

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE TEMPRO S.A VS CLINICA JASBAN LTDA

FECHA LAUDO: 5 DE ABRIL DE 2011

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: TEMPRO S.A

PARTE CONVOCADA: CLINICAS JASBAN LTDA

ÁRBITRO (S): MANUEL DEL CRISTO PAREJA LAMBOGLIA, NICOLAS PAREJA BERMUDEZ Y
WILSON TONCEL GAVIRIA

SECRETARIO (A): HENRY VALLE BENEDETTI

TEMAS: Incumplimiento de obligaciones contractuales, buena fe, condición resolutoria.

Resumen Temático:

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS:

Artículos 1495,1501, 1546, 1594, 1603, 1609, 1622 y 1849 del Código Civil, artículos 20, 82,820, 864, 870, 871905, 968 del Código de Comercio.

DOCTRINA:

- Arturo Alessandri Rodríguez. Los Contratos.
- Messineo, Derecho Comercial.
- Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, 11 contrato, Dott. A. Giuffré Editora, S.p.A. Mi/a, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379

JURISPRUDENCIA:

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de Agosto 12/74 .
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de marzo 15/83
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de Nov 5/79.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación, Sentencia No 200106915 expedida el 07 de febrero de 2008. Ponente: Namén Vargas, William
- Corte Suprema de Justicia. Auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446 magistrado sustanciador doctor Carlos Esteban Jaramillo, Schloss.

TEMAS: Incumplimiento de obligaciones contractuales, buena fe, condición resolutoria.

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias D.T.y C., cinco (5) de abril de dos mil once (2.011)

Agotado el trámite y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral, seguido por TEMPRO S.A. contra CLINICAS JASBAN LTDA.

I. ANTECEDENTES

A. Pacto Arbitral

Se compone de:

La cláusula compromisoria contenida en la Cláusula Décimo Octava del “CONTRATO DE SUMINISTRO E INSTALACION DE LOS VIDRIOS DE FACHADAS” de fecha septiembre 1° de 2008, cuyo tenor es el siguiente:

“... Todas las diferencias que ocurran entre ellas con ocasión de la celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación del contrato y que no hayan sido resueltas entre ellas mismas, serán resueltas por un tribunal de arbitramento domiciliado en la ciudad de Cartagena de Indias y conformado por tres árbitros, nombrado uno por cada una de las partes y el tercero por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, el cual funcionará en las instalaciones de dicho Centro. El Tribunal fallará en derecho y se regirá y someterá a las leyes colombianas...”. (Folios 44 y s.s. del tomo I del expediente).

B. Trámite Inicial

1. Convocatoria

Conforme con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, la sociedad TEMPRO S.A. el 28 de enero de 2010, solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y presentó demanda arbitral, con el objeto de decidir las controversias surgidas con ocasión del contrato mencionado, al Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena. Dicha demanda fue admitida por el Tribunal de Arbitramento en la audiencia del 24 de febrero de 2010 y profirió el auto correspondiente notificando en la misma audiencia a la convocada, sociedad CLINICAS JASBAN LTDA, dándose traslado el 24 de febrero del 2010, y conforme con los artículos 85 numeral 7 inciso 2, 92, 118, y 400 del C. de P.C. la contestación de la demanda y la demanda de reconvencción, debieron presentarse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquella, en este caso, dentro de los días veinticinco (25) de febrero de 2010 y diez (10) de marzo del 2010. Por cuanto la convocada presentó los escritos contentivos de la contestación de la demanda, excepciones y

demanda de reconvenición el once (11) de marzo del 2010, el Tribunal mediante auto del 26 de abril del 2010 rechazó tales escritos por haber precluido la oportunidad procesal temporal para ello. En conclusión, la convocada contestó extemporáneamente, tal como lo decretó el Tribunal y quedó establecido en el auto del veintiséis (26) de abril del año retropróximo, visible al folio 154 del tomo I del expediente.

Por secretarla se comunicó al Agente del Ministerio Público de todas las actuaciones de este Tribunal, lo que obra a folio 147 del Tomo I del expediente.

2. Conciliación

Las partes y sus apoderados, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia, acudieron a la audiencia de conciliación, la cual fracasó al no existir ánimo conciliatorio respecto de las controversias, quedando agotado el trámite inicial del presente proceso arbitral.(folio 151 y ss.).

3. Árbitros

Con base en el pacto arbitral, fueron designados como Árbitros, **MANUEL DEL CRISTO PAREJA LAMBOGLIA, NICOLAS PAREJA BERMUDEZ y WILSON TONCEL GAVIRIA.**

4. Instalación

A veinticuatro (24) de febrero de dos mil diez (2010) se instaló en la sede del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio Cartagena, el Tribunal de Arbitramento, constituido para dirimir las diferencias surgidas entre las partes mencionadas.

5. Presidente y Secretario

En la misma audiencia, el Tribunal designó, en su orden, como Presidente al doctor Manuel del Cristo Pareja Lamboglia, y como Secretario al doctor Henry Valle Benedetti, cuyo nombre forma parte de la lista oficial de secretarios de la Cámara de Comercio Cartagena.

6. Sede

Igualmente, el Tribunal fijó su sede para el desarrollo del proceso arbitral en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, ubicado en el Centro, calle Santa Teresa No. 32-41 de esta ciudad; señaló las sumas para honorarios y gastos de funcionamiento, los cuales fueron consignados por la parte convocante, quien pidió certificación por la circunstancia de que la parte convocada no hizo lo propio.(Auto visible a folio 189)

6. Competencia

El Tribunal declaró su competencia mediante auto del día 8 de junio de 2010, visible a folio 168, frente a lo cual, al ser notificado en estrados a las partes, la convocada interpuso recurso de reposición contra el mismo, resuelto en forma adversa tal como consta en las consideraciones y la parte resolutive de dicha audiencia. (Folios 165 y ss.).

7. Trámite

El proceso de desarrolló en veintinueve (29) sesiones anteriores a la presente, entre las cuales se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y resolvieron las impugnaciones que aquellas formularon en el tiempo. El Tribunal recibió ocho (8) testimonios y un Interrogatorio de parte; igualmente, evacuó una inspección judicial con participación de un perito arquitecto; se ordenó y practicó exhibición y reconocimiento de documentos; a. petición de la parte convocante e decretó dictamen de contador público y , de oficio, la práctica de una -expertise de arquitecto concurrente con la referida inspección judicial. En desarrollo de la contradicción de las pruebas periciales, las partes solicitaron aclaración y complementación, y posteriormente objetan por error grave los peritazgos iniciales, objeciones tramitadas en su oportunidad legal, designándose nuevos peritos contador e Ingeniero -éste último con la colaboración de arquitecto-.

8. Alegatos

Concluido el debate probatorio, se señaló el día 2 de marzo de 2011 para la audiencia de alegaciones de las partes, en la cual cada una de ellas alegó de conclusión, e hicieron entrega de los documentos pertinentes, contentivos de las mismas, que se incorporaron al expediente.

9. audiencia de fallo

Agotada la tramitación señalada para el proceso arbitral el Tribunal procede a examinar y decidir en esta audiencia de fallo, las controversias planteadas en la demanda y las diferentes pruebas documentales, tanto las oportunamente pedidas por las partes como las ordenadas de oficio por el Tribunal.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES

Antes de entrar a decidir sobre el fondo, se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para poder proferir un laudo de mérito, tales como capacidad de las partes, cláusula arbitral o compromiso, que no haya operado el fenómeno de la caducidad de la acción o prescripción, y el de demanda en forma

El Tribunal asumió competencia para conocer las controversias que hoy se deciden, mediante providencia de ocho (8) de junio de 2010, en razón a la existencia de cláusula arbitral habilitante, (visible a folios 161 y s.s. del expediente). Se verificó que en efecto, las partes acreditaron su existencia y representación legal; además, actuaron por medio de sus apoderados judiciales, quienes fueron debidamente reconocidos en el proceso, o sea, tenían capacidad para actuar, no operaron fenómenos como el de caducidad o prescripción de la acción, por lo que se encuentran cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar el Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

III. OPORTUNIDAD DEL LAUDO

Al no haber las partes señalado término para la duración del proceso, éste debe ser de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, conforme con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se inició el día 8 de junio de 2010 y concluyó el 14 de septiembre de 2010.

El término del proceso arbitral fue prorrogado por solicitud de las partes y autorización de la ley, en dos oportunidades: la primera, por ocho (8) días, en audiencia del 28 de diciembre de 2010; y la segunda, por dos (2) meses, en audiencia del 2 de marzo de 2011, por lo que el término se prorrogó hasta el día 24 de mayo de 2011. Por tanto, para el cómputo de los términos, dentro de los cuales se profiere este laudo, se han adicionado estos lapsos, lo hace oportuno en exceso este pronunciamiento.

IV. PRETENSIONES DE LA CONVOCANTE

La sociedad TEMPRO S.A. somete a consideración del Tribunal para su decisión las siguientes pretensiones:

"... PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que entre las partes TEMPRO S.A. y CLINICAS JASBAN LTDA se celebró un contrato de compraventa de vidrios y accesorios para la instalación de vidrios, y de prestación de servicios de Instalación de vidrios, a cargo de TEMPRO S.A., y por el cual CLINICAS JASBAN LTDA., se obligó a pagar la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600.000.000.00)

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que la sociedad CLINICAS JASBAN LTDA., (En adelante JASBAN) incumplió obligaciones a su cargo procedentes del contrato de compraventa de vidrios y accesorios para la instalación de vidrios, y de prestación de servicios de Instalación de vidrios, obligaciones que impidieron a TEMPRO S.A. (En adelante TEMPRO) dar Inicio y cumplir a cabalidad las suyas.

TERCERA PRINCIPAL: Que como consecuencia de dicho incumplimiento a cargo de JASBAN, se declare terminado el contrato

CUARTA PRINCIPAL. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que JASBAN irrogó a TEMPRO perjuicios en la modalidad de lucro cesante, consistente en la ganancia dejada de percibir, equivalente a la suma de \$370 millones de pesos, o por daño emergente y lucro cesante por las sumas que se prueben en el proceso.

QUINTA PRINCIPAL: Que se declare que con dicha suma de \$370 millones TEMPRO pagaba a JASBAN la suma a que se obligó en virtud de la transacción de que da cuenta el Acta Convenio que formó parte integrante del contrato de que trata la orden de Compra G-601.

SEXTA PRINCIPAL: Que en razón de lo anterior, se declare entre las partes la compensación entre lo que TEMPRO admitió -por transacción- deber a JASBAN y lo que JASBAN admitió que significaba la ganancia para TEMPRO, en desarrollo del contrato de que trata la orden G-601

SEPTIMA PRINCIPAL: Que se condene a JASBAN a pagar a TEMPRO los daños adicionales que resulten probados a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de JASBAN.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRINCIPAL: Que se condene a JASBAN a pagar a TEMPRO los daños adicionales que resulten probados consecuencia de la mala fe de JASBAN en el desarrollo del contrato.

Que se condene a JASBAN a pagar las costas en el evento de oponerse y resultar vencida total o parcialmente...".

V. EXCEPCIONES DE LA CONVOCADA

Por su parte, la sociedad CLINICAS JASBAN LTOA, contestó extemporáneamente la demanda, por lo que el Tribunal no le dio trámite a las peticiones contenidas en la misma, entre las demás consecuencias de esa omisión procesal imputable a la parte convocada, tal como fue anotado en el punto relativo a la *Convocatoria*, en esta misma audiencia.

