

Tribunal de Arbitramento

Digimaster Ltda.

v.

Ana Lucía Pachón de González y Cía. Ltda.

Abril 29 de 2005

Laudo arbitral

Bogotá D.C., veintinueve de abril de dos mil cinco.

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad prevenida por la ley para este efecto, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo que pone fin a este litigio y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre Digimaster Ltda. [en adelante Digimaster], parte convocante, y Ana Lucía Pachón de González y Cía. Ltda. [en adelante ALPG], parte convocada. El presente laudo se profiere en derecho.

I. Capítulo primero

Antecedentes y presupuestos procesales

1. Antecedentes.

1.1. El día diez (10) de mayo de dos mil cuatro (2004), Digimaster, por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y presentó demanda contra ALPG, con fundamento en la cláusula décima de la denominada orden de prestación de servicios suscrita por las partes el siete (7) de mayo de dos mil tres (2003), visible a folios 1 a 4 del cuaderno de pruebas 1, pactada en los siguientes términos:

“(…).

Décima. Cualquier diferencia que surja entre las partes, con motivo de la interpretación o ejecución de la presente orden o al momento de su terminación que no pueda ser resuelta directamente por ellas en un término de quince (15) días será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por un árbitro elegido conforme a lo contemplado en el artículo 86 del Código de Comercio, que sesionará de conformidad con las normas vigentes y decidirá en derecho, siendo un fallo definitivo y obligatorio para las partes que resulten vencidas.

(…)”.

1.2. Conforme se pactó en la cláusula compromisoria y mediante la modalidad de sorteo público realizado el dieciocho (18) de mayo de dos mil cuatro (2004), el centro de arbitraje y conciliación, por disposición de las partes, designó como árbitro único para conformar el tribunal de arbitramento que decidirá las diferencias surgidas entre las partes a la doctora Cecilia Botero Álvarez, como principal, y al doctor Álvaro Barrero Buitrago, como suplente.

1.3. La doctora Cecilia Botero Álvarez aceptó su nombramiento.

1.4. Previas las citaciones correspondientes por parte del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., se instaló el tribunal de arbitramento el día nueve (9) de junio de dos mil cuatro (2004), en sesión realizada en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la Avenida El Dorado N° 68 D-35, piso 3 de esta ciudad [acta 1, fls. 36 a 38, cdno. ppal. 1].

1.5. En la misma audiencia de instalación, mediante auto número uno (1) se señalaron los honorarios del árbitro único y del secretario, así como la partida para gastos de funcionamiento y de protocolización y otros, y se fijó como sede del mismo las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá,

ubicadas en la Avenida El Dorado N° 68 D-35, piso 3 de esta ciudad [acta 1, fls. 36 a 38, cdno. ppal. 1].

1.6. Digimaster consignó oportunamente las sumas correspondientes a honorarios y gastos del tribunal que le correspondían, y dentro del término de ley, consignó las correspondientes a ALPG.

1.7. La convocatoria del tribunal fue admitida mediante auto 2, dictado en la audiencia celebrada el día catorce (14) de julio de dos mil cuatro (2004) [acta 2, fls. 39 a 40, cdno. ppal. 1].

1.8. Para la notificación de esta providencia a la parte convocada se remitió la comunicación a que se refiere el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil.

1.9. Dentro del término indicado en la comunicación, el día veintiocho (28) de julio de dos mil cuatro (2004), la representante legal de ALPG, señora Ana Lucía Pachón de González, se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda y se le corrió traslado de la demanda presentada por Digimaster haciéndole entrega del ejemplar de traslado correspondiente.

1.10. El treinta (30) de julio de dos mil cuatro (2004) la secretaría informó al procurador delegado para la vigilancia judicial sobre la existencia del trámite arbitral.

1.11. La convocada, a través de apoderado especial, contestó la demanda en el término de ley y propuso excepciones de mérito [fls. 48 a 56, cdno. ppal. 1].

1.12. De la formulación de dichas excepciones se corrió traslado a la convocante, mediante fijación en lista efectuada el día trece (13) de agosto de dos mil cuatro (2004).

1.13. La parte convocante se abstuvo de solicitar nuevas pruebas dentro del término de traslado de las excepciones de mérito.

1.14. Según lo ordenado mediante el auto 2, proferido en audiencia celebrada el día catorce (14) de julio de dos mil cuatro (2004), el día veinte (20) de agosto de dos mil cuatro (2004), a las 11:00 a.m. se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998, como consta en el acta 3 [fls. 60 a 69, cdno. ppal. 1].

1.15. En consideración a que las partes no lograron acuerdo alguno que pusiera fin a sus diferencias, el tribunal dio por fracasada la conciliación entre las partes, como consta en el acta 3 [fl. 62, cdno. ppal. de pbas.].

1.16. En la misma fecha, es decir, el veinte (20) de agosto de dos mil cuatro (2004) y en consideración a que se dio por fracasada la etapa conciliatoria del proceso, se dio inicio a la primera audiencia de trámite [acta 3, fls. 60 a 69, cdno. ppal. 1], en la cual se atendió la lectura a la cláusula compromisoria de la denominada orden de servicios que dio origen al proceso arbitral, de las pretensiones de la demanda, de las excepciones de mérito formuladas por la convocada y de la cuantía de las pretensiones.

1.17. En esa misma oportunidad, el tribunal resolvió asumir competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones formuladas por la convocante.

1.18. El apoderado judicial de la convocada formuló recurso de reposición en contra del auto 4, mediante el cual se adoptó la competencia del tribunal, del cual se dio traslado en audiencia al apoderado de la convocante. La audiencia fue suspendida hasta el día tres (3) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

1.19. En la oportunidad señalada por el tribunal de arbitramento, es decir, el día tres (3) de septiembre de dos mil cuatro (2004), mediante auto 5, el tribunal resolvió el recurso de reposición formulado por la convocada contra el auto 4, confirmando la decisión contenida en el mismo, razón por la cual se continuó con el trámite correspondiente [acta 4, fl. 80, cdno. ppal. 1].

1.20. En efecto, en la citada fecha se continuó con la primera audiencia de trámite y al encontrarse debidamente integrada la litis se decidió sobre la solicitud de pruebas presentada por las partes [fls. 80 a 83, cdno. ppal. 1], y con ello se dio por terminada la primera audiencia de trámite.

1.21. Como las partes no acordaron el término de duración del proceso arbitral, el tribunal lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, de acuerdo con las normas que regulan el proceso arbitral.

1.22. Todas las pruebas solicitadas por las partes y que fueron decretadas por el tribunal se evacuaron. Por ello, en la audiencia del diecisiete (17) de enero de dos mil cinco (2005), los apoderados de las partes manifiestan que no existe ninguna prueba solicitada no decretada, ni ninguna prueba decretada y no practicada por lo cual se declara terminada la etapa probatoria, y se señala como fecha para llevar a cabo alegatos de conclusión el veinticinco (25) de febrero de dos mil cinco (2005).

1.23. El día 25 de febrero de dos mil cinco (2005), las partes presentaron sus alegaciones y se fijó como fecha para proferir el presente laudo el día veintinueve (29) de abril de dos mil cinco (2005) [acta 12, fls. 129 a 131, cdno. ppal. 1].

1.24. El término del proceso fue suspendido a instancia de parte en las siguientes oportunidades: del día diecisiete (17) de diciembre de dos mil cuatro (2004) al día trece (13) de enero de dos mil cinco (2005) incluyendo ambas fechas, como consta en el auto 16 [fl. 119, cdno. ppal. 1], y del día once (11) de marzo de dos mil cinco (2005) al veinticinco (25) de abril de dos mil cinco (2005), ambas fechas incluidas, como consta en el acta 12 [fls. 129 a 131, cdno. ppal. 1].

1.25. Habida cuenta del tiempo transcurrido entre la finalización de la primera audiencia de trámite y la presente audiencia y de las suspensiones del trámite mencionadas en el numeral anterior, el tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo, por cuanto han transcurrido hasta la fecha ciento sesenta y dos (162) días, de los ciento ochenta (180) que corresponden al tiempo establecido como límite para su funcionamiento.

