convino en el equivalente al quince por ciento (15%) del valor total del contrato determinado en la cláusula tercera del mismo documento, con exclusión del monto de los honorarios profesionales en favor del contratista, de conformidad con lo dicho en la parte expositiva del presente laudo.

PARAGRAFO.- El monto de esta pena o sanción pecuniaria es la suma de Siete Millones Quinientos Mil Pesos, Moneda Legal Corriente (\$7'500.000.00).

SEXTO.- Sin costas, por haber prosperado parcialmente la demanda.

SEPTIMO.- Ejecutoriado este laudo, el Presidente hará la liquidación final de los gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, previa cuenta razonada devolverá a las partes la porción no utilizada de la suma entregada para gastos del Tribunal.

OCTAVO.- Ordénase a la Secretaría del Tribunal la expedición y entrega de una copia de este laudo a los apoderados de las partes.

NOVENO.- Por la Secretaría del Tribunal y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, expídase copia del presente laudo. Líbrese el oficio respectivo.

DECIMO.- Por el Presidente del Tribunal y con cargo a la cuenta de gastos abierta por este último, o el que suministraren oportunamente las partes, protocolícese el expediente en una Notaria del Círculo de Cali, una vez ejecutoriado el presente laudo.

Notifíquese y cúmplase.

El laudo anterior se notificó en audiencia.

El Arbitro único y Presidente del Tribunal

SIMON PAYAN MORENO

La Secretaria

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CARMEN ELENA JARAMILLO DE MOLINEROS
VS.
JORGE ELIECER VALVERDE SAAVEDRA

LUZBIAN GUTIERREZ MARIN