VI. DENOMINACIÓN DEL CONTRATO POR LAS PARTES

1. Contrato de Suministro e Instalación de Vidrios

El Contrato, que las partes denominaron de "SUMINISTRO E INSTALACION DE LOS VIDRIOS DE FACHADAS", contiene cláusulas que pretenden regular dos actividades: i) el suministro de vidrios para fachada, ventanas de servicio o proyectantes; y. ii) la instalación de los mismos en los pisos tercero a noveno del Edificio en construcción de Clínicas Jasban Ltda., ubicado en la Carrera Tercera con Calle Sexta A, esquina, en el. barrio Bocagrande de Cartagena de Indias, como puede deducirse de la lectura de su texto, bajo el sistema de precios unitarios fijos no reajutable según la cotización presentada por el contratista, de acuerdo con la descripción, medidas, planos y especificaciones previamente aprobadas, especificadas en el número, primero de la Cláusula Primera del contrato.

a) Valor del contrato:

Como valor del contrato se fijó la suma de doscientos treinta millones de pesos, (\$230.000.000.00) incluido IVA sobre AUI.

b) Obligaciones de las Partes

De conformidad con el contrato, el contratista, TEMPRO S.A., entre, otras cosas, además de la obligación principal de realizar el suministro e instalación de los vidrios de fachadas, de puertas y demás elementos correspondientes a los pisos tercero a noveno, y cumplir el plazo de entrega estipulado en la cláusula sexta, se obligó principalmente a:

- "...garantizar que los precios que figuran en el anexo eran los comerciales, no violaban

ninguna regulación y no irían a ser aumentados o recargados,

- *Permitir las visitas al lugar de construcción que requiera hacer clínicas JASBAN,*
- *Suministrar informes escritos cuando se le solicite,*
- *Tener afiliados a sus trabajadores a la seguridad social,*
- *Tener en cuenta las normas sobre salud ocupacional,*
- *Realizar sus actividades en la forma lo más cuidadosa posible de que se eviten riesgos,*
- *Relacionar materiales y equipos para que se autorice su ingreso a la obra,*
- *Responder por la calidad de los vidrios instalados en el sentido de garantizar que estén bien templados, no estén deformes o corrugados."*

De otro lado, el contratante, CLÍNICAS JASBAN LTDA., se obligó principalmente a lo siguiente:

- *"...Pagar el precio en los términos convenidos;*
- *Tener los espacios de la obra civil adecuados o acondicionados para evitar traumas en el desarrollo del contrato y disponibles para el suministro e instalación de los vidrios de fachadas,*
- *Realizar mensualmente el chequeo de las listas de verificación de salud ocupacional, y poder identificar y corregir las condiciones de riesgos que pueden estar presentes en el sitio donde se realiza la actividad,*
- *Permitir el ingreso del contratista y sus empleados siempre que estén carnetizados, relacionados, y registrados*
- *PARAGRAFO PRIMERO. Dar inicio a la actividad de construcción de alfaja garantizando el plomado, alineamiento y su nivelación en los vanos en que se instalarán las ventanas contratadas. Hecho lo anterior, se procederá a la toma de medidas de ventanas para su posterior instalación. Esta actividad debe ser previa a la instalación e inmediatamente el contratista procederá a las instalaciones pertinentes en circunstancias que en ningún evento la obra sufra parálisis. Esto lo realizará el contratante sobre 300 metros lineales después de quince días a la firma del presente contrato.*
- *El plazo se estipuló en 12 semanas contadas desde el 10 de septiembre de 2008. A partir de los 21 días de la firma del contrato, se entrega la obra mediante actas parciales de obra a medida que se produzca su ejecución (etapas de 300 metros cuadrados). Solo se amplía el plazo por fuerza mayor. El incumplimiento de los plazos da lugar al derecho de JASBAN a cobrar la cláusula penal.*
- *Se acordaron garantías (pólizas de seguros) que la contratista debía brindar a la contratante en un porcentaje, así: de anticipo (100% del anticipo); de cumplimiento (20% del valor del contrato); de estabilidad (20% del valor del contrato); de responsabilidad civil a terceros (5% del valor del contrato); pago de salarios (5% del valor del contrato).*
- *Se indicó que la contratista (JASBAN) podía dar por terminado el contrato por incumplimiento del plazo. Cualquier otro incumplimiento aunque no genere terminación si causaba la obligación de resarcir los daños."*

b) Plazo

Como plazo para la terminación del suministro se fijó doce (12) semanas, contadas a partir del diez (10) de septiembre de 2008. Y las entregas parciales se pactaron para que se produjeran a partir del día veintiuno (21), contado desde la firma del contrato.

e) Cláusula Penal

las partes fijaron como penal pecuniaria el veinte por ciento (20%) liquidado sobre el valor total del contrato para casos de incumplimiento; así mismo, por cada día de retraso por culpa atribuible al contratista, éste deberla pagar la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) diarios.

I. LOS HECHOS

Los hechos de la demanda son los siguientes:

1. Los hechos 1a 11, son ajenos a las pretensiones de la demanda y se refieren a un contrato antecedente al que es objeto de estudio en la demanda y en este laudo arbitral, que fue el celebrado el 10 de septiembre de 2008. Los demás hechos los expresó la parte demandante, así:

12. El 26 de agosto de 2008, y como producto de una nueva negociación, que, a modo de transacción, incluyó el contrato antes referido y /as recíprocas imputaciones, TEMPRO remitió a JASBAN una cotización para el suministro e instalación de ventanería en vidrio y aluminio, en la que indicó que no incluía obras civiles;

13. Mediante Factura TP-017186 de 10 de septiembre de 2008 TEMPRO dio cuenta de la deuda que por \$230 millones adquirió JASBAN, como consecuencia de este nuevo contrato de suministro e instalación de ventanería en aluminio y vidrio.

14. Documentaron las partes sus obligaciones adquiridas por virtud de los acuerdos a que llegaron y que estaban compilados en la factura.

Suscribieron un contrato de suministro e instalación el 10 de septiembre de 2008, en el que se pactó:

14.1 Objeto: suministro e instalación de /os vidrios de fachadas, de puertas y demás elementos correspondientes a los pisos 3° a 9° del edificio en construcción de Clínica Jasban Ltda. (Cra 3 con calle 6A esquina, Barrio Bocagrande, Cartagena) por el sistema de precios unitarios fijos no reajustables, según la cotización y según la descripción, medidas, planos especificaciones acordadas. El contratista debe presentar .los planos dentro de los 10 días posteriores a la firma de este contrato, fecha en que se tomarán las medidas pertinentes y así sucesivamente cada ocho días se entregarán en la citación de recibo de evaluación de la obra, cronograma, planos.

14.2 Jasban se reserva el derecho de rechazar de manera inmediata cualquier parte de la obra o del material que no esté acorde con las especificaciones de la cotización.

14.3 El valor del contrato se calculó con base en un área de 1974 m2.

14.4 Los \$230 millones pactados como valor del contrato y sobre los cuales versó la factura expedida por TEMPRO, se pagarían así:

14.4.1. \$80 millones como anticipo, que se pagaban directamente al proveedor de vidrios VITELSA S.A., previo presentación y aceptación de las pólizas acordadas en el contrato, así como de cuenta de cobro de TEMPRO a JASBAN, que debía contener la autorización para pagar directamente a dicha sociedad

14.4.2. \$75 millones en cheques posfechados a 30 días contados desde la firma del contrato, a nombre VITELSA S.A previa presentación de la cuenta de cobro.

14.4.3. \$75 millones en cheques posfechados a 60 días contados desde la firma del contrato, previa presentación de la cuenta de cobro

14.5 La contratista (TEMPRO) además del suministro e instalación oportuna de los productos, se obligó a:

14.5.1 garantizar que los precios eran los comerciales, no violaban ninguna regulación y no irían a ser aumentados o recargados. La exótica cláusula, incluida por JASBAN, tenga por objeto dejar garantizado el buen negocio de JASBAN debido al bajo costo que habla logrado en el contrato, en cuanto a la adquisición de los vidrios y accesorios.

14.5.2. Permitir las visitas al lugar de construcción que requiera hacer clínicas JASBAN;

14.5.3 Suministrar informes escritos cuando se le solicite,

14.5.4 Tener afiliados a sus trabajadores a la seguridad social

14.5.5. Tener en cuenta las normas sobre salud ocupacional,

14.5.6. Realizar sus actividades en la forma lo más cuidadosa posible de manera que se eviten riesgos.

14.5.7. Relacionar materiales y equipos para que se autorice su ingreso a la obra.

14.5.8. Responder por la calidad de los vidrios Instalados en el sentido de garantizar que estén bien templados, no estén deformes o corrugados.

14.6. Por su parte la contratante se obligó a:

14.6.1 Pagar el precio en los términos convenidos;

14.6.2. Tener los espacios de la obra civil adecuados o acondicionados para evitar traumas en el desarrollo del contrato y disponibles para el suministro e instalación de los vidrios;

14.6.3 Realizar mensualmente el chequeo de las listas de verificación de salud ocupacional

14.6.4. Permitir el ingreso del contratista y sus empleados siempre que estén cametizados y relacionados;

14.6.5 Dar inicio a la actividad de construcción de alfajía garantizando el plomado, alineamiento y su nivelación en los vanos en que se instalarán las ventanas contratadas: Hecho lo anterior, se procederá a la toma de medidas de ventanas para su posterior instalación. Reza el contrato: "esta actividad debe ser previa a la Instalación e inmediatamente el contratista procederá a las instalaciones pertinentes en circunstancias que en ningún evento la obra sufra parálisis.

14.7. El plazo se estipuló en 12 semanas contadas desde el 10 de septiembre de 2008. A partir de los 21 días de la firma del contrato, se entrega la obra mediante actas parciales de obra a medida que se produzca su ejecución (etapas de 300 metros cuadrados). Solo se amplía el plazo por fuerza mayor. El incumplimiento de los plazos da lugar al derecho de JASBAN a cobrar la cláusula penal.

14.8. Se acordaron garantías (pólizas de seguros) que la contratista debía brindar a la contratante en un porcentaje, así: de anticipo (100% del anticipo); de cumplimiento (20% del valor del contrato); de estabilidad (20% del valor del contrato), de responsabilidad civil a terceros (5% del valor del contrato); pago de salarios (5% del valor del contrato).

14.9. Se indicó que la contratista (JASBAN) podrá dar por terminado el contrato por incumplimiento del plazo. Cualquier otro incumplimiento, aunque no genere terminación sí causaba la obligación de resarcir los daños.

14.10. Se pactó una cláusula compromisoria, por la cual "todas las diferencias que ocurran entre ellas con ocasión de la celebración, Interpretación, ejecución, terminación o liquidación del contrato y que no hayan sido resueltas entre ellas mismas, serán resueltas por un tribunal de arbitramento domiciliado en la ciudad de Cartagena de Indias y conformado por tres árbitros, nombrado uno por cada una de las partes y el tercero por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, el cual funcionará en las instalaciones de dicho Centro. El Tribunal fallará en derecho y se regirá y someterá a las leyes colombianas. Las notificaciones del Tribunal serán enviadas a los representantes legales de las entidades contratantes en las siguientes direcciones comerciales

Clínicas Jasban: Dirección: Calle 106 No. 23-61 teléfono 2141484, Bogotá

El Contratista TEMPRO S.A. En la calle 24 No. 29-110, en la ciudad de Barranquilla"

15. A este contrato se le adosó por las partes denominaron "Acta que contiene convenio" entre TEMPRO para culminar trabajo de la arden de compra G-165 y facturas 14302 y 016099. En dicha acta convenio se lee:

15.1. Las partes convienen en celebrar el aludido contrato de que da cuenta la orden G-601, por valor 230 millones.

15.2 TEMPRO adquiere compromisos sobre anclaje de tubos que sostienen los vidrios del segundo piso o parqueadero, así como reforma de pasadores medianeros a las distancias que exijan

los lineamientos que ofrecen la viga riostra así como la placa de piso, aceptando JASBAN la forma irregular en la posición en que quedarán los citados tubos. Esta circunstancia, permanente a lo largo del contrato, suponía que a pesar de no estar la obra civil en condiciones aptas para la adecuada instalación de la ventanería, dicha instalación de todas formas se hacía, ante insistencia de JASBAN.