1.26. El Ministerio Público compareció al presente trámite a través de la doctora Luz Stella Bernal Escobar, quien tiene la calidad de procuradora judicial II de la procuraduría delegada para asuntos civiles de la Procuraduría General de la Nación, quien se hizo presente únicamente en la audiencia celebrada el día 3 de septiembre del 2004 [acta 4, fls. 73 a 83, cdno. ppal. 1].

2. Presupuestos procesales.

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso, motivo por el cual existe mérito suficiente para proferir el presente laudo arbitral.

En efecto, en los documentos aportados al proceso y en las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal, se estableció:

2.1. Partes procesales.

Parte demandante: es la sociedad Digimaster Ltda., sociedad comercial de naturaleza limitada, constituida mediante escritura pública 0578, otorgada en la Notaría 36 de Bogotá, D.C., el día 23 de febrero de 1989, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. el día 29 de abril del 2004, agregado al expediente a los folios 13 a 15 del cuaderno principal 1. El domicilio principal de Digimaster Ltda. es la ciudad de Bogotá, D.C., y su representante legal es el gerente, cargo que para la fecha de la certificación ejercía el señor Abraham Marín Abramzon.

Parte demandada: es la sociedad Ana Lucía Pachón de González y Cía. Ltda., sociedad comercial de naturaleza limitada, constituida mediante escritura pública 370, otorgada en la Notaría 44 de Bogotá, D.C., el día 23 de marzo del 2001, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., el día 20 de abril del 2004, agregado al expediente a los folios 12 y 13 del cuaderno principal 1. El domicilio principal de Ana Lucía Pachón de González y Cía. Ltda. es la ciudad de Bogotá, D.C., y su representante legal es el gerente, cargo que para la fecha de la certificación ejercía la señora Ana Lucía Pachón de González.

2.2. Capacidad.

Tanto la sociedad convocante como la sociedad convocada tienen capacidad para transigir, por cuanto de la transacción estudiada no se encuentra transacción alguna al efecto, y las diferencias surgidas entre ellas sometidas a conocimiento y decisión por parte de este tribunal son susceptibles de definirse por transacción de acuerdo con la ley.

2.3. Apoderados.

Aunque de conformidad con lo previsto en el artículo 123 del Decreto 1818 de 1998, el presente proceso arbitral es de menor cuantía, y por tanto no se requiere abogado, tanto la parte convocante como la parte convocada comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogado.

II. Capítulo segundo

Síntesis del proceso

1. La demanda de la convocante.

1.1. Pretensiones.

En la demanda, Digimaster solicita el reconocimiento de las siguientes pretensiones:

“**Primera.** Que se declare que, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas quinta y sexta del contrato celebrado en esta ciudad el día siete (7) de mayo del 2003, entre la Sociedad Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., en calidad de contratista, legalmente representada por la señora Ana Lucía Pachón de González, y la Sociedad Digimaster Ltda. en calidad de contratante, legalmente representada por el señor Abraham Marín Abramzon, dentro del precio acordado como contraprestación del servicio contratado, se encuentra incluido el pago de personal requerido por el contratista, pago que efectuó el contratante por cuenta del citado contratista.

“**Segunda.** Que se declare que, de acuerdo con la liquidación anticipada del contrato mencionado, el contratante, Digimaster Ltda., canceló una suma superior a la que por la ejecución parcial del contrato le correspondía, en la cantidad de noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887.08), o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral.

“**Tercera.** Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la contratista, Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., está obligada a restituir, a favor del contratante, Digimaster Ltda., la cantidad de dinero recibida en exceso, es decir, noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887.08), o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral.

“**Cuarta.** Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a la Sociedad Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda.”.

1.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte convocante cita en la demanda, como fundamento de sus pretensiones, los siguientes hechos:

“**Primero.** La empresa Digimaster Ltda. es una sociedad mercantil con domicilio en Bogotá, D.C., constituida por escritura pública 0578, de fecha 22 de febrero de 1989, de la Notaría 36 de este círculo, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 24 de febrero de 1989.

“**Segundo.** La sociedad Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda. es una empresa con domicilio en esta capital, constituida por escritura pública 0370, de fecha 23 de marzo del 2001, de la Notaría 44 de Bogotá, D.C., registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, con fecha 15 de mayo del 2001.

“**Tercero.** Entre las mencionadas empresas se suscribió en esta ciudad un contrato denominado por los

contratantes “Orden de prestación de servicios”, con fecha siete (7) de mayo del 2003, obrando como contratante la Sociedad Digimaster Ltda. y en calidad de contratista la Sociedad Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., cuyo objeto fue el siguiente, de conformidad con lo estipulado en la cláusula primera del referido documento:

“Objeto de la orden: el contratista con plena autonomía técnica y directiva se obliga para con el contratante a prestar los servicios de *outsourcing* para administrar la totalidad del proceso de contratación, supervisión y administración de nómina, así como la logística que debe emplear el personal que el contratante requiera para el desarrollo y ejecución de los procesos, actividades y tareas definidas en los términos de referencia de la licitación pública nacional MTSS 001 del 2002, que corresponde al contrato 061 del 2002 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - consorcio Digimaster Ltda./Abraham M. Abramzon, términos de referencia que el contratista declara conocer y aceptar”.

“**Cuarto.** Los procesos, actividades y tareas a que se refiere el objeto del contrato se pueden discriminar así: recibos de carpetas, preparación física de los documentos, generación de código de barras, control de calidad, escaneo, control de calidad del escaneo, legajación y armado de carpetas, entrega de carpetas a archivo.

“**Quinto.** Las obligaciones específicas del contratista, de conformidad con lo estipulado en la cláusula segunda del contrato, eran las siguientes:

“El contratista se obliga para con el contratante a proveer el personal competente para desarrollar cada una de las fases en que se divide la labor contratada, en la forma y condiciones establecidas en los mencionados términos de referencia y administrar su gestión, entendiéndose como tal la dirección logística y supervisión de la labor de cada una de las fases que comprende el contrato, organizando para ello tanto los horarios, turnos de trabajo, labor específica de cada uno conforme a su capacitación, como el flujo de información y documentación física y virtual de forma que se ejecute como una labor en serie de la manera más eficiente, rápida y segura posible, velando siempre por la integridad y seguridad de los documentos. En desarrollo de estas labores específicas corresponde al contratista efectuar la selección del personal que ejecutará la gestión de cada una de las fases y canalizar toda la información relacionada y necesaria para el pago del personal empleado para ese efecto. El personal se contratará a través de una empresa de servicios de personal que el contratista defina, entidad a la que el contratante directamente girará los recursos para cubrir el monto de sus facturas por el personal empleado. Esta empresa deberá garantizar al contratante el cubrimiento de la totalidad de los derechos laborales a los trabajadores. Por desarrollo y ejecución del proyecto, se entiende la manipulación documental de la forma prevista en cada una de las fases contenidas en los términos de referencia respecto de treinta y siete mil (37.000) expedientes de historias laborales, resoluciones, actas de conciliación y sentencias, en un número total aproximado de diez millones (10.000.000) de documentos. Las etapas números ocho y nueve - ordenamiento virtual y control de calidad, de los términos de referencia, (págs. 62 y 63), se efectuará mediante la clasificación física documental de la serie proceso de digitalización de los documentos. Los consumibles requeridos para el desarrollo de las labores objeto de la presente orden serán a cargo de el contratista. El contratista garantiza a el contratante el adecuado cumplimiento de la labor contratada, incluyendo en todo caso las sanciones, multas, y demás sumas que fuere eventualmente obligado a pagar el contratante en caso de incumplimiento en la labor contratada”.