15.3. Todas estas previsiones solo evidencian que la terminación de la obra civil fue defectuosa lo que imposibilitó el cumplimiento cabal de la obligación de TEMPRO, en aquel primer contrato, pero que en éste se reasumía con estas advertencias, como por ejemplo que el retiro de las guayas podía pedirlo JASBAN pero era su responsabilidad. Pare esta labor contaba TEMPRO con 30 días.

15.4. Concluidas las tareas, JASBAN se obligó a pagar a TEMPRO el valor de la factura que se produzca, correspondiente a mayor obra ejecutada o la que resulte de las medidas que se tomen una vez concluidas todas las labores. A esa factura se le imputará el mayor valor pagado .en la factura 014302.

15.5. Resarcidas las partes con los convenios anotados, se obligan a desistir de las acciones civiles y penales, y de manera inmediata se elevarán las peticiones a los jueces civiles y penales. Satisfechas las partes con las reparaciones indicadas, se declaran a paz y salvo.

15.6. en el acta se indicó:” convienen las partes en que como con el nuevo contrato se reconoce un descuento el cual no está reportado en orden de compra de JASBAN G-601 ni en la factura que enviará TEMPRO por dicha orden de compra por valor de \$370.000.000, en la orden de compra G601 de JASBAN LTDA., TEMPRO reconoce el anterior valor por concepto de daños y perjuicios que reclama JASBAN a TEMPRO por la orden de compra G 601 por en los cuales sí existe incumplimiento”

15.7. Si existe incumplimiento en este contrato, JASBAN puede hacer efectivos los 370 millones.

16. La convocada JASBAN, por su parte expidió la Orden de Compra G- 601 que complementa al contrato, y que fue firmada por ambas partes.

17.La sociedad proveedora de los vidrios, VITELSA S.A., mediante acta -que no tiene fecha pero alude al 23 de septiembre de 2008- de recibo de los cheques de que trata el contrato aludido y por supuesto girados por la demandada JASBAN, acta firmada por Luis Fernando Luna, su representante, indicó que si se presenta algún tipo de inconveniente relacionado con el acta de convenio de 10 de septiembre de 2008, el contrato de suministro e instalación de 11 de septiembre de 2008, firmado el 10 de septiembre de 2008, y la orden de compra G-601 de Clínicas Jasban Ltda. de 10 de septiembre de 2008, ocasionado por CLINICAS JASBAN LTDA y TEMPRO S.A., como por ejemplo, devolución de cheque, orden de no pago de cheque o incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las partes; VITELSA S.A. no tiene ningún tipo de responsabilidad al respecto”.

18. En el acta de recibo de los cheques, VITELSA señaló que los vidrios los entregará a CLIN/CAS JASBAN.

19. El 26 de septiembre de 2008, no obstante que no habla pagado el valor de los vidrios a VITELSA, JASBAN en comunicación dirigida a TEMPRO, le recordó a ésta que el plazo de cumplimiento del contrato era el 10 de diciembre de 2008, toda vez que en el contrato se pactó un término de 12 semanas desde el 10 de septiembre. No acepta JASBAN las cuentas de cobro que le habla enviado TEMPRO y, amparada en que dichas cuentas de cobro no venían en hojas membreteadas de TEMPRO y en que el concepto incluido en las cuentas de cobro estaba errado, pues no era "anticipo" sino "pago", no permitió que VITELSA cobrara el primer cheque, esto es, el primer pago del contrato, o lo que es lo mismo, el primer pago del precio de los vidrios comprados a VITELSA, con lo cual se configuró el primer y básico incumplimiento de JASBAN en este contrato de suministro, consistente en la demora en la adquisición de los vidrios, sin los cuales, como es obvio suponerlo, no tenga cómo cumplir TEMPRO su obligación de instalarlos oportunamente, toda vez que la fabricación de dichos vidrios se retrasaba, retrasándose, por causa imputable a JASBAN, la terminación tempestiva de la labor contratada.

20. Pero, pertrechado en ese aparente incumplimiento de TEMPRO, que no fue tal, sino un artilugio de JASBAN tendiente a lograr el incumplimiento de TEMPRO, JASBAN dispuso la postergación general de todos los pagos restantes (dos) a VITELSA, de modo tal que el último quedó por fuera del plazo pactado en el contrato para la entrega de la labor contratada.

21. Recordó JASBAN en esa comunicación, asimismo, que TEMPRO no habrá cumplido con la entrega de los planos, para lo cual disponga de 10 días desde la firma del contrato, y que en 30 días debían terminar las tareas pendientes de la orden G- 165. Pero era un imposible: cumplir con la entrega de planos de la instalación de vidrios implicaba necesariamente, contar con planos de la obra civil: y esta no estaba terminada.

22. En la obra nunca contó JASBAN con un Ingeniero residente o responsable de tomar decisiones menores, usuales en este tipo de construcciones, lo cual significaba que cualquier decisión de las usuales que suelen resolver in situ, debiera esperar a que fuera tomada o adoptada por el Gerente de JASBAN, Sr. Jaime Buitrago, residente en Bogotá.

23. Con todo, mediante acta del 15 de octubre de 2008, TEMPRO hizo entrega a JASBAN de las obras pactadas en el acta convenio, en la cual se fijó un mayor metraje (409.46 metros²) que debía de ser liquidado, para ser pagado por JASBAN.

24. Mediante carta de 16 de octubre, TEMPRO le formuló a JASBAN, una queja consistente en que el representante legal de JASBAN, Sr. Jaime Buitrago, no firmó el acta de entrega de las obras pendientes de la orden G-165 y le envían la factura TP- 01757 por \$11.347.818 correspondiente a los metrajes de más en fachada principal. Y en relación con la orden de compra G601 señaló TEMPRO que "tiene un desarrollo normal, dentro de los términos pactados en el contrato, de buena fe, con los materiales en cantidades, calidades, marca y colores convenido, y as/ la culminaremos".

25. Mediante carta del 20 de octubre de 2008 JASBAN le informó a TEMPRO, en forma detallada, el estado del cumplimiento de la orden G 165, a la que le faltan cuatro ítems (falta de modificación de los tubos de instalación 17 a 22, falta de entrega de zócalos en todas las puertas, falta de entrega

de bisagra hidráulica, falta de silicona en los vidrios falta de limpieza) y e/ incumplimiento de la orden G 601. Pero tales incumplimientos correspondían a Ítems no del área, circunstancia insignificante y a todas luces imposible de ejecutar en forma definitiva, por el estado de construcción del edificio.

26. Mediante, carta del 31 de octubre de TEMPRO le respondió a JASBAN pormenores de una, entre muchas, frustrada reunión, en la que el representante legal de JASBAN autorizó a una tercera persona para representar a JASBAN, pero sin facultades para recibir ningún documento, cuando el objeto de la reunión era precisamente la entrega de planos y la toma decisiones puntuales. En esa comunicación señaló TEMPRO que JASBAN debía pagar por unos metros adicionales que resultaron instalados en lo que tiene que ver con la orden G-165. Y en lo referente a la G-601 TEMPRO le indicó a JASBAN acerca de la falta de pago de los vidrios a VITELSA, del desarrollo normal de la instalación en lo que concierne a los vidrios suministrados -porque fueron pagados por VITELSA, y del hecho de que en el piso 3 no podía laborarse por estar ocupado con material y equipo de construcción, así como la imposibilidad de desarrollar instalación alguna en los pisos 8 y 9 por su "construcción incipiente"

27. En carta del 4 de noviembre TEMPRO dejó expresado a JASBAN el hecho de haber realizado la Instalación de los perfiles en los pisos 3 a 8. En un lenguaje claro, desprevenido y en el que aflora la buena fe, indicó TEMPRO sin embargo el total incumplimiento de JASBAN a la obligación de tener terminada la obra civil, sin la cual toda medición es imposible, y por ende, toda instalación asimismo resulta en extremo riesgosa para la seguridad de la edificación. Así, la comunicación detalla piso por piso el estado incompleto de la obra civil y se adjuntan fotos que así lo demuestra.

28. JASBAN en forma persistente y de mala fe obstaculizó el cumplimiento de las obligaciones de TEMPRO.

29. JASBAN no cumplió cabalmente con la obligación de tener acabada la obra civil en el edificio donde haberla de cumplir TEMPRO su obligación de instalar vidrios en aluminio.

30. JASBAN, con su negativa a que fuesen consignados /os cheques posfechados que entregara a VITELSA en pago de la compra de los vidrios que habrían de ser instalados, retardó de mala fe el pago de los mismos y por ende la producción de los vidrios, lo que repercutió en el cumplimiento de las obligaciones de TEMPRO, y las encareció.

31. Como consecuencia de dichos incumplimientos, JASBAN irrogó a TEMPRO perjuicios, consistentes en la ganancia dejada de percibir, equivalente por lo menos a la suma de \$370 millones de pesos, mismos que debía pagar a TEMPRO de acuerdo con el acta que contiene convenio" de que trata el acápite 15 de estos hechos.

32. Asimismo, y por causa de dichos incumplimientos TEMPRO incurrió en costos extraordinarios, sólo atribuibles a la mala fe y conducta contractual desleal de JASBAN, as/ como al desconocimiento e ignorancia culposa de su representante legal, Sr. Jaime Buitrago, único que inexplicablemente debía tomar decisiones en la obra (siendo que no contaba con asesores ni tenía

conocimiento para ello) la cual no contaba por tanto con especialistas profesionales, lo que, repetimos, hizo incurrir a TEMPRO en costos extraordinarios tales como honorarios de abogados, topógrafos que no tenían por qué ser contratados por TEMPRO, ingenieros calculistas, ejecutivos de venta, gastos de viajes.

33. VITELSA inició cobro ejecutivo de los cheques impagados que JASBAN habla girado, lo cual evidencia el incumplimiento de JASBAN en su obligación de pagar los \$230 millones, aplicados por TEMPRO a la adquisición de los vidrios.

34. El 10 de diciembre de 2008, fecha originalmente señalada como la de la terminación del accidentado contrato, TEMPRO asistió a la cita y dejó constancia del nuevo incumplimiento de JASBAN, hecho que, entre los muchos y reiterados incumplimientos y artimañas desplegadas por JASBAN; dieron pie a que TEMPRO decidiera alegar el incumplimiento del contrato atribuible a JASBAN, lo cual lo facultó a la terminación unilateral y justa del mismo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

CUNICAS JASBAN LTDA contestó la demanda extemporáneamente, por lo que el Tribunal no le dio trámite, a las peticiones contenidas en la misma, entre las demás consecuencias de esa omisión procesal imputable a la parte convocada.

III. PRUEBAS RECAUDADAS EN EL PROCESO:

Se arrimaron las siguientes pruebas al proceso arbitral por las partes o practicadas en audiencia o por disposición de los árbitros:

- De la Demandante:

La convocante aportó los siguientes documentos:

1. Poder conferido al suscrito por el representante legal de la sociedad TEMPRO.
2. Certificado de existencia y representación legal de TEMPRO S.A.
3. Certificado de existencia y representación legal de CUNICAS JASBAN LTDA
4. Copia de la Cotización 06-103-A por valor de \$100.563.974 para la venta e instalación de vidrios de fachada y demás elementos en los pisos 1 y 2 del Edificio en construcción de La Clínica Jasban en Cartagena.
5. Copia de la "Orden de Compra G-165n emitida el 28 de noviembre de 2007 por JASBAN y suscrita por TEMPRO y por JASBAN, por \$92.183.644,00, con las siguientes características
6. Copia de la comunicación del 8 de enero de 2008 de TEMPRO a JASBAN en la que se quejó del atraso en las obras atribuible a que no han podido tomar las medidas definitivas, por inconvenientes en la altura del piso.
7. Copias de las siguientes comunicaciones:
8. Copia de la comunicación del 1 de marzo de 2008 de TEMPRO a JASBAN.
9. Copia del Acta de reunión del 11 de marzo de 2008.
10. Copia de la comunicación del 20 de mayo de 2008, de JASBAN a TEMPRO.

11. Copia de carta del 27 de mayo de 2008 de JASBAN a TEMPRO, acerca del pago del saldo por \$27.655.097 más intereses por \$3.138.874 correspondiente a la factura TP 014302.
12. Copia de factura de venta No. 16099 del 28 de mayo del 2008, a cargo de JASBAN por valor de \$32.012.462.00
13. Copia de la cotización del 26 de agosto de 2008, expedida por TEMPRO a JASBAN, por El suministro e instalación de ventanería en vidrio y aluminio.
14. Copia de Factura TP-0 17186 de 10 de septiembre de 2008, de TEMPRO a JASBAN, por \$230 millones como consecuencia del contrato de suministro e instalación de ventanería en aluminio y vidrio.
15. Copia del contrato de suministro e instalación del 10 de septiembre de 2008.
16. Copia del "Acta que contiene convenio" entre JASBAN y TEMPRO para culminar trabajo de la orden de compra G-165 y facturas 14302 y 016099.
17. Copia de la Orden de Compra G-601 expedida por JASBAN a TEMPRO.
18. Copia del acta de recibo de cheques girados por JASBAN, y firmada por Luis Fernando Luna, representante de VITELSA.
19. Copia de la comunicación del 26 de septiembre de 2008 de JASBAN a TEMPRO.
20. Copia del acta de fecha octubre 18 de 2008, de entrega de obra del contrato de suministro e instalación suscrito entre TEMPRO S.A. Y CLINICAS JASBAN
21. Copia de la carta de 16 de octubre de 2008, de TEMPRO a JASBAN.
22. Copia de carta del 20 de octubre de 2008, de JASBAN a TEMPRO.
23. Copia de carta del 31 de octubre de 2008, de TEMPRO a JASBAN.
24. Copia de carta del 4 de noviembre de 2008, de TEMPRO a JASBAN.
25. Tres actas de recibo parcial del trabajo suscritas por las partes. Y,
26. Copia de los planos elaborados por TEMPRO en desarrollo del contrato.

Igualmente, solicitó el testimonio de las personas que adelante se mencionan y desistió de algunos de los pedidos.

- De la Demandada:

Como la convocada contestó extemporáneamente la demanda, no se tuvieron en cuenta las pruebas solicitadas por ésta.

- Decretadas de oficio:

De oficio, se practicó inspección judicial en la sede del Edificio en construcción Clínicas Jasban, con la participación de perito arquitecto y las sujetos procesales, los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (visible a folios 208 y s.s.).

- Interrogatorios y Testimonios:

En el transcurso del proceso se recibieron el interrogatorio de representante legal de la convocada, señor Jaime Buitrago Jerez, y los siguientes testimonios: Magnolia Dix Buelvas, Eliana Blanquicett

Vergara, Vicente Castilla, Iris Spath Camafto, Alba Lucia Vargas Chaparro, Royman José Penalosa Cabarcas, Orlando Enrique Herrera Martínez y Henry Francisco Buitrago González.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. Análisis del marco teórico-jurídico regulatorio de la situación planteada

A.1 Leyes Aplicables al contrato

Teniendo en cuenta las personas contratantes y el objeto vinculante, según lo normado en el artículo 20 del Código de Comercio, a este contrato se le aplica las normas relativas a la legislación mercantil, en armonía con las remisiones al estatuto civil sustancial.

A.2 Tipología del Contrato

Al desentrañar la naturaleza de contrato frente a su objeto y normas que tipifican los contratos, encontramos que nuestro código civil define en su artículo 1849 el contrato de compraventa como aquel *"en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero"*; De manera similar lo define el código de comercio en su artículo 905 cuando dice que la *"... compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero..."*. En tanto que el contrato de suministro no lo tipifica el código civil; solo lo regula el de comercio cuando en su artículo 968 nos dice que el *"... suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios"*, pero ni uno ni otro estatuto definen el denominado por las partes como contrato de " suministro e instalación de los vidrios de fachadas".

Ahora, como el artículo 1495 define al contrato como el acuerdo de voluntades el cual se establecen obligaciones recíprocas y el artículo 82 del código de comercio establece que los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles a menos que la ley establezca otra cosa, debemos concluir que conforme a la normatividad invocada no estamos frente a un contrato físico de suministro y por sus características en principio se asemeja más a un contrato de compra venta pero como también se pactó como obligación del contratista la de "instalar" vidrios, ello es ajeno al contrato de compraventa. O sea, que no es lo uno ni lo otro, desde el punto de vista de la tipicidad contractual.

No obstante ello, las partes si celebraron un negocio jurídico contractual atípico e innominado, por razón de que el artículo 864 del Código de Comercio define al contrato como *" un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial ..,"* que fue lo que ocurrió entre las contendientes, y su denominación no lo desnaturaliza, pues a los contratos los

define su esencia, y no la denominación que las partes a bien tengan darle; y aquella no es un problema jurídico objeto de estudio de este Tribunal de Arbitramento.

En todo caso, teniendo en cuenta la teoría del acto jurídico y la naturaleza de las prestaciones, se trata de un contrato de ejecución escalonada o a plazo, pues requería la entrega de una cosa -vidrios y arandelas- en unos periodos determinados, más su instalación en el Edificio mencionado, dentro un plazo específico.

El tratadista Arturo Alessandri Rodríguez en su obra de Los Contratos diferencia los Contratos de Tracto Sucesivo de los de ejecución a plazo, expresando que los primeros son aquellos donde las obligaciones de las partes o de una de ellas, consisten en prestaciones continuas o repetidas durante cierto espacio de tiempo o sea, supone continuidad en su ejecución, como vr.gr. el arrendamiento y el contrato de trabajo; a su turno los de ejecución escalonada o a plazo, son aquellos en que las prestaciones de las partes o una de ellas, a lo menos, se cumplen por parcialidades: la venta de un cuerpo cierto cuyo precio se paga por cuotas, la venta de un conjunto de mercaderías cuya entrega debe hacerse por lotes en diferentes periodos".

A.3 Interpretación del Contrato

Con el fin de resolver el presente conflicto contractual, se hace necesario realizar una interpretación del contrato que éste Tribunal realiza en forma integrativa. La interpretación de los contratos, autorizada por nuestro legislador, tiene como objeto determinar el alcance y voluntad de las partes.

Para entender el alcance de la interpretación integrativa de los contratos, siguiendo la doctrina del destacado tratadista de Derecho Comercial, Messineo, podemos afirmar como aquél dice, que al interpretar el contrato, se debe indagar cuál ha sido la intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Lo mismo que para eliminar el desacuerdo entre las partes, en orden al alcance del contrato, es necesario dar la preferencia a la efectiva voluntad contractual, y no a la que resultaría en apariencia del sentido literal de las expresiones usadas, lo que va de la mano con la preceptiva del artículo 26 de nuestro código civil, que nos habla que los jueces en la aplicación de las leyes en los casos particulares, las interpretan en vía de doctrina, al igual que el artículo 822 del código de comercio, según el cual los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, como en nuestro caso, todo lo cual es concordante con el artículo 230 de la Constitución Nacional.

Bajo estos criterios, cuando en el contrato bilateral se señala el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y al orden convenido. Y si se controvierten judicialmente por las partes las cláusulas contractuales y la manera como éstas deben cumplirse, entonces le corresponde al juzgador desentrañar el sentido de las declaraciones de voluntad consignadas en la respectiva convención, para lo cual se puede acudir a las pautas legales fijadas por el legislador; entre las cuales está la de que *"... las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad"* (C.C., Art. 1622).

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Decisión, es punto pacífico el deber de interpretación de los contratos por parte del juez y en sentencia de 2008 reitera su posición al decir:

"... Interpretar, estricto sensu es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas ago 27/71 y jul 5/83) el alcance de su contenido (cas. Dic 10/99 exp 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. Feb 18/2003 exp 6806)

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "reciproca intención de las partes" (C.C., art. 1618), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, par cuanto, aun siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocia/, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "... los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato" (cas. civ. jun. 28/89).

Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. mar. 27127), está ceñida a "la fidelidad del pacto (cas. Ago. 27111, CCLV, 568) y a la consecución prudente y reflexiva" del sentido reciproco de la disposición (cas. ago. 1412000, Exp. 5577). Empero, el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocia/, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómatas. Más concretamente, la actividad hermenéutica del Juzgador, no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex autoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su "contenido sustancial", utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, 11 contrato, Dott. A. Giuffré Editore, S.p.A. Mi/a, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), Para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenir efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los

intereses sustanciales; el tipo específico, su función y la preceptiva rectora; en general y, en particular¹¹⁴."

En cuanto a los efectos del contrato dispone el artículo 1501 del Código Civil, que se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales; veamos: "... *Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente*". Sobre el particular los tratadistas coinciden en que los efectos finales del contrato consisten en el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica patrimonial; igualmente, que de tales efectos se pueden distinguir los esenciales de los naturales.

Efectos esenciales son aquellos que sólo permiten la realización de la función propia del contrato (como la transferencia del derecho de propiedad y la obligación de entregar la cosa, así como la obligación de pagar el precio de la compra venta, la obligación de permitir el goce de la cosa y la de pagar el correspondiente precio en el arrendamiento, etc.),y que, por esta razón, no pueden ser excluidos en todo o parte por los contratantes porque se corre el riesgo que degeneren en otro tipo de contrato

En cuanto a los efectos naturales se entienden como aquellas consecuencias que el derecho hace derivar del contrato, independientemente de una expresa previsión de las partes, en cuanto satisfacen la necesidad de un cumplimiento más adecuado de su función. En este sentido son efectos que corresponden a la propia naturaleza del contrato, lo que permite suponer que si los contratantes hubieran pensado en ellos los habrían aceptado, de ahí su nexos con la autonomía de los particulares, y la explicación de por qué estos pueden derogarlos siempre. (p. Ej. La garantía por los vicios de la cosa vendida, la obligación para el arrendador de proveer a las reparaciones necesarias, etc.)

A.4 Apología de la buena fe actuante

El Art. 1603 del Código Civil consagra el postulado de la Buena Fe de la siguiente manera: "*Los contratos deben ejecutarse de Buena Fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la Ley pertenecen a ella.*".

El legislador mercantil consideró conveniente repetir el mismo postulado Y señaló en el Art. 871:"*Los Contratos deberán celebrarse y ejecutarse de Buena Fe y, en consecuencia, obligaran no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la Ley, la costumbre o la equidad natural*"

Además, el Código de Comercio se ocupó, en forma sistemática, de regular las actividades precontractuales; también consideró indispensable consagrar el postulado de la buena fe en

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Decisión. Sentencia No 200106915 expedida el 07 de febrero de 2008.
Ponente: Namén Vargas, William

esta etapa preparatoria, y en su Art.863 expresa: *"las partes deberán proceder de Buena Fe exenta de culpa en el periodo preconceptual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"*.

Concluimos, entonces, que el postulado de la buena fe debe imperar en todo el camino del contrato: en su etapa preparatoria, en el momento de su formación, en su ejecución, en su interpretación y también en su liquidación. Veamos cómo opera dicho principio en cada uno de estos estadios:

- a) En la etapa preparatoria. Los contratantes se deben lealtad en todas las etapas preliminares a la formación del negocio; y no es otra cosa que hacer patente a la contraparte la situación real de las cosas, desengañándola de eventuales errores que sean reconocibles. Se deben presentar con toda claridad los antecedentes del negocio, procurando Informar sobre todas aquellas circunstancias que puedan interesar a la otra parte. Ocultar circunstancias que puedan influir en las decisión del otro negociables, fraudulenta, que atenta contra este deber de Buena Fe.
- b) En la etapa de ejecución del contrato.- Las partes deben estar imbuidas de ubérrima Buena Fe en el cumplimiento de las obligaciones, lo que compele al deudor a procurar no solamente lo que ha prometido, sino todo lo necesario para hacer llegar a la contraparte, el pleno resultado útil de la prestación debida.
- c) En la ejecución del contrato. La Buena Fe es un criterio de conducta que se asienta sobre la fidelidad, el vínculo contractual y el empeño de cumplir la legítima expectativa de la contraparte; empeño en poner todas las fuerzas propias al servicio del interés de la contraparte, en la medida requerida por el tipo de relación obligatoria de que se trata; empeño en satisfacer íntegramente el interés de la contraparte acreedora de la prestación. No se obraría con Buena Fe cuando el acreedor, por ejemplo, busca hacer más gravosa la obligación del obligado, o cuando el deudor se toma todo el plazo para cumplir su obligación, con el único fin de perjudicar a su acreedor.
- d) El postulado de la Buena Fe funciona como un criterio de Hermenéutico. El contrato debe ser interpretado atendiendo siempre el postulado de la Buena Fe, buscando cuál fue la verdadera intención de los contratantes y analizando la naturaleza y función que desempeña el negocio jurídico en el mundo económico.