“**Sexto.** De igual manera, en la cláusula quinta del contrato se estipuló el costo del servicio contratado, en los siguientes términos y condiciones:

“El contratante pagará al contratista por los servicios contratados la suma de doscientos ochenta y dos millones quinientos mil pesos colombianos (\$ 282.500.000), más IVA, en los que se encuentran comprendidos la totalidad de los gastos que demande el personal que se empleará en la gestión, siendo estimado que el costo aproximado de la nómina es de ciento setenta y cinco millones quinientos mil pesos colombianos (\$ 175.500.000), **suma esta que será pagada por el contratante directamente a la empresa de personal (servicios temporales) que suministre el personal que se empleará en la ejecución de la gestión y se deducirá del valor que conforme a este contrato deberá pagarse al contratista. Es entendido que la variación del valor de la nómina bien por mayor cantidad de personal empleado y/o por mayor cantidad de tiempo, es un riesgo y estimación inherente exclusivamente al contratista de forma que su valor es meramente enunciativo, lo mismo que los valores**

unitarios por expediente de hoja de vida, que es de cuatro mil ochocientos cuatro pesos m/cte. (\$ 4.804) más IVA y el valor unitario por folio, para los archivos de sentencias judiciales, resoluciones de reconocimiento, conciliaciones laborales y demás instrumentos que guarden correspondencia con la historia laboral es de diecinueve pesos con setenta y cinco centavos (\$ 19.75) más IVA. La clasificación tiene un costo global de ochenta y cinco millones de pesos (\$ 85.000.000) moneda corriente para un total de diez millones de documentos” (resaltado fuera de texto).

“**Séptimo.** En cuanto a la forma de pago acordada entre las partes, en relación con el contrato prenombrado, se estableció lo siguiente, de acuerdo con la cláusula sexta del mismo:

“El contratante se compromete a cancelar las sumas resultantes de la prestación del servicio en la siguiente forma: A. La suma de cincuenta y seis millones quinientos mil pesos colombianos (\$ 56.500.000) dentro de los siguientes treinta (3)(sic) días calendario, contados de la fecha de la firma de este documento. B. La suma de ciento ochenta y tres millones seiscientos veinticinco mil pesos (\$ 183.625.000) moneda corriente más IVA, serán pagados por el contratante al contratista en cinco (5) mensualidades de treinta y seis millones setecientos veinticinco mil pesos (\$ 36.725.000) más IVA, cada una, de la siguiente manera: **Del monto establecido como cuota se deducirá el valor bruto cancelado a la empresa prestadora de los servicios de personal temporal que el contratista emplee y que el contratante cancele, girando el saldo que quedare al contratista.** C. El saldo, o sea la suma de cuarenta y dos millones trescientos setenta y cinco mil pesos colombianos (\$ 42.375.000) más IVA que se cause, se cancelará a la entrega final con la correspondiente conformidad por parte del Ministerio de la Protección Social y previa deducción de todos los valores que se adeudaren a la empresa de servicios temporales que se hubiere empleado. Parágrafo: el contratante podrá retener los pagos si resulta evidente que la contratista no avanza en el desarrollo de la gestión encomendada de manera acorde y proporcional al tiempo programado y cantidades a procesar, de forma que siempre exista un equilibrio entre los valores cancelados, anticipo y labor ejecutada” (resalto).

“**Octavo.** Con respecto al contrato en mención y concretamente en lo que tiene que ver con la cláusula sexta, es decir lo relativo a la forma de pago, el día 8 de mayo del 2003 las partes suscribieron un otrosí.

“**Noveno.** Previamente a la celebración del contrato aludido, las mismas partes habían suscrito un convenio comercial, con fecha marzo 13 del 2003, y con el propósito de dar comienzo a la ejecución del contrato celebrado con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ya mencionado. No obstante, dicho convenio comercial quedó subsumido dentro del contrato denominado “Orden de prestación de servicios” a que me he venido refiriendo y que fue celebrado el día 7 de mayo del mismo año.

“**Décimo.** En la cláusula décima del contrato celebrado el día 7 de mayo del 2003, se estableció que las diferencias surgidas del mismo y que no fuera posible resolver directamente por las partes, serían sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por un árbitro.

“**Undécimo.** Como consecuencia de algunas diferencias surgidas entre las partes, y luego de evaluar los costos que demandaba el incremento en la cantidad de personal autorizado por el contratante; los inconvenientes y diferencias que se presentaron en el suministro en tiempo por parte del contratante, de insumos necesarios para la ejecución de las tareas operativas, así como del avance de la gestión con relación al tiempo empleado y el restante, frente a lo ejecutado, y no habiendo logrado un acuerdo que les permitiera continuar con el desarrollo del contrato, decidieron de común acuerdo proceder a su terminación anticipada, de lo cual se dejó constancia en dos actas elaboradas por cada una de las partes, de conformidad con lo que consideraban pertinente, cada una de las cuales contiene aspectos no aceptados por la otra. No obstante se llegó al acuerdo de que la contratista no continuaba desarrollando el contrato y, por consiguiente, dejó de ejecutar las labores acordadas.

En la cláusula segunda de las referidas actas se determinó, además, que se procedería a la liquidación de la orden de prestación de servicios, precisando la cantidad de documentación procesada hasta el día siete (7) de julio de 2003, liquidando su valor al precio pactado en la orden de prestación de servicios y sobre las bases allí determinadas. Del valor así obtenido se descontarían las partidas de dinero entregadas por el contratante al contratista como anticipo para la ejecución de la labor contratada, debiéndose considerar la existencia del convenio comercial firmado el 13 de marzo del 2003 entre el consorcio Digimaster Ltda. / Abraham M. Abramzon y Ana

Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., cuyos efectos también cesarían, pero sus ejecuciones y pagos deberían ser tenidos en cuenta al momento de efectuar la liquidación.

Así mismo, se estableció en la cláusula tercera del acta de terminación anticipada, que al momento de efectuar la liquidación de la orden de prestación de servicios y del convenio comercial, las partes determinarían el valor resultante a cargo de la una o de la otra, para lo cual cada una de ellas debería preparar un proyecto de liquidación que sería sometido a la consideración de la otra. De existir diferencias no solucionables se acordó una vez más acudir al arbitramento previsto en el contrato y, determinado el saldo a cargo de una u otra parte, el que resultare deber cancelar lo debido.

De otro lado, se acordó en el documento de terminación anticipada que las partes establecerían, por los medios que correspondan a cada cual, la cantidad de trabajo ejecutado por la contratista, cotejándose las cifras, medios de establecimiento de ellas y fundamentalmente los resultados. En caso de divergencia que no fuere susceptible de dirimir entre las partes, se acudiría al árbitro contractualmente designado, sin que hubiera lugar a solicitar indemnización por la terminación anticipada.

“**Duodécimo.** De la suma de dinero acordada entre las partes como costo o valor del servicio contratado, el contratante, sociedad Digimaster Ltda., le canceló al contratista, Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., la suma de ciento veintiséis millones seiscientos mil ciento cuarenta y seis pesos (\$ 126.600.146), discriminados así:

- a) \$ 9.360.000 el día 26 de marzo del 2003.
- b) \$ 1.105.416 el día 2 de abril del 2003.
- c) \$ 31.204.160 el día 8 de mayo del 2003.
- d) \$ 5.000.000 el día 9 de mayo del 2003.
- e) \$ 5.000.000 el día 13 de mayo del 2003.

Adicionalmente a las sumas acabadas de relacionar, Digimaster Ltda., en cumplimiento de lo acordado en las cláusulas segunda y quinta del acuerdo, con respecto al pago de la nómina de personal contratado a través de una empresa temporal de servicios, para este caso cooperativa de trabajo asociado Servimos, giró por tal concepto y por cuenta del contratista, las siguientes sumas de dinero:

- a) \$ 24.822.045, representados en la factura 0114, de 30-05-2003.
- b) \$ 50.108.525, representados en la factura 0132 de 04-07-2003.

Las cantidades de dinero así discriminadas y sumadas arrojan un total de ciento veintiséis millones seiscientos mil ciento cuarenta y seis pesos (\$ 126.600.146).