A.5 Acción de Resolución de los Contratos

Según lo preceptuado en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, que opera si se legitima el contratante cumplido con sus obligaciones, pero además es necesario que el contratante demandado haya incumplido con sus obligaciones, pues la pretensión de resolución, por el aspecto pasivo, debe dirigirse contra quien desconoce o se aparte del cumplimiento de las obligaciones que corren a su cargo, incumplimiento que puede ser total o parcial. Dice el primero de los artículos mencionados que *"... en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse*

por uno de los contratantes lo pactado", y el del código de comercio citado afirma que "...En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación"

Es punto de vieja data sentado por la Sala Civil de la Corte en doctrina constante dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el artículo 1546 del Código Civil, la de que únicamente el contratante que ha honrado las obligaciones contractuales a su cargo, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retomo de las cosas al estado anterior, con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas. Para la Corte ello significa que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso, "consistiendo la mora del deudor en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por él debida, en tratándose de obligaciones a plazo sólo se estructura, generalmente según lo preceptuado por el art. 1608 del Código Civil, cuando dentro del término estipulado no ha cumplido la obligación, puesto que únicamente cuando éste haya vencido nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento"¹¹⁵

A.6. Consecuencias del incumplimiento.

Frente al incumpliendo del deudor debe el contratante cumplido constituirlo en mora, y una vez que ello ocurra podrá el otro contratante o pedir el cumplimiento del contrato o la pena, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Se trata de un derecho alternativo para el contratante cumplido. El fundamento de esto se desprende del contenido del artículo 1594 del Código Civil, aplicable a los contratos mercantiles por fuerza del artículo 822 del Código de Comercio, norma que nos dice: "*Antes de constituirse el deudor en mora no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitro...*"

Según lo dicho, para hablar de incumplimiento debe el contratista incumplido ser constituido en mora y luego quien cumplió con su carga obligacional contractual podrá desatar exitosamente la acción de resolución por incumplimiento, lo que se desprende, de un lado, de lo prescrito en el artículo 1609 del código civil que dice: "*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*"; y con más fuerza en negocios entre comerciantes como en nuestro caso, se desprende del artículo 870 del Código de indemnización de perjuicios.

En el punto que se estudia debe también acotarse estos aspectos: i) para que haya mora se exige que además de que el deudor dilate el cumplimiento de su prestación, se requiere que el acreedor haya

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de agosto 12/74 .

efectuado el correspondiente requerimiento al deudor para que cumpla con su obligación ii) se debe también distinguir el simple retardo de la mora; el primero ocurre cuando el deudor no cumple su obligación una vez producida la exigibilidad de la misma, en tanto que la mora tiene lugar si, además, el acreedor, a través de los medios idóneos, reconviene al deudor cuando no hay plazo para pagar. *"La intimación al deudor en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otras legislaciones como la italiana (art. 1219) donde basta que se haga por escrito, o la alemana (art. 284), donde no se exige formalidad alguna, debe hacerse de manera forzosa por la vía judicial. En consecuencia, no se produce con validez el requerimiento a través de una simple comunicación privada pues son muy claros los términos en que se encuentra concebido el artículo 1608 en su numeral tercero".*¹¹⁶

Por último, en esta reflexión teórico-jurídica es muy importante tener en cuenta qué ocurre en el supuesto de incumplimientos recíprocos, pues en ese caso a ninguna de las contratantes le asiste el derecho a pedir la resolución del contrato. Esto también lo tiene dicho la Corte Suprema, que ha sentenciado que cuando existe incumplimiento de ambos contratantes no procede la acción resolutoria para ninguna de las dos partes; en ese evento la norma no lo autoriza, no dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se dé el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas. En este evento, la mencionada acción no ha nacido para ninguno de los contratantes, y afirma que *"...en caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, pare las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede .el inciso 2° del artículo 1546 del Código Civil..."*¹¹⁷

Por todo lo anterior, la decisión final del Tribunal se fundamentará en la interpretación integrativa del contrato, basado en las disposiciones legales y en las interpretaciones jurisprudenciales, doctrinales, y comportamiento contractual de las partes.

B. Análisis del caso en estudio

B.1 Los problemas jurídicos deducidos de la demanda arbitral

B.1.1. Primer problema:

El Tribunal aprecia que TEMPRO S.A. sugiere en su demanda que CLINICAS JASBAN LTDA. incumplió la primera obligación principal de ésta, emanada de negocio jurídico denominado por ellas como "Contrato de Suministro e Instalación", celebrado el 10 de septiembre de 2008, al no autorizar en tiempo del contrato, el pago del anticipo por la suma de ochenta millones de pesos (\$80'000.000), para lo que entregó, el cheque el 23 de septiembre de 2008, al tercero proveedor de vidrio -VITELSA S.A.-.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de marzo 15/83

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil de Casación. Sentencia de nov 5/79.

B.1.2. Segundo problema:

Igualmente, de la Interpretación de la demanda, el Tribunal encuentra que la convocante propone que CLINICAS JASBAN LTDA incumplió la obligación de tener disponible previamente al Inicio del momento de la instalación contratada, un sistema constructivo (obra civil del edificio) suficientemente apto o idóneo para la adecuada instalación de la perfilería, vidrios y arandelas proveídos por TEMPRO S.A.

A. DEBATE PROBATORIO

A.1 Valoración del material probatorio

Procede el Tribunal a hacer un análisis de fondo de las pruebas recaudadas oportunamente en este proceso, con la finalidad de determinar si quedó acreditada alguna de las pretensiones planteada por la parte demandante, en el supuesto que aquellas se encuentren solicitadas en debida forma.

A .1.1 Dictámenes Periciales

A.1.1.1 Del peritazgo contable

Al inicio de la primera audiencia de trámite, a petición de la convocante, el Tribunal decretó la práctica de un dictamen pericial rendido por contador público titulado tendiente a establecer "... *El valor de los supuestos "mayores gastos" que en palabras de la parte convocante pudo haber incurrido ésta, por razón de la ejecución .del contrato de suministro e instalación celebrado entre las partes el 10 de septiembre del 2008, en relación con la contratación de ingenieros, arquitectos, auxiliares, abogados, y personal adicional, gastos adicionales de transporte, alojamiento y manutención de todo el personal asignado a la obra como consecuencia de presuntos retrasos o incumplimientos de la convocada, si los hubo...*".

En audiencia celebrada el 2.3 de septiembre de 2010, se designó como perito al Contador Público, señor CESAR GABRIEL ANGULO ARRIETA, quien aceptó el nombramiento. Una vez posesionado, el Tribunal fijó como fecha límite para la entrega del experticio el veintidós (22) de octubre de 2010.

En su dictamen, el perito determinó el valor de los erróneamente denominados por la parte convocante como "mayores gastos" en que ésta pudo haber incurrido en relación con la contratación de ingenieros, arquitectos, auxiliares, abogados y personal adicional, gastos adicionales de transporte, alojamiento y manutención de todo el personal asignado a la obra de la controversia como consecuencia de presuntos retrasos o incumplimientos de la convocada, con ocasión de la ejecución del denominado por las partes como contrato de suministro e instalación celebrado el 10 de septiembre del 2008.

En el mencionado dictamen se proponen las siguientes conclusiones, según el criterio profesional del perito en cuanto al valor de los supuestos "mayores gastos":

--	--

a) Mayores gastos relacionados con la contratación de ingenieros	\$22'000.000
b) Mayores gastos relacionados con la contratación de arquitectos	\$0
c) Mayores gastos relacionados con la contratación de auxiliares	\$0
d) Mayores gastos relacionados con la contratación de abogados	\$104'800.000
e) Mayores gastos relacionados con la contratación de personal adicional	\$20'000,000
f) Gastos adicionales de transporte.	
g) Gastos adicionales de alojamiento	
h) Gastos adicionales de manutención	
TOTAL MAYORES GASTOS	\$146'800.000

En la fecha señalada, se desarrolló la contradicción de la prueba; la demandada solicitó aclaración, complementación y se reseñó el derecho a objetarlo por error grave, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. El perito tramitó lo solicitado por la convocada, quien posteriormente objetó el nuevo pronunciamiento alegando error grave.

Frente a estas conclusiones, la parte convocada solicita no tener en cuenta el dictamen por presentar errores de técnica y análisis contable, por lo que en su opinión carece de valor probatorio para la litis objeto de análisis; igualmente porque el perito no tuvo en cuenta que los gastos hallados no corresponden exclusivamente a contrato objeto de discusión en este tribunal, según lo expresado por el mismo perito en su escrito recibido el 16 de Noviembre de 2010 al afirmar que "... el perito solara que no ha hecho diferenciación porcentual de este gasto en una de las ordenes enunciadas por cuanto es considerado que fa controversia existente recae sobre las dos ordenes de forma indivisible...-".

En todo caso, y con el propósito de satisfacer las críticas formuladas por la convocada, se ordenó la práctica de un nuevo dictamen, designándose al señor contador Eduardo Hernández Salas, quien básicamente ratificó las mismas conclusiones del perito inicial, encontrando las mismas pruebas de los "mayores gastos" que por documentos contables se derivan como provenientes de la ejecución del contrato materia del presente trámite arbitral, pero también de la orden de compra G-165, pues ninguno de los dos peritos se pronunció sobre el cálculo o proporciones que dentro cada uno de esos contratos y ordenes de servicio, tuvieron tales gastos.

Así que si esas diferencias no fueron determinadas por los peritos contables, es lógico deducir que de la contabilidad de TEMPRO S.A. no se pudo determinar qué porción de esos gastos correspondió a la orden de compra G-165 (sobre el primer y segundo pisos del Edificio Clínicas Jasban) y cuál porción al contrato de suministro e instalación del 10 de septiembre y su orden de compra G-601 (correspondiente a los pisos tercero al noveno), pues de no haber sido así el segundo perito, quien practicó su experticia en Barranquilla, sobre los mismos libros y papeles de TEMPRO S.A., habría encontrado y determinado tal información, amén de que para el contratista, Clínicas Jasban Ltda., era un solo cliente.

Se acota, además, en el tema en estudio, que no hay una relación concausal entre algunos de los denominados "mayores gastos" con los ítems que incluye la demandante, tales como honorarios de abogados, entre otros, ya que los mayores costos de un contrato son las erogaciones que le corresponde forzosamente hacer al contratista para el logro del objeto contratado, pero los valores de esta no están reflejados en el precio inicialmente pactado en el contrato, que de no ser reconocidos hubieren implicado un detrimento al contratista que lo hubiere hecho obviamente que ellos deben ser solicitados, acreditados y probados en debida forma.

Del segundo peritazgo, por parte del contador público EDUARDO HERNANDEZ SALAS, se dio en traslado a las partes y la convocada formuló algunos comentarios sin solicitar aclaración o complementación.

B.4.1.2. Del peritazgo rendido por perito arquitecto.