“**Décimo tercero.** Según lo acordado en el acta de terminación anticipada, se procedió por parte de la convocante, Digimaster Ltda., a la liquidación de la orden de prestación de servicios, precisando la cantidad de documentación procesada hasta el día siete (7) de julio del 2003, liquidando su valor al precio pactado en la orden de prestación de servicios y sobre las bases allí determinadas. Del valor así obtenido se descontaron las partidas de dinero entregadas por el contratante al contratista como anticipo para la ejecución de la labor contratada, considerándose, además, porque así se pactó, la existencia del convenio comercial firmado el 13 de marzo del 2003 en lo concerniente a ejecuciones y pagos, arrojando los siguientes resultados:

Total de carpetas procesadas hasta el día 7 de julio del 2003:

Etapa 1: recibo de carpetas 7.789

Etapa 2: preparación física de los documentos 7.494

Etapa 3: generación código de barras 7.056

Etapa 4: control de calidad (filtro N° 1) 6.834

Etapa 5: escaneo 5.376

Etapa 6: control de calidad escaneo 5.158

Etapa 7: legajación y armado de carpetas 4.931

Etapa 8: entrega de carpetas a archivo GIT 4.931

En consecuencia, tomando como base el valor de \$ 4.804 por carpeta procesada en su totalidad, según el costo del servicio estimado en la cláusula quinta del contrato, el proceso parcial se tasó proporcionalmente según los siguientes parámetros:

Etapa 1: recibo de carpetas 1%

Etapa 2: preparación física de los documentos 10%

Etapa 3: generación código de barras 10%

Etapa 4: control de calidad (filtro N° 1) 10%

Etapa 5: escaneo 48%

Etapa 6: control de calidad escaneo 10%

Etapa 7: legajación y armado de carpetas 10%

Etapa 8: entrega de carpetas a archivo GIT 1%

Según la anterior información, se elaboró el siguiente cuadro de liquidación por las labores ejecutadas:

Etapa	Cantidad ejecutada	%	Valor % por	Ejecutado etapa en \$
1	7.789	1	\$ 48,04	\$ 374.183,56
2	7.494	10	\$ 480,40	\$ 3.600.117,60
3	7.056	10	\$ 480,40	\$ 3.389.702,40
4	6.834	10	\$ 480,40	\$ 3.283.053,60
5	5.376	48	\$ 2.305,92	\$12.396.625,92
6	5.178	10	\$ 480,40	\$ 2.487.511,20
7	4.931	10	\$ 480,40	\$ 2.368.852,40
8	4.931	1	\$ 48,04	\$ 236.885,24
				\$ 28.136.931,92

Así las cosas, tenemos la siguiente liquidación definitiva:

Concepto	Abonos	Cargos	Saldo
Labores ejecutadas		\$ 28.136.931,9	\$ (28.136.931,92)
Otros cargos *		\$ 1.852.127,00	\$ (29.989.058,92)

Pagos reconocidos en acta	\$ 51.669.576,0		\$ 21.680.517,08
Pago a cooperativa Servimos	\$ 24.822.045,0		\$ 46.502.562,08
Pago a cooperativa Servimos	\$ 50.108.525,0		\$ 96.611.087,08
Saldo a cargo del contratante, sin impuestos			\$ 96.611.087,08

* Este rubro se refiere a compra de suministros para la ejecución del proyecto, según lo manifestado por el contratista, los que a pesar de no estar estipulados en el contrato, se están aceptando.

“**Décimo cuarto.** Con fundamento en la liquidación llevada a cabo, se colige que la parte convocada, Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., adeuda a la Sociedad convocante, Digimaster Ltda., la suma de noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887,08), suma de dinero que la contratista, de conformidad con la liquidación presentada por esta, se niega a reconocer a favor de mi representada, no habiendo sido posible, en consecuencia, llegar a un acuerdo entre las partes, razón por la cual, dadas las irreconciliables divergencias surgidas entre ellas, haciendo uso de la cláusula compromisoria contenida en el contrato, se está solicitando la integración de un tribunal de arbitramento compuesto conforme a lo acordado, a fin de que dirima las diferencias surgidas en relación con el contrato de marras, llevando a cabo las declaratorias que a continuación se impetran”.

2. Contestación a la demanda por parte de la convocada.

Dentro de la oportunidad legal, ALPG propuso las siguientes excepciones de fondo: Cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y abuso del derecho.

3. Pruebas decretadas y practicadas.

Todas las pruebas solicitadas por las partes en sus respectivos escritos fueron decretadas y practicadas.

Por lo demás, las partes expresaron que no había pruebas decretadas pendientes de ser evacuadas, o pruebas solicitadas que aún no hubiesen sido decretadas por el tribunal, como consta en el acta 11 de fecha diecisiete (17) de enero de dos mil cinco (2005) [fls. 123 a 125, cdno. ppal. 1].

III. Capítulo tercero

Consideraciones para resolver

• Generales sobre el contrato bilateral oneroso.

Conforme lo estipula el Código Civil, un contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente⁽¹⁾, es decir, mediante el contrato se crean obligaciones a cargo de ambas partes contratantes, siendo cada una de ellas acreedora y deudora al mismo tiempo.

Por su parte el artículo 1598 del mismo código establece: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

Según el régimen general, los elementos esenciales de la responsabilidad contractual son tres: el incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o dolo, y que tal incumplimiento haya generado un daño al acreedor. Vale la pena anotar que para que el incumplimiento genere la obligación de reparar perjuicios, es necesario que el deudor se encuentre constituido en mora, si la obligación incumplida es positiva, conforme lo mandan los artículos 1608 y 1615 del Código Civil.

En cuanto a la indemnización correspondiente, también el régimen general de responsabilidad contractual colombiano requiere, como lo expresa el doctor Jorge Suescún Melo⁽²⁾, lo siguiente: “Para obtener la indemnización correspondiente, es necesario que el deudor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a

cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o, en caso contrario, que simplemente lo alegue y que demuestre que se le causó un perjuicio cierto, directo y previsible y acredite su cuantía”.

En igual sentido se expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil del 3 de noviembre de 1977, citada por el doctor Jorge Suescún Melo⁽³⁾, así: “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”.

Establece también el régimen general de obligaciones y contratos contenido en nuestro Código Civil que el contrato es ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales⁽⁴⁾.

Por su parte el artículo 1546 del Código Civil establece la condición resolutoria tácita para los contratos bilaterales, la cual opera en caso de no cumplirse lo pactado en el contrato por parte de uno de los contratantes, en cuyo caso la parte cumplida tiene las dos alternativas: demandar la resolución del contrato o su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Como es claro, la acción surgida por la vía contractual tiene carácter reparatorio, es decir, la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento o de los moratorios derivados del cumplimiento tardío. Si en el caso bajo estudio la parte actora hubiese pretendido tal indemnización, hubiere sido necesario probar el incumplimiento del deudor o la existencia de la obligación a su cargo, y, además, alegar y probar el perjuicio cierto, directo y previsible y su cuantía. A su turno, el deudor cumplido, es decir la convocada, hubiere tenido que probar en su defensa el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Pero como se explicará más adelante en el capítulo de pronunciamiento sobre pretensiones y excepciones, el fundamento de la demanda en nada se relaciona con el incumplimiento del contrato por parte de la convocada y la responsabilidad que se derivaría del mismo, razón además por la cual las excepciones formuladas por la convocada, sustentadas en el debido cumplimiento o más bien en la ausencia de incumplimiento, no son las llamadas a enervar las pretensiones de la convocante.

• **Generales sobre la interpretación de los contratos.**

La norma general de interpretación de los contratos establecida en el artículo 1618 del Código Civil, advierte que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 15 de 1972, afirmó⁽⁵⁾ “... como entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada, para que así ocurra, la parte que lo pretenda debe demostrar la primera. Por estas circunstancias, la Corte tiene declarado que el ordenamiento no impide a las partes o a sus sucesores probar contra lo expresado por ellas en el instrumento, pues de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas”.

Así mismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la Jurisprudencia(sic) en sentencia emitida en 27 de agosto 1971⁽⁶⁾ expresó: “En punto a interpretación de los contratos la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia a que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. (...) Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos”.

• Prueba de la existencia del contrato y de las obligaciones a cargo de las partes.

En el cuaderno de pruebas a folio 6 obra el convenio comercial suscrito el 6 de marzo del 2003 por los señores Abraham Marín Abramzon y Ana Lucía Pachón de González, en su calidad de representantes legales del consorcio Digimaster/Abraham M. Abramzon y de la sociedad Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., respectivamente, mediante el cual se acordaron los “puntos referentes a la propuesta presentada por el contratista con fecha 10 de marzo del 2003 que forma parte integral del presente convenio”.