Como consta en el acta de la primera audiencia de trámite, se decretó de oficio la práctica de una inspección judicial, con intervención de perito arquitecto. Para tal efecto fue nombrado el arquitecto ORLANDO AMIN ABERAMID, quien aceptó el encargo y una vez posesionado se fijó como límite para rendir el respectivo dictamen el 22 de octubre de 2010, lo cual hizo dentro de la oportunidad legal, expresando, en resumen, opiniones sobre la Orden de Compra G-165 (no sometida a Cláusula Compromisoria en este proceso, razón por la cual no será materia de análisis lo relativo a esta), y en cuanto al contrato materia del presente trámite, precisó una serie de defectos tanto en la construcción del Edificio Clínicas Jasban, atribuibles a la parte convocada que incidieron en el efecto de las obligaciones y probables incumplimientos de la parte convocante, como a defectos en imputables a la convocante en cuanto al espesor o grosor de los vidrios, defectos en la perfilería y demás materiales instalados por la convocante en el referido edificio, que en suma significaron incumplimientos recíprocos de ambas partes. Es así como en noviembre 16 del año retro próximo aclara y complementa dicho experticio, tal como le fue ordenado, y en enero 25 del año que discurre los ratifica en todo su contenido.

Cumplido el primer dictamen en la fecha prevista, y en desarrollo del principio de la contradicción de la prueba, las partes adoptaron las siguientes conductas:

A.1.12.1. Posición de la parte convocante.

TEMPRO S.A. cuestionó el primer peritazgo, a cargo del arquitecto Orlando Amín Aberamid, primero solicitando aclaraciones y complementaciones, y después de surtidas estas, alegando que hubo error grave por cuanto éste se pronunció sobre una orden de compra de los dos primeros pisos, que no hacen parte del contrato materia del presente trámite arbitral. Igualmente, que en cuanto a lo observado en los pisos tres al nueve, el señor Amín no es el profesional idóneo para emitir estos conceptos, sin conocimientos técnicos sobre perfilería, pegantes y refuerzos, y sin sustentar normas técnicas avaladas sobre sus ideas expresadas.

Lo anterior llevó a que TEMPRO S.A. solicitara la intervención de un nuevo perito ingeniero, con el apoyo de un arquitecto, lo que fue concedido por el Tribunal, designándose al ingeniero Julio Humberto del Castillo y al arquitecto Juan Carlos López.

A.1.1.2.2. Posición de la parte convocada.

CLINICAS JASBAN S.A. también solicitó aclaraciones y complementaciones al primer peritazgo, a cargo del arquitecto Orlando Amín Aberamid, reservándose el derecho a objetarlo, lo que no hizo.

La convocada básicamente sustenta su inconformidad en que no debe tenerse en cuenta la parte del experticio que hace relación a la Orden de Compra G-165 en cuanto a que esta orden no está sometida a cláusula compromisoria, entre otras razones expuestas por los dos apoderados que fungieron como mandatarios de la sociedad convocada.

Aun cuando CLINICAS JASBAN LTDA. No objetó tal dictamen, si solicitó aclaración y complementación del segundo peritazgo, practicado por el perito ingeniero Julio Humberto del Castillo, con el apoyo del arquitecto Juan Carlos López, tras objeción formulada por la convocante. Básicamente afirmó que el dictamen técnico debió referirse sólo a los pisos tercero al nueve, y que el presente proceso no debe ocuparse en establecer si el Edificio Clínicas Jasban fue construido correcta o incorrectamente, pues no suscribió con TEMPRO S.A. contrato que tuviera por objeto la construcción del edificio, sino si la instalación de la ventanería se hizo o no en debida forma, y si los vidrios suministrados cumplían o no las características contratadas.

A.1.1.2.3. Del segundo dictamen pericial por parte de ingeniero.

Como se formuló objeción grave contra el dictamen rendido por Orlando Aberamid, se designó al ingeniero Julio Del Castillo Tapia, en asocio del arquitecto Juan Carlos López Ferrer.

En el primer dictamen suscrito por el ingeniero Del Castillo Tapia, visible a folio 1.173, éste concluye que la construcción de la Ventanería, fachada y postura de vidrios, deja ver que los errores fueron compartidos entre la contratante y la contratista, *"... al no trabajar bajo un criterio profesional basado en calidad; sin los diseños respetivos, sin memorias de cálculos, sin programación de obras, que no dejan ver un documento, donde por lo menos se aprueben los predecesores de un ítem con respecto a otro ítem, en una programación lineal en el tiempo..."*.

Posteriormente, en la aclaración que debió presentar por solicitud de las partes, el ingeniero Julio Del Castillo Tapia, fue contundente al expresar:

- *“Respeto los conceptos del profesional que rindió el anterior dictamen pericial; en el que rindo dejo claro que todo está basado en la visita a la sede de Clínicas Jasban, emitiendo conceptos técnicos Jo más objetivos posibles. En ningún caso dejándome enajenar de ningún informe...*

- *El comunicado “orden tan llena de errores”, quiere decir errores técnicos. Cuando se indaga al Señor Buitrago, y se colocan sus respuestas en el informe, se hizo porque desde un inicio, él, pidió permiso para grabar la conversación.*

- *En la revisión que se le hace a la obra, dejo fotos de los posibles errores, como constancia y miro y analizo las memorias de cálculos estructurales de Alumina (firma contratada por la convocada), de la cual expreso en el documento que los perfiles metálicos trabajaban esforzados; no soportaban los esfuerzos (no eran los indicados). Aclaro que no fui contratado para hacer un cálculo estructural de la Ventanería del Edificio en mención.*

- *Las preguntas que se hicieron en el cuestionario, fueron respondidas por un jurídico, me atrevo a decir, y no por un Ingeniero, ya que lo que se buscaba, eran respuestas basadas en conceptos técnicos. Igual sucede en el tema de interventoría, se cree que un interventor puede ser cualquiera en una Obra, y no es así, tiene que ser un Profesional Competente que ayude a detectar posibles errores de construcción para prevenir, y cuando haya que corregir, sea sin causar traumatismos mayores y costos a la obra. No es lo mismo un Interventor en un Papel, que realizado sus labores durante la construcción.*

- *Con mucho respeto, les informo que en un Cd o una Foto, no puedo medir los niveles o desniveles; alineaciones o desalineaciones. El informe se basa en lo encontrado en la obra.*

- *En el informe dejé muy claro que desde un principio hay contradicciones en los documentos, como por ejemplo el contrato. Hasta donde tengo entendido las cantidades de obras y especificaciones de materiales, en un genera el diseño respectivo. ¿Cómo se contrata una ventanería y sus especificaciones, si no hay diseño; o el contratista mandaba e imponía que le compraran dentro de la obra y el contratante aceptaba? Hoy, esta parte no la entiendo, primera vez en el ejercicio de mi profesión que encuentro un caso como este. (En el punto 3 del Informe pasado está explicado)”*

A.1.1.2.4. De la opinión del Tribunal sobre las objeciones por errores graves.

Sea esta la oportunidad procesal para valorar las pruebas técnicas mencionadas, en particular el análisis de las objeciones por error grave propuestas por las partes sobre los dictámenes periciales, pues de ellas dependerá que tales experticias puedan ser tenidas en cuenta como soportes en el laudo arbitral dentro del presente proceso, en caso de que las conclusiones de aquellas puedan ser aplicadas en el sub lite.

La calificación del error grave no es subjetiva o discrecional del operador judicial, puesto que el marco del mismo lo precisa la ley de ordenamiento civil, la que considera que no es cualquier yerro ni

cualquier divergencia o discrepancia o apreciación subjetiva la que puede ser tenida en cuenta para fundamentar la Objeción. En consecuencia, el error deberá ser determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas, queremos decir que debe ser de tal envergadura y manifiesto el entuerto que debe quedar comprendido en el campo de la evidencia y de la notoriedad. Por otra parte, las consideraciones de tipo jurídico que hicieren las partes a las experticias no pueden reputarse como error grave, puesto que estas no alteran el contenido técnico del dictamen ni contrarían la naturaleza del mismo en los puntos que verdaderamente interesan al Tribunal y, en últimas, las experticias en este proceso, son coincidentes y complementarias, que despotencian las críticas a los mismos.

En apoyo de nuestra conclusión, invocamos lo que al respecto hemos encontrado, como pronunciamiento jurisprudencial, al decir la Corte que *"... si se objeta dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos..." (Subrayado fuera del texto) (C.S.J. G.J. tomo LII, página 306), pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven ..."*, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil *"... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva..."* (Auto de septiembre 8 de 1993. C.S.J. Expediente 3446 magistrado sustanciador doctor Carlos Esteban Jaramillo, Schloss).

El Tribunal encuentra que ninguna de las discrepancias anotadas por las partes respecto de las objeciones graves propuestas contra los peritazgo contable y técnico reviste la calidad de errores graves. Todos los defectos señalados por los objetantes recaen sobre puntos de divergencia conceptual, de discrepancia en el método empleado, de apreciación o de observación subjetiva.

En efecto, en cuanto la experticia del contador público César Angulo Arrieta, encuentra el Tribunal que éste se limitó a detectar qué mayores gastos se generaron con ocasión de la ejecución del contrato de suministro e instalación celebrado entre las partes del presente trámite arbitral en relación la contratación de ingenieros, arquitectos, auxiliares, abogados y personal adicional y otros gastos, debido a los presuntos retrasos o incumplimientos de la parte convocada, de acuerdo al objeto de la prueba. Pero es el caso que en la contabilidad

de TEMPRO S.A. no se encontró, según se infiere de su experticia y de la que posteriormente realizó el contador público Eduardo Hernández Salas, separación o clasificación de gastos entre una orden de compra y otra, por lo que no era factible que los peritos contadores pudieran identificar a los árbitros, cuáles gastos o porciones de gastos correspondieron a una y otra orden de compra. Para los efectos del análisis del Tribunal, es claro que si hubo mayores gastos con ocasión de la instalación de los vidrios en el Edificio Clínicas Jasban, y es de competencia del Tribunal, y no de los peritos, precisar, si fuere necesario para el ordenamiento del fallo que se ha de tomar, en qué porciones pudieran atribuirse costos o gastos a cada orden de servicio, conforme o a partir de las pruebas que obran en el proceso.

El que no perciba el Tribunal error grave en el primer dictamen contable se refuerza en el hecho que el segundo perito, señor Eduardo Hernández Salas, no expresó desavenencias con las conclusiones del dictamen del contador César Angulo. Para el Tribunal, las anotaciones de la parte objetante no pasan de ser observaciones inocuas que se orientan a debilitar la firmeza del dictamen, labor que dentro de la crítica de la prueba le corresponde al juez en cumplimiento del artículo 241 del c.p.c que establece: "Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de su fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obran en el proceso".

Y en cuanto al dictamen suscrito por el arquitecto Orlando Amín Aberamid, se tiene que fue ratificado en todas sus partes por el segundo peritazgo, a cargo del ingeniero Julio Del Castillo Tapia, quien por cierto fue más contundente que el anterior en señalar las culpas compartidas entre las partes del denominado "contrato de suministro e instalación", que fueron eficientes en los infortunados sucesos durante la ejecución de las obras contratadas.