Mediante dicho convenio comercial se acordaron el valor de la propuesta, la forma de pago y las tareas a desarrollar, las cuales serían las establecidas por el Ministerio de Trabajo en los términos de referencia de la licitación pública. Igualmente se acordó el otorgamiento de garantías por parte de ALPG, las cuales respaldarían el desarrollo de la labor contratada.

También obra en el expediente, a folios 1 a 5 del cuaderno de pruebas 1, el contrato denominado “Orden de prestación de servicios”, el cual fue suscrito por las mismas partes, delante de testigos, el día 7 de mayo del 2003, y modificado mediante otrosí suscrito al día siguiente, es decir, el 8 de mayo del mismo año.

En la cláusula primera del contrato se señala el objeto del mismo en los siguientes términos:

“Objeto de la orden: el contratista, con plena autonomía técnica y directiva se obliga para con el contratante a prestar los servicios de *outsourcing* para administrar la totalidad del proceso de contratación, supervisión y administración de nómina, así como la logística que debe emplear el personal que el contratante requiera para el desarrollo y ejecución de los procesos, actividades y tareas definidas en los términos de referencia de la licitación pública nacional MTSS 001-2002, que corresponde al contrato 061-02 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - consorcio Digimaster Ltda.-Abraham M. Abramzon, términos de referencia que el contratista declara conocer y aceptar⁽²⁾.

Por su parte, en las cláusulas segunda, tercera y quinta del referido contrato se precisaron las obligaciones creadas mediante el mismo para cada una de las partes, en los siguientes términos:

“**Segunda. Obligaciones específicas del contratista:** el contratista se obliga para con el contratante a proveer el personal competente para desarrollar cada una de las fases en que se divide la labor contratada, en la forma y condiciones establecidas en los mencionados términos de referencia y administrar su gestión, entendiéndose como tal la dirección logística y supervisión de la labor de cada una de las fases que comprende el contrato, organizando para ello tanto los horarios, turnos de trabajo, labor específica de cada uno conforme a su capacitación, como el flujo de información y documentación física y virtual de forma que se ejecute como una labor en serie de la manera más eficiente rápida y segura posible, velando siempre por la integridad y seguridad de los documentos. En desarrollo de estas labores específicas corresponde al contratista efectuar la selección del personal que ejecutará la gestión de cada una de las fases y canalizar toda la información relacionada y necesaria para el pago del personal empleado para ese efecto. El personal se contratará a través de una empresa de servicios de personal que el contratista defina, entidad a la que el contratante directamente girará los recursos para cubrir el monto de sus facturas por el personal empleado. Esta empresa deberá garantizar al contratante el cumplimiento de la totalidad de los derechos laborales a los trabajadores. Por desarrollo y ejecución del proyecto, se entiende la manipulación documental de la forma prevista en cada una de las fases contenidas en los términos de referencia respecto de treinta y siete mil (37.000) expedientes de historias laborales, resoluciones, actas, de conciliación y sentencias, en un número total aproximado de diez millones (10.000.000) de documentos...”.

“**Tercera. Obligaciones del contratante:** A. Proveer los equipos necesarios para la digitalización de documentos. B. Disponer oportunamente de los dineros para la cancelación y pago de las facturas de la empresa de personal que sea empleada para la contratación del personal. C. Aportar en tiempo los suministros utilizados en la ejecución del contrato tales como 50 mil carpetas en 10 colores diferentes, AZ, rótulos, *stickers* y demás elementos establecidos en el numeral 3.3.5 del pliego de condiciones serán suministrados por el contratante”.

“**Quinta. Costo del servicio.** El contratante pagará al contratista por los servicios contratados la suma de doscientos ochenta y dos millones quinientos mil pesos colombianos (\$ 282.500.000), más IVA, en los que se

encuentran comprendidos la totalidad de los gastos que demande el personal que se empleará en la gestión, siendo estimado que el costo aproximado de la nómina es de ciento setenta y cinco millones quinientos mil pesos colombianos (\$ 175.000.000), suma esta que será pagada por el contratante directamente a la empresa de personal (servicios temporales) que suministre el personal que se empleará en la ejecución de la gestión y se deducirá del valor que conforme a este contrato deberá pagarse al contratista. Es entendido que la variación del valor de la nómina bien por mayor cantidad de personal empleado y/o por mayor cantidad de tiempo es un riesgo y estimación inherente exclusivamente al contratista, de forma que su valor es meramente enunciativo, lo mismo que los valores unitarios por expediente de hoja de vida, que es de cuatro mil ochocientos cuatro pesos m/cte. (\$ 4.804) más IVA y el valor unitario por folio, para los archivos de sentencias judiciales, resoluciones de reconocimiento, conciliaciones laborales y demás instrumentos que guardan correspondencia con la historia laboral es de diecinueve pesos con setenta y cinco centavos (\$ 19.75) más IVA. La clasificación tiene un costo global de ochenta y cinco millones de pesos (\$ 85.000.000) moneda corriente para un total de diez millones de documentos”.

De esta forma se encuentra probada la existencia de un contrato bilateral oneroso, de las características arriba estudiadas en cuanto a la equivalencia de las obligaciones, celebrado entre las partes convocante y convocada en el presente tribunal, en el que una de ellas se comprometió a ejecutar una labor conforme el pliego de condiciones de una licitación pública y bajo ciertas condiciones relativas a la mano de obra y la otra parte se comprometió a pagar un precio y cumplir con otras obligaciones.

• Prueba del cambio de las condiciones contractuales inicialmente pactadas durante la ejecución del contrato.

Apreciando los testimonios recaudados obrantes en el cuaderno de pruebas 1, se concluye necesariamente que las condiciones bajo cuyo entendido se celebró el contrato cambiaron durante la ejecución del mismo.

En efecto, el abogado asesor de Digimaster, doctor Aldo Danilo Alfisz, cuyo testimonio obra a folios 39 a 47 del cuaderno de pruebas 1, afirmó en su testimonio que conoció el proceso contractual y el desarrollo del mismo entre las partes. Afirmó el testigo que: “Conocí a Ana Pachón de González en razón de estos contratos al ser yo asesor jurídico de Digimaster Ltda., del señor Abraham Abramzon que es su representante legal, operé o funcioné como asesor jurídico dentro del contrato, para la celebración del contrato por parte de Digimaster, serví también como intermediario en buena parte de las relaciones que se suscitaron entre las dos empresas a raíz de este y de un contrato previo e incluso en algún consorcio que entre las dos empresas celebraron, conozco con alguna propiedad, si bien es cierto no tanto la parte técnica, pero sí el desarrollo jurídico, contractual que tuvo la operación, las motivaciones, la parte previa y las conclusiones, incluso casi hasta el acta final tuve conocimiento”.

Conforme obra en el expediente, el doctor Alfisz testificó que al producirse el cambio de ministro, el ministerio cambió términos con respecto a los inicialmente impuestos en la licitación, en los siguientes términos: “... al participar ganaron la licitación para la digitalización de todos los folios de los archivos... y se suscitó un inconveniente con el contrato a raíz de que el contrato fue suscrito por una administración, hubo cambio de administración y el nuevo ministro con sus nuevos asesores consideraron que se necesitaban nuevas situaciones y se involucró al Archivo General de la Nación”.

“En fin, lo que originalmente había solicitado el ministerio dentro de sus pliegos licitatorios de alguna manera se estaba intentando modificar, asistimos a ese tipo de conversación y dentro de toda la problemática que suscitó, que incluso hubo prensa y todo lo demás, finalmente el propio ministerio a través del propio ministro le dijeron(sic) a la empresa: queremos algo como lo que se estaba haciendo o lo que había hecho Ana Pachón de González...”.

(...).

“A raíz de eso se suscitaron inconvenientes como es obvio dijeron esto no está andando a la velocidad que va, no viene para acá, no viene para allá, y finalmente concurrí a la reunión no me acuerdo en qué fecha en donde necesitábamos definir por qué se había metido más personal que implicaba un sobre-costos y el contrato no funcionaba a la velocidad que debía, por lo que sentados en una mesa con Ana Lucía, estaba el doctor Bogoyá...”.

Igualmente testificó que ALPG tenía que asumir el costo del personal empleado para digitar, pero que Digimaster

lo pagaba por consideraciones tributarias, y que en desarrollo del contrato suscrito Digimaster pagó aproximadamente 90 millones de pesos a la cooperativa Servimos: “Para Digimaster quien tenía que aportar ese personal era Ana Pachón de González y Cía., y eso se hacía a través de una cooperativa de trabajo asociado que si mal no estoy se llama Servimos. Las facturas se le pasaban a Digimaster para que Digimaster las pagara por cuenta de Ana Pachón de González y Cía., eso si mal no estoy es lo que dice exactamente el contrato y fue como operó”.

A folio 44 del cuaderno de pruebas 1 se lee cómo el doctor Alfisz también manifiesta que la razón por la cual en el texto del contrato se consignó que ALPG contrataría el personal que la contratante pagaría al personal de Servimos, obedecía a móviles de índole tributaria, que únicamente beneficiaban al contratante. En efecto, al preguntársele puntualmente la razón por la cual se consignó en el contrato el mecanismo mediante el cual el personal que se contrataba era pagado por Digimaster, el doctor Alfisz contestó que “básicamente por el efecto fiscal... Si se le contrataba, si se le hacía el pago directamente a Ana Pachón se le iba a hacer a una cuestión... por un efecto, con un honorario del tanto por ciento, mientras que si se le hacía a Servimos por el personal que se estaba prestando para allá los factores de liquidación, desde el punto de vista tributario era absolutamente diferentes...”.

En relación con la redacción del contrato, el testigo afirmó que ALPG extendió los términos del contrato, aunque el abogado de Digimaster ayudó en su redacción.

Respecto a la terminación anticipada del contrato, informó el testigo que se citó a una reunión donde él estuvo presente en la cual ALPG manifestó no querer continuar con el contrato.

Para este tribunal aparece claro que las expectativas al momento de contratar fueron diferentes a la realidad durante la ejecución del contrato debido al cambio en la administración pública, por cuanto la nueva administración propendió por una entrega anticipada con respecto a lo inicialmente planteado.

Se aprecia que evidentemente el contrato quedó planteado en unos términos, tales que, una vez se presentaron condiciones cambiantes, fueron resultando leoninos en contra de ALPG, al punto que la misma se vio impulsada a terminar anticipadamente el contrato, como en efecto ocurrió.

En relación con los pagos, si bien según el texto del contrato los mismos eran hechos por la Digimaster por cuenta de ALPG, ello en la realidad obedecía a un esquema contractual diseñado para beneficiar a la contratante. Es necesario tener en cuenta este punto al momento de interpretar el contrato a fin de desentrañar el verdadero querer de las partes.

Pasamos ahora a evaluar el testimonio del doctor Guillermo Bogoyá, quien es abogado litigante y asesor de Digimaster. En su testimonio obrante a folios 48 a 59 del cuaderno de pruebas 1, el doctor Bogoyá afirmó que “Al hacer una evaluación de avance de obra técnicamente se llama así, avance de obra ... ella decidió que no seguía más ... entonces quedaron pendientes unos dineros que se le habían entregado por la orden de prestación de servicios. Se le entregaron los dineros con el propósito de que se pagara el personal, pero ella no desembolsó un peso de su bolsillo para pagar el personal, lo pagaba Digimaster...”.

El testigo afirma que a ALPG se le entregaron dineros por la orden de prestación de servicios, y seguidamente afirma que se entregaron con el propósito de que ella pagara al personal. En este testimonio se presenta una contradicción. Se pregunta el tribunal si al afirmar que los dineros se le entregaron por la orden de prestación de servicios constituyen la contraprestación pactada a favor de ALPG, como parecería indicarlo la primera parte, o si, por el contrario, dichos dineros se le entregaron con el fin de que ALPG pagara al personal que le suministraba la cooperativa Servimos.

A fin de contestar el interrogante planteado, resulta oportuno, evaluar el testimonio del señor Jaime Humberto Beltrán, quien fue uno de los empleados de la cooperativa que laboró en la ejecución del contrato bajo estudio. Afirmó el señor Beltrán, cuyo testimonio obra a folios números 64 a 69 del cuaderno de pruebas 1, que aunque él era un empleado de la cooperativa Servimos, Digimaster le respondía a él y a los otros empleados por salarios, prestaciones legales, etc.

En su testimonio el señor Beltrán afirmó que ALPG solo llevaba la gente y la presentaba, pero Digimaster los

contrataba y les respondía. A folio 68 se lee: “Eso funcionaba así, la doctora Ana Lucía como era prácticamente la encargada el personal ella tenía una lista, hacía la liquidación, se la enviaba a Digimaster, Digimaster se la autorizaba y la mandaban a la cooperativa y nosotros teníamos que ir a la cooperativa a cobrar”“.

También afirmó, bajo gravedad de juramento, que el proyecto era a un año pero lo quisieron terminar en 6 meses no sé por qué, afirmando que empezaron con 10 personas y terminaron con 104 ó 108 en dos turnos.

Afirmó también el señor Beltrán que Digimaster no le canceló el último mes de sueldo, y a otros trabajadores tampoco, ya que hubo una reunión entre los trabajadores a la cual asistió el señor Abraham Marín Abramzon, con el fin de tranquilizarlos respecto a la demora en pagos de nómina. También afirmó el testigo que el aumento de personal lo decidió John Barrios y lo autorizó Abraham Marín Abramzon, funcionario y representante legal de la sociedad contratante.

Por todo lo relatado, a este tribunal le resulta evidente concluir, a fin de contestar la pregunta anteriormente planteada, que el dinero recibido por ALPG, como lo afirma el doctor Bogoyá, le fue entregado por la orden de prestación de servicios, es decir, en contraprestación por los servicios por ella prestados, y no para que ALPG pagara el personal, ya que Digimaster asumió directamente dichos pagos.

Corroborar lo anterior el testimonio del doctor Guillermo Bogoyá, ya identificado en el presente laudo, quien afirmó bajo la gravedad de juramento que “Son cuestiones claras que quien tiene el dinero es Digimaster, la señora Ana Lucía Pachón de González no tenía el dinero, entonces el gerente de Digimaster por su forma de pensar, de trabajar, decidió que usted genera la orden y yo la pago, pero ya le habían entregado unos dineros a Ana Lucía Pachón de González que no se vieron reflejados en los pagos de nómina, los pagos de nómina siempre los hacía Digimaster (fl. 54, cdno. de pbs. 1).

Pasa ahora a evaluarse la autonomía técnica y directiva de ALPG en la ejecución del contrato, a fin de determinar si ella ordenó que se contratara más personal para terminar las labores en un menor tiempo, y a quién benefició el trabajo de ese personal.

En su testimonio que obra a folios 60 y siguientes del cuaderno de pruebas 1, el señor John Barrios, director de tecnología de Digimaster, afirmó que ser el director de un proyecto que se adelantaba para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y ALPG era la ejecutora de la labor operativa del mismo proyecto, en virtud de la orden de servicio.

En efecto, afirmó el señor Barrios: “La parte mía es técnica netamente, era el director del proyecto ante la entidad como consta en la licitación que se celebró entre la compañía nuestra y el ministerio, yo era el encargado de velar por que el proyecto se ejecutara en todas sus fases tecnológicas, ...”.

Igualmente afirmó que su función era la de recibir los informes de ejecución. A folio 62 del cuaderno de pruebas 1 se lee “... Realmente yo no estuve muy atento a la contratación, pero lo que logré captar desde mi punto del área era que la señora Pachón debería suministrar todo el personal para que ejecutara las fases y las tareas y pactaron una suma donde estaba incluido el personal que se le pagaba y lo pagaba Digimaster directamente, creo que la cooperativa le presenta las facturas a Digimaster, había algún manejo administrativo entre la señora Pachón y la compañía nuestra, yo me limitaba a...”.