Salta a la vista de los dos peritazgos de arquitecto e ingeniero, que el Tribunal los encuentra coherentes y armónicas, y que no hay duda que,

- i. La convocada-contratante adoptó posiciones antitécnicas que impedían que la contratista pudiera cumplir a cabalidad sus propias obligaciones, incluso si dicha contratista hubiere adoptado, en la ejecución de sus obligaciones, la postura de cumplir. Por ejemplo, resalta el perito que en la obra no hubo interventor; que no se entregó a la contratista las memorias de cálculos de la obra civil, ni programación de obras; que los perfiles metálicos puestos por la contratista trabajaban forzados porque se instalaron sobre bases frágiles construidas por la convocada; que se iniciaron las instalaciones de ventanería sin que estuvieran concluidos los dos últimos pisos, entre otras críticas periciales, todas las cuales son de recibo por éste Tribunal.
- ii. La convocante-contratista que TEMPRO S.A. no hizo entrega de vidrios marca VITELSA sino PILKINGTON, que no fueron los contratados, y al parecer aquellos no existen en el mercado; que no hizo entrega de los planos ni diseños relativos a la instalación de los vidrios, perfilaría y sus arandelas; que la perfilaría a instalar era muy débil para sostener la carga de los vidrios mencionados, que soportaran la vibración proveniente de las brisas y vientos la ciudad; que no objetó las obras civiles porque impidieran la correcta instalación y seguridad de los vidrios y materiales instalados.
- iii. En suma, según la prueba técnica, que se han admitido como idóneas en este proceso, por los incumplimientos bilaterales, pareciera que las partes hubieren concertados posturas

anticontractuales, esto es, posiciones impeditivas de los fines de un contrato, marcando un designio probablemente de mala fe recíproca o, al menos, de incorrección en la conducta contractual que se espera de partes empeñadas en el cabal cumplimiento de sus obligaciones conmutativas, como expresiones que no se acomodaron con las buenas costumbres, usos y prácticas en las relaciones mercantiles, lo que se reveló en las frustraciones que ambas partes han expuesto a lo largo del trámite arbitral.

A.2.1 Documentos

Desde el comienzo se tuvieron como pruebas los documentos acompañados en la demanda y aquellos que testigos e interrogado presentaron en el momento de deponer sus versiones

A.3.1. Testimonios e interrogatorio:

En su oportunidad se recibieron los testimonios de estas personas: Magnolia Dix Buelvas, ii) Eliana Blanquicett Vergara, iii) Vicente Castilla Castilla, iv) Iris Spath Camaño, v) Alba Lucia Vargas Chaparro, vi) Royman José Peñalosa Cabarcas, vii) Orlando Enrique Herrera Martínez y, viii) Henry Francisco Buitrago González; y se interrogó al representante legal de la convocada señor Jaime Buitrago Jerez.

Valga la pena anotar que los testimonios de los señores Magnolia Dix Buelvas, Eliana Blanquicett Vergara, Vicente Castilla Castilla, Iris Spath Camaño, Alba Lucia Vargas Chaparro, Royman José Peñalosa Cabarcas, Orlando Enrique Herrera Martínez y Henry Francisco Buitrago González vienen tachados por la convocada, como sospechosos, siendo este el momento de apreciar tal circunstancia por así establecerlo el artículo 218 del C. de P.C., el cual dice en lo pertinente que "... los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia", tacha que se admite por razón del grado de dependencia o vinculación existente entre tales testigos con la demandante y su representante, conclusión que fluye de la propia declaración de aquellos. En consecuencia, como sus dichos se orientaron a aspectos técnicos de la obra en construcción y la instalación de los vidrios en la misma, así como a asuntos relacionados con la personalidad de los actores en este proceso, tales testimonios tachados de sospechosos, no se tendrán en cuenta por cuanto, además, los aspectos críticos del proceso vienen aclarados por otros medios probatorios, que para los árbitros son mucho más precisos, claros y especializados, en particular por los dictámenes de los peritos arquitecto e ingeniero recaudados en el periodo probatorio.

B. EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El equilibrio contractual está determinado por la relación de las obligaciones contraídas en el momento de su celebración.

En el caso subjudice, si se analiza aisladamente el contrato de marras, habría que concluir que no existió el equilibrio contractual, por cuanto al contratista sólo se le reconoció en el contrato el valor de los vidrios, para ser pagados directamente al proveedor VITELSA S.A., y aunque de las pruebas recaudadas se tiene que el contratista poseía plena conciencia de lo que convenía con el contratante en cuanto al precio, si se valora el mero contenido del contrato no podría comprenderse por qué razón el contratista renunció al cobro del valor o precio de los demás elementos que se obligó a fabricar o suministrar, así como el valor de la instalación y el AUI más impuestos.

Ello sólo puede comprenderse si en el análisis nos adentramos a la etapa precontractual, de la que surgen informaciones que permiten inferir al Tribunal las razones por las cuales se fijó tan bajo precio para el contrato materia de análisis; y, en todo caso, para que el Tribunal se pronuncie sobre eventuales desequilibrios, tendría que ser solicitado como pretensión y su fuente tiene que ser una situación ajena a cualquier previsión racional de las contratantes y constituido por hecho por fuera de su control.

Pero lo ocurrido en etapa precontractual no fue incluido como materia de estudio en la cláusula arbitral. En consecuencia, al Tribunal le está vedado penetrar en esa temática por falta de competencia; pero, además, el propio actor confiesa que esa etapa fue transigida y aquel salió a deber a la demandada en la suma de trescientos setenta millones de pesos (\$370'000.000).

C.LA CONDUCTA CONTRACTUAL DE LAS PARTES

El estudio de este aspecto es definitivo o fundante de la decisión a tomar, habida consideración que el contratista en su demanda y en sus alegatos, endilga al contratante incumplimiento del contrato como fuente medular de sus pretensiones. Por el contrario, la convocada-contratante, legitimada por pasiva en la relación jurídico-procesal, manifiesta en su versión dada al ser interrogado su representante legal y en su alegato final, que dio pleno cumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas a su cargo y, en consecuencia, con su proceder no se irrogó perjuicio alguno a la convocante-contratista; por el contrario, alega que fue la convocante-contratista quien no satisfizo sus obligaciones contractuales.

C.1 Estudio del incumplimiento contractual enrostrado por la convocante TEMPRO S.A a la convocada CLINICAS JASBAN LIMITADA.-

Ciertamente la demanda de TEMPRO SA no es el mejor modelo de aquellas, por lo confusa, ambigua y anti técnica, lo que ha dificultado al operador judicial su interpretación pero en rigor, lo que aquella reitera en su alegato final es que CLINICAS JASBAN LIMITADA incumplió sus obligaciones y pide terminación del contrato y se reconozcan los perjuicios de ella derivados invoca la condición resolutoria tacita en los contratos bilaterales en caso de incumplirse por uno de los contratantes lo pactado, de que trata el artículo 1546 del código civil.

De allí los problemas jurídicos encontrados por este tribunal como los planteados por la actora.

Con expresividad lo dice así TEMPRO S.A. en su alegato final, reiterando lo que difusamente dice en la demanda:

"... Desde el punto de vista cronológico y lógico, pero también por haberse así pactado en el contrato, era requisito indispensable para la ejecución cabal del mismo por parte de TEMPRO que JASBAN cumpliera de primero con sus obligaciones.

En particular con dos: a) pagar el precio convenido de \$230 millones, porque íntegramente dicho precio iría a parar a manos del proveedor de los vidrios, a quien JASBAN le debía cancelar directamente, con lo cual TEMPRO, luego de lo anterior, y ya fabricados dichos vidrios, los habría de utilizar para instalarlos. Mal podía iniciar la instalación sin los vidrios. Y b) tener los espacios de la obra civil adecuados o acondicionados de modo que cuando TEMPRO fuese (sic) a instalar los vidrios, estos se acoplaran al espacio diseñado para tal fin. Se pactó así: Dar inicio a la actividad de construcción de alfalfa garantizando el plomado, alineamiento y su nivelación en los vanos en que se instalarán las ventanas contratadas: Hecho lo anterior, se procederá a la toma de medidas de ventanas para su posterior instalación. Reza el contrato: "esta actividad debe ser previa a la instalación e inmediatamente el contratista procederá a las instalaciones pertinentes en circunstancias que en ningún evento la obra sufra parálisis..."

C.1.1 Estudio del Primer Problema Jurídico.

De la naturaleza del contrato, de su interpretación, de las pruebas y posiciones de las partes, fluye sin dificultad que la primera y básica obligación de la convocada de era la de pagar el precio del contrato, que se acordó en doscientos treinta millones de pesos (\$230'000.000,00) y se pactó pagar en tres (3) contados así: i) La suma de ochenta millones de pesos (\$80'000.000) como anticipo, que si directamente al proveedor de vidrios, VITELSA S.A., previa prese aceptación de las pólizas acordadas en el contrato, así como de cuenta de cobro de TEMPRO S.A. a CLINICAS JASBAN LTDA, que debía contener la autorización para pagar directamente a dicha sociedad; ii) La suma de setenta y cinco millones de pesos (\$75 '000.000) mediante cheques posfechados a treinta (30) días, contados desde la firma del contrato, a nombre de VITELSA S.A., previa presentación de la cuenta de cobro por TEMPRO S.A.; iii) La suma de setenta y cinco millones de pesos (\$75'000.000) mediante de cheque posfechado, a sesenta (60) días, contados desde la firma del contrato, previa presentación de la cuenta de cobro.

Sea lo que fuere, está probado por distintas vías, que el pago del primer contado mediante cheque, fue extemporáneo ; sólo hasta el 1 de octubre de 2008 (como consta en carta de CLINICAS JASBAN LTDA del 1 de octubre de 2008, a folios 446 a 449 del expediente) se dio la respectiva orden de pago del cheque que se había entregado desde el 23 de septiembre de 2008, mediante acta de recibo anexada con la demanda, a folio 36 del expediente, y según dicho del representante legal de la convocada, su tenedor lo hizo efectivo días después de recibir la autorización de cobro.

En tales circunstancias, ¿estaba habilitada TEMPRO S.A. para solicitar la resolución del contrato más los perjuicios contenidos en los artículos 1546 del código civil y 870 del código de comercio? ¿En la conducta descrita, hubo mora o retraso de la convocada?

Sin mayores miramientos se debe decir que TEMPRO S.A. no podía solicitar la resolución por el no pago del primer contado, ya que fue negligente de su propia suerte en razón a que el inciso segundo del artículo 882 del código de comercio lleva implícita la condición resolutoria del pago en caso de que

esta especie de título valor sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera y "... *Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.*"

Nada de ello hizo TEMPRO S.A., ni urgió a VITELSA S.A., tenedor cheques al cobro, para que se constituyera en mora a CLINICAS JASBAN alguna manera, pues se limitó a esperar pacientemente autorización para el pago, que sólo se dio hasta el 1 de octubre de 2008 (reconocido así por el representante legal de la convocada en su interrogatorio de parte, a folio 212 del expediente) y, posteriormente, cuando lo presenta al banco respectivo, éste lo pagó sin remilgos. En consecuencia si bien pudo haber mora, esta fue purgada por el actor por cuanto éste no constituyó en aquella a su deudor, configurando entonces un mero retraso, consentido por el acreedor, y tal conducta no es la prevista en los artículos citados para siniestrar un contrato bilateral, por incumplimiento.

En tanto que los pagos restantes estaban condicionados al cumplimiento de las propias obligaciones del actor, que no se dieron, concluyéndose que no se probó en debida forma el incumplimiento de la obligación de pago conforme a derecho, a que se obligó CLINICAS JASBAN LTDA., lo que la releva de consecuencias jurídicas procesales en su contra y así habrá de resolverse, en cuanto al primer problema jurídica planteado.

C.1.2. Estudio del Segundo Problema Jurídico.

Este problema quedó resuelto con la prueba pericial, de la cual se desprende sin lugar a dudas que ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales, prueba técnica que nos releva el deber de estudiar este problema a la luz de las declaraciones testimoniales, amén de que la tacha fue admitida.

Tal como quedó dicho antes, ambas partes exhibieron conductas irreverentes en cuanto a sus obligaciones conmutativas en la relación contractual. Para no abundar en señalarlas, nos basta reiterar las siguientes, respecto del accionar de la convocada-contratante (CLINICAS JASBAN LTDA) que ésta adoptó posiciones antitécnicas que impedían que la convocante-contratista (TEMPRO S.A.) pudiera cumplir a cabalidad sus propias obligaciones, aún si dicha contratista hubiere adoptado, en la ejecución de sus obligaciones, la postura de cumplir. Es así como en la obra no hubo interventor habilitado por alguna profesión de la ciencia de la ingeniería por cuanto en la inspección judicial el representante legal de la convocada confesó que es él quien ejerce tales funciones, confirmado también el perito ingeniero; ni se entregó a la contratista las memorias de cálculos de la obra civil, ni la programación de obras, así como los perfiles metálicos puestos por la contratista trabajaban esforzados porque no se instalaron alfajías u otros elementos adecuados para soportar eficientemente la perfilería; ni se iniciaron las instalaciones de ventanería con la conclusión de los dos últimos pisos, como lo recomendable, entre otras falencias, todo lo cual queda resumido, como apotegma, por el perito ingeniero, quien contundentemente afirma "... *Lo que no entiendo es por qué, se hace un estudio estructural en febrero 2 de 2011, si por allí debería empezar todo el inicio (sic) de la colocación de la*

estructura metálica de aluminio y vidrios, y así el litigio que hoy se crea en este tribunal de arbitramento, estoy seguro no existir/a..."