De otra parte, el abogado Bogoyá, ya identificado como testigo en el presente laudo, también afirmó en relación con la labor de ALPG: “... Ella solo supervisaba pero los materiales los ponía Digimaster y Digimaster pagaba los trabajadores pero la contratista tenía autonomía para trabajar. A pesar de la autonomía no se trataba de un subcontrato... porque Digimaster siempre estaba ahí pendiente, con sus ingenieros, con su gente pero el hecho de que se le deje trabajar al trabajador no quiere decir que el gerente, que el jefe que el patrono de la empresa pierda la dirección del manejo de sus cosas...”.

De la apreciación de los testimonios este tribunal llega a la conclusión de que si bien al inicio ALPG pudo contar con cierto grado de autonomía técnica y directiva para la ejecución del contrato, esta no duró durante todo el tiempo sino que por el contrario, cuando las condiciones de ejecución del mismo cambiaron, la sociedad contratante tomó la iniciativa en lo referente a la contratación de personal adicional en su beneficio y motivada por

el apremio en tiempo para cumplir oportunamente frente al ministerio. Para ese entonces, según se desprende de los testimonios que obran en el expediente, el beneficiado con el trabajo de dicho personal fue exclusivamente Digimaster.

El cambio de condiciones con respecto a las inicialmente pactadas también es corroborado por ALPG en interrogatorio que obra a folios 70 y 71 del cuaderno de pruebas 1. Afirmó la señora Ana Lucía Pachón de González, que conoció el contrato escrito antes de firmar, pero este se modificó verbalmente. Afirmó también que no conoció todo el pliego de condiciones de Digimaster con el ministerio, sino solo lo relativo a las obligaciones de Digimaster en relación con los procesos operativos.

En efecto, preguntada si tuvo oportunidad de conocer ampliamente el contenido del contrato suscrito entre Digimaster Ltda. En calidad de contratante y ALPG, en calidad de contratista, contestó: “sí lo conocí, en la primera parte del contrato original que se suscribió, teniendo en cuenta que ese fue modificado verbalmente”.

Cuando se le preguntó si conocía a la cooperativa Servimos con anterioridad a la ejecución del contrato bajo estudio, la declarante afirmó que “La cooperativa me la presentaron los señores del consorcio Digimaster”.

Se procede ahora a apreciar la declaración del doctor Abraham Marín Abramzon, representante legal de Digimaster, cuyo interrogatorio obra a folios 72 a 82 del cuaderno de pruebas 1.

En su testimonio el señor Abraham Marín Abramzon afirmó no recordar, ni siquiera en su calidad de representante legal de la sociedad contratante, si firmó órdenes dirigidas a la cooperativa Servimos sobre el pago de nóminas. Igualmente afirmó no recordar si antes de contratar ALPG, Digimaster ya estaba usando los servicios de la cooperativa. Al respecto, se le advirtió sobre la gravedad de que en su calidad, emitiera respuestas evasivas o incompletas.

Al ser interrogado sobre el personal contratado para desarrollar el objeto del contrato, contestó: “Se supone que ellos me preguntaban a mí, tanto a la señora Pachón como el segundo gerente después de que ella se fue, y yo daba el visto bueno para que incrementara el personal aunque nosotros le hemos dicho a doña Ana Pachón que es un problema de ella porque como nosotros le pagamos a ella por supuestamente por volumen, por trabajo realizado, nos da igual si utilizan 50 ó 500 personas”.

Igualmente, al ser interrogado sobre si él firmó o no algunas órdenes dirigidas a la cooperativa Servimos para que se pagaran los valores de nómina en relación con las personas que prestaban los servicios en la digitalización y archivo de los documentos de Foncolpuertos, el señor Abraham Marín Abramzon contestó lo siguiente: “Hasta donde recuerdo con las nóminas que ella firmó que Servimos nos pasó a nosotros se le pagaba las cuentas, que Ana Pachón firmó”.

Preguntado si él firmó alguna orden dirigida a la cooperativa, contestó “No tengo memoria sí o no, no sé, yo firmo un montón de papeles”.

También expresó, como consta a folio 74, lo siguiente: “Esas eran las condiciones que negociamos con ella, las condiciones eran que ella no se quería con un personal propio entonces que se haga vía una cooperativa de trabajo y por eso se hizo vía la cooperativa, y como yo no iba a darle a ella \$ 100 ó \$ 200 millones en el bolsillo para que ella pague el personal, hemos dicho que ella me manda las facturas y por cuenta de ella, o sea ella le manda a la cooperativa y por medio de ella, de la cooperativa, con las nóminas firmadas por ella yo las pago con cargo hacia ella”.

Preguntado sobre cuál era el grado de autonomía que tenía Ana Lucía Pachón de González, o la sociedad ALPG, en relación con la ejecución de la labor de archivo y digitalización, el señor Abraham Marín Abramzon contestó: “Hasta donde yo sé ella estaba autorizada para preparar los documentos, digitalizar los documentos, volverlos a bajar, o sea mandar cada uno de los pasos que este contrato debía hacerse desde la subida de los materiales hasta la bajada de los materiales devuelta y después terminar el proceso”.

Por su respuesta nuevamente se corrobora que ALPG era simplemente una ejecutora del objeto del contrato.

Ante la pregunta sobre cuál era el mecanismo mediante el cual el señor Abraham Marín Abramzon impartía el visto bueno para la contratación del personal, el señor Abraham Marín Abramzon respondió que el mecanismo consistía en una llamada por teléfono mediante la cual se le avisaba del incremento. Afirmó el señor Abraham Marín Abramzon que “se supone que ellos me preguntaban a mí, tanto la señora Pachón como el segundo gerente del proyecto después de que ella...”.

Igualmente a folio 85 obra la respuesta que emitió por escrito el señor Abraham Marín Abramzon, en relación con la relación existente entre Digimaster y la cooperativa Servimos. Se le preguntó si con anterioridad al mes de mayo de 2003 tanto en Digimaster como en la planta de personal que estaba ya prestando servicios en la ejecución del contrato con el Ministerio de Trabajo había gente vinculada con la cooperativa, a lo cual respondió “Sí, es cierto”.

Finalmente, como puede leerse las respuestas del representante legal de Digimaster en relación con la participación de la empresa en la aprobación del personal de la cooperativa Servimos las cuales obran a folios ya citados en el presente laudo, sus respuestas fueron evasivas o no contestadas, por lo cual este tribunal, de conformidad con lo previsto en los artículos 210 y 249⁽⁸⁾ del Código de Procedimiento Civil las aprecia como un indicio grave en su contra.

Como queda claro, de los testimonios recibidos en el presente trámite arbitral es evidente que las condiciones inicialmente pactadas por escrito fueron cambiando a medida que se avanzaba en la ejecución del contrato. Es evidente que el objeto real del contrato fue la aplicación de la experiencia que como archivista tiene la contratante a fin de poder cumplir las condiciones del pliego de condiciones de la licitación pública, así como la definición de los procesos, actividades y tareas operativas, también en consideración a la experiencia de ALPG en la materia.

También resulta claro que los pagos que Digimaster realizaba a la cooperativa Servimos no se hicieron por cuenta de ALPG, sino para pagar los gastos de personal causados por el trabajo que los empleados de la cooperativa realizaron para Digimaster, y en su exclusivo beneficio.

Habiéndose de este modo probado que las mencionadas condiciones cambiaron durante la ejecución, y conforme a la jurisprudencia arriba citada, este tribunal no puede emitir un fallo apegado a la letra del contrato e ignorando por consiguiente dicho cambio de condiciones. Si ello se hiciera se produciría un resultado injusto.

IV. Capítulo cuarto

Pronunciamiento sobre las pretensiones y excepciones

Efectuadas las anteriores consideraciones corresponde a este tribunal decidir sobre las pretensiones de la convocante, las cuales obran a folios 7 y 8 del cuaderno principal 1 del presente trámite arbitral.

— En primer término pretende el convocante que se declare que, de conformidad con lo estipulado en las cláusulas quinta y sexta del contrato celebrado el día 7 de mayo de 2003, dentro del precio acordado como contraprestación del servicio contratado, se encuentra incluido el pago de personal requerido por ALPG, pago que efectuó el contratante por cuenta del contratista.