De otra parte, en cuanto a los incumplimientos de TEMPRO S.A., son tan evidentes que si ésta hubiese constituido en mora a CLINICAS JASBAN LTDA. Por el pago del primer contado en forma incorrecta, que se mencionó anteriormente, de todas formas el Tribunal no hubiera podido condenar a la convocada por la razón anterior, ya que la convocante, a su turno, también incumplió obligaciones fundantes a su cargo, emanadas del contrato, que imposibilitarían, en este supuesto, darle aplicación a su favor, de los artículos 1546 del código civil y 870 del código de comercio.

Baste con volver a mencionar las siguientes acciones y omisiones de la convocante-contratista, TEMPRO S.A.: no hizo entrega del producto en la forma pactada en el contrato, pues los vidrios entregado no fueron producido por la contratista y con marca VJTELSA, sino PILKINGTON, fabricados en la China; ni se entregaron previamente a la iniciación de la instalación, ni los planos ni diseños relativos a la instalación de los vidrios, ni la perfilería y sus arandelas, tal como reza en el contrato; la perfilería a instalar era muy frágil para sostener la carga de los vidrios mencionados, de tal manera que pudieran resistir la carga y vibración proveniente de las brisas y vientos la ciudad; ni rechazó las obras civiles que impidieran la correcta instalación y seguridad de los vidrios, todo lo cual se reitera fue resaltado probatoriamente por los peritos arquitecto e ingeniero nombrados por el Tribunal para la práctica de las experticias técnicas.

De todo lo anterior se colige, que ambas partes se empeñaron en evitar por todos los medios el cumplimiento de las obligaciones recíprocas dentro de la relación contractual que pretendieron atacar en este proceso, lo que, siguiendo las pautas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, arriba citada frente a incumplimientos recíprocas de obligaciones, ninguna de las contratantes debe nada a la otra, que así habrá de decidirlo este Tribunal.

G. Pronunciamiento sobre las pretensiones

De lo estudiado por el Tribunal, la conclusión que se impone es la de denegar las pretensiones, incluyendo las declarativas, por cuanto:

Si bien es cierto que está probado documentalmente la existencia de un contrato de compraventa e instalación de vidrios, no como lo denominaron las partes, el precio del mismo no se probó que fue por seiscientos millones de pesos (\$600'000.000) sino por doscientos treinta millones de pesos (\$230'000.000), por lo que el Tribunal no puede hacer esa declaración, ya que implicarla un fallo de mínima petita. De hecho, si pudiese el Tribunal referirse a la cuantía de la primera pretensión de la convocante, tampoco tendría competencia, pues le tocaría hacer referencia al primer contrato sobre la orden de compra G-165 y el contrato de transacción contenido en el "Acta que contiene Convenio", suscrita el 10 de septiembre de 2008, lo que de suyo sería antijurídico, por cuanto ni en uno ni en otro se pactó cláusula arbitral, pero también conforme a la ley, la transacción hace tránsito a cosa juzgada.

En relación con la segunda pretensión propuesta en su demanda por la convocante, como expresamente este Tribunal en sus reflexiones jurídicas concluyó que hay incumplimiento de

obligaciones recíprocas, lo que impida el reconocimiento a su favor, propuesto por la actora, razón por la que también habrá de denegarse.

En el presente Laudo no se puede ordenar la finalización del contrato, pues si apreciamos lo analizado en la materia, el mismo terminó al vencerse el plazo fijado por las partes para el cumplimiento del objeto, y no se observa que el término del contrato haya sido extendido en el tiempo por concertación de las contratantes. Por sustracción, no es posible ordenar su terminación o resolución del mismo, por lo que no se acogerá la tercera pretensión de la demanda formulada por la convocada.

Tampoco los perjuicios a favor de una de las partes (convocante) podrán ser reconocidos, porque ello es consecuencial de la declaratoria de incumplimiento, ya se ha dicho que ambas partes incumplieron; pero igual, también analizó el Tribunal que la actora no constituyó en mora, en debida forma, en sus obligaciones a la demandada. Por tanto, habrán de denegarse.

Por lo expuesto en el ordinal G.1. A la que nos remitimos, la quinta pretensión de la demanda propuesta por la convocante, no será acogida por el Tribunal.

Al igual que para la anterior, y por lo expuesto en el ordinal G.1., la sexta pretensión de la demanda formulada por la actora, habrá de denegarse.

Por lo expuesto en los ordinales anteriores, especialmente en el ordinal G.4. a la que nos remitimos, la séptima pretensión de la demanda propuesta por la convocante, habrá de denegarse.

En cuanto a la pretensión denominada por la convocante como "primera subsidiaria de la sexta principal", también será denegada pues como principio de derecho, allí donde hay la misma razón, se aplica la misma disposición.

XI. SOBRE LOS HONORARIOS DE LOS PERITOS

Como acotación marginal al contenido del Laudo, y para abundar en claridad, el Tribunal recuerda a las partes que el tema de la fijación de los honorarios de los peritos quedó definido en providencias precedentes debidamente ejecutoriadas, que brevemente recapitulamos así:

El artículo 389 del C. de P.C. establece a cargo de qué sujeto procesal están los honorarios de los peritos, que en rigor se rige por el principio de "quien pide, paga".

Por ello, se reitera que el peritazgo realizado por Ingeniero JULIO DEL CASTILLO TAPIA, asesorado por el arquitecto Juan Carlos López, debe ser pagado por TEMPRO S.A. en vista que ésta fue quien lo solicitó y así viene ordenado en el numeral tercero del Auto No. 28 del 17 de febrero del año que discurre.

En lo relativo al peritazgo contable, del profesional César Angulo Arrieta, fue solicitado y pagado por TEMPRO S.A., como correspondía. Y respecto al segundo dictamen contable, a cargo del contador público EDUARDO HERNANDEZ SALAS fue una prueba necesaria, solicitada implícitamente por CLINICAS JASBAN LTDA., como consecuencia ineludible para demostrar la objeción por error que

le enrostró a la primera experticia contable, sin que TEMPRO S.A. hiciera pronunciamiento alguno sobre la misma; por ello, y por aplicación de la misma norma de procedencia, quien pide el dictamen lo paga, tal como lo resolvió el Tribunal en el Auto arriba mencionado.

Siendo así las cosas, se conmina a las partes para que cumplan con la obligación y el deber de pagar los honorarios pendientes de los señores peritos que no han sido satisfechos aún, para lo cual esta providencia presta mérito ejecutivo a favor de los señores peritos.

XII. COSTAS

Con fundamento en lo previsto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y en el inciso 2° del artículo 33 del Decreto 2279 de 1989, no habiendo resultado vencida la parte demandada, CLINICAS JASBAN LTDA., se declarará en la parte resolutive, que es del caso condenar al pago de la totalidad de las costas causadas en este proceso a la convocante TEMPRO S.A.

Los gastos del arbitramento fueron establecidos en el Auto No. 6 del 26 de abril de 2010 en la suma de cuarenta y cuatro millones (\$44'000.000) más los impuestos de ley, y los honorarios de los auxiliares de la justicia fueron fijados en los Autos Nos. 20 del 22 de octubre de 2010 y 28 del 17 de febrero de 2011, discriminados así:

Honorarios para cada Árbitro \$ 10'500.000

Honorarios Secretario de Tribunal \$ 5'250.000

Gastos de Funcionamiento del Tribunal de Arbitramento \$ 5'250.000

Gastos protocolización y registro del presente laudo \$ 2'000.000

Honorarios señores peritos \$ 16'617.666

Total Costas \$ 60'617.666

En consecuencia, el valor de las costas del arbitramento más los impuestos se fijará en la suma de sesenta millones seiscientos diecisiete mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$60'617.666) moneda legal, que serán asumidos en su totalidad por la sociedad TEMPRO S.A.

Además, en relación con las agencias en derecho, reglamentadas en procesos civiles ordinarios, análogos al que nos ocupa, el Tribunal se orientará por lo previsto en el numeral 1.1. Del artículo Sexto del Acuerdo 1887 de 2003 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para lo cual se fijarán en la suma de treinta y un millones quinientos mil pesos (\$31'500.000) moneda legal, de conformidad con las tarifas establecidas.

Total costas y honorarios: noventa y dos millones cientos diecisiete mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$92'117.666) moneda legal.

Del mencionado valor de costas y honorarios causados en este proceso, por la suma de \$92'117.666, TEMPRO S.A. no deberá pagar a CLINICAS JASBAN LTDA., o deducirá, aquellas sumas que ya ha pagado desde el comienzo del proceso y durante su desarrollo, pues no fueron erogadas por la

convocada, esto es, la suma de dos millones seiscientos veinticinco mil pesos (\$2'625.000) correspondiente a su cincuenta por ciento (50%) de gastos de administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena. Igualmente, deberá descontar el cincuenta por ciento {50%} de los honorarios de Árbitros y Secretario del Tribunal, esto es, la suma de \$18'375.000, por venir cancelados .desee 1:31 comienzo, por TEMPRO S.A.

En cuanto a los honorarios de los auxiliares de la justicia, TEMPRO S.A no cancelará a la convocada lo ya pagado o que deba pagar la convocante a los peritos, y sólo deberá asumir los que les correspondan pagar a CLINICAS JASBAN LTDA o que ésta haya pagado, es decir, la suma de cinco millones seiscientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos dieciséis pesos (\$5'654.416).

XI. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento integrado para dirimir los conflictos surgidos entre TEMPRO S.A. y CLINICAS JASBAN LTDA., derivadas de la relación jurídica que las vinculó, de suministro e instalación de vidrios, celebrado entre aquellas el 10 de septiembre de 2008 y en razón de la cláusula compromisoria incluida en él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

PRIMERO: Declárase que no prosperan las objeciones que por error grave formularon las partes contra los dictámenes de los señores peritos, de conformidad con la parte motiva de este proveído, y conmínese a las partes al pago de aquellos honorarios insolutos.

SEGUNDO: Deniéguense las pretensiones contenidas en la demanda presentada por TEMPRO S.A. por las consideraciones planteadas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenase en costas a la parte convocante en la suma de sesenta millones seiscientos diecisiete mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$60'617.666) moneda legal, y en agencias en derecho en la suma de treinta y un millones quinientos mil pesos (\$31'500.000) moneda legal, que deberá pagar a la convocada, para un total de noventa y dos millones cientos diecisiete mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$92'117.666) moneda legal. De, dicha cifra TEMPRO S.A. descontará las sumas que se expresaron en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Expídanse las copias auténticas con las constancias ley, de conformidad con los artículos 115 del Código de Procedimiento Civil y 33 del Decreto 2279 de 1989.

QUINTO: Por Presidencia, hágase la liquidación final de los gastos en los términos del artículo 44 del Decreto 2279 de 1989.

SEXTA: Una vez ejecutoriado el Laudo protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Cartagena de Indias D.T. y C.

SEPTIMA: Esta providencia queda notificada en estrados.

MANUEL DEL CRISTO PAREJA LAMBOGLIA
Presidente

NICOLAS PAREJA BERMUDEZ
Árbitro

WILSON TONCEL GAVIRIA
Árbitro

HENRY VALLE BENEDETTI
Secretario