En efecto, si nos acogemos a la letra del contrato como inicialmente se firmó, debemos concluir que dentro del precio acordado estaba previsto el pago del personal requerido. Sin embargo, como ya ha quedado ampliamente demostrado en las consideraciones que anteceden, las condiciones cambiaron, de modo que, si bien inicialmente sí estaba incluido bajo las condiciones según las cuales ella controlaba la ejecución, en un momento la ALPG dejó de controlar la ejecución, pasando a ser el jefe de proyecto e incluso el propio señor Marín Abramzon quienes controlaron el desarrollo de la ejecución para corresponder a las condiciones cambiantes, lo cual hicieron directamente.

De otra parte, conviene precisar que no aparece prueba alguna de que ALPG hubiese contratado a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servimos y, por ende, fuera la obligada a pagar los servicios que esta le prestara. Por lo tanto, no podría afirmarse que los pagos que efectuó Digimaster a la cooperativa Servimos fueron por cuenta de ALPG. Por el contrario, y como ya se ha comentado, del acervo probatorio claramente se infiere que quien contrató los servicios de la mencionada cooperativa fue Digimaster y por lo tanto ella estaba obligada directamente con la

cooperativa a pagar el personal que dicha cooperativa suministrara.

En cuanto a la prueba de que esos pagos beneficiaron a Digimaster y no a ALPG, basta con decir que la misma ni siquiera recibió las sumas que Digimaster pagó directamente a la cooperativa.

De modo que, por todo lo dicho, es improcedente la declaración que pretende el convocante. Este tribunal no declarará que dentro del precio acordado como contraprestación del servicio contratado se encuentra incluido el pago de personal requerido por ALPG y que este pago lo efectuó Digimaster por cuenta de ALPG, por cuanto, precisamente, y contrario a lo afirmado por la convocante en la formulación de la pretensión, los pagos no se efectuaron por cuenta de ALPG, y tampoco para su beneficio, aun cuando bajo la letra estricta del contrato firmado el 7 de mayo así se pretendiera hacer aparecer.

Así las cosas, el tribunal **no** declarará que dentro del precio acordado como contraprestación del servicio contratado a favor de ALPG, se encuentra incluido el pago de personal requerido por ALPG, “pago que efectuó el contratante por cuenta del contratista”.

Pese a no ser propuesta excepción en dicho sentido en la contestación a la demanda, esta aparece probada dentro del proceso, y al no ser la excepción una de aquellas que debe ser alegada de manera expresa, el tribunal la declarará de forma oficiosa, tal y como lo autoriza el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

— En segundo lugar pretende la parte convocante que se declare que, “de acuerdo con la liquidación anticipada del contrato mencionado, el contratante, Digimaster Ltda., canceló una suma superior a la que por la ejecución parcial del contrato le correspondía, en la cantidad de noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887,08), o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral”.

Las consideraciones hechas con relación a la pretensión que antecede son aplicables a la presente pretensión. Debe considerarse que los pagos recibidos por la cooperativa de trabajo asociado solo beneficiaron a Digimaster y no a la sociedad convocada, en una etapa de la ejecución contractual en la cual ALPG no tenía control sobre dicha ejecución y los pagos ya no se ejecutaban por su cuenta y riesgo.

Decidir de otra manera conduciría al absurdo de que ALPG deba devolver sumas de dinero que nunca recibió, ni la beneficiaron en modo alguno, sino que por el contrario, beneficiaron solamente a la convocante en tanto que el trabajo realizado por el personal suministrado adelantó los propósitos de la contratación pública.

De otra parte, en cuanto concierne con las sumas de dinero que ALPG recibió como parte del precio previsto en el contrato, no puede perderse de vista que el contrato fue terminado de mutuo acuerdo. Si Digimaster no estaba conforme con las labores ejecutadas y, por ende, consideraba que las sumas que hasta la fecha había pagado a ALPG excedían lo que le correspondía frente a las labores que había ejecutado, bien pudo haber exigido su cumplimiento o la declaración de incumplimiento con la consecuente indemnización de perjuicios, pero eso fue precisamente lo que no hizo, y ahora pretende que se le reintegren no solo las sumas de dinero que ALPG recibió durante la ejecución del contrato, sino aquellas sumas que no recibió y que Digimaster pagó a la cooperativa que proporcionó el personal para ejecutar las labores.

De acuerdo con lo señalado en la cláusula segunda del contrato, modificada mediante otrosí, se estableció las fechas determinadas y determinables de pago del precio del contrato a ALPG, así: “A. La suma de veinte (\$ 20.465.416) ya han sido cancelados por el contratante a la contratista. B. El saldo con el producto que a Digimaster corresponda en la facturación celebrada en el consorcio Multiservicios SDI, que las mismas partes están ejecutando en el Ministerio de la Protección Social - OEI, es decir la suma de treinta y un millones doscientos cuatro mil ciento sesenta pesos m/cte. (\$ 31.204.160) y hasta concurrencia del saldo, si fuere insuficiente el valor que corresponda a Digimaster, el saldo, es decir la suma de cuatro millones ochocientos treinta mil cuatrocientos veinticuatro pesos m/cte. (\$ 4.830.424), se pagará con la facturación al Ministerio de la Protección Social, hasta concurrencia de lo que sea debido”.

El otrosí es lo suficientemente claro al establecer la forma de pago, sin que esta se condicionara a un número determinado de carpetas, etc. Luego ahora no puede pretender el convocante que se reconozca que pagó una suma

mayor a lo que en virtud del contrato le correspondía.

No puede perderse de vista la posibilidad que en los contratos bilaterales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609, “ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos”. Por lo tanto si Digimaster consideraba que ALPG no había cumplido con lo pactado en el contrato, bien podía haberse abstenido de efectuar los pagos, máxime que el mismo contrato lo autorizaba a retenerlos, sin embargo, no lo hizo y ahora, so pretexto de que el contrato que pretenden liquidar no se ejecutó en forma completa, pretende que se reconozca que Digimaster canceló una suma de dinero superior a la que por la ejecución parcial del contrato le correspondía.

En efecto, en el párrafo de la cláusula sexta de la orden de prestación de servicios se estipuló: “El contratante podrá retener los pagos si resulta evidente que la contratista no avanza en el desarrollo de la gestión encomendada de manera acorde y proporcional al tiempo programado y cantidades a procesar, de forma que exista un equilibrio entre valores cancelados, anticipo y labor ejecutada”.

En este punto se pregunta el tribunal, si el contratante consideraba que se había presentado un desequilibrio entre valores cancelados, anticipos y labor ejecutada, ¿por qué no efectuó las retenciones que el mismo contrato le permitía hacer?

Adicionalmente, si bien en la cláusula segunda del contrato se indica el número de expedientes, actas, etc., y se establecen valores unitarios, en la cláusula sexta del contrato, modificada al día siguiente de la celebración del contrato, se establecen unas fechas determinadas y determinables de pago del precio y la respectiva autorización para retenerlo, si había lugar a ello. Y si ALPG no incumplió con las labores encomendadas, sino que las partes de común acuerdo decidieron terminar el contrato, ¿cómo puede ahora pretender el contratante que se le reconozcan unas sumas de dinero que como pago del precio recibió ALPG en las oportunidades previstas en el contrato, con el argumento de que el contrato no se ejecutó completamente?

Además ha de tenerse en cuenta, como se ha esgrimido en el presente laudo que las condiciones del contrato se modificaron durante su ejecución y por lo tanto, si bien de acuerdo con el dictamen pericial que obra a folios 177 a 187 del cuaderno de pruebas 1 la sociedad ALPG recibió una suma de dinero superior en relación con las actividades que de acuerdo con el tenor literal del contrato le correspondía, es pertinente indicar que dicho dictamen pericial se basó exclusivamente en el tenor literal de las cláusulas relativas al objeto del mismo y a las obligaciones de ALPG previstas en el contrato, así como al valor unitario establecido.

No obstante se reitera que para este tribunal es claro que las condiciones del contrato fueron modificadas, según se desprende de los testimonios que fueron apreciados por este tribunal.

Con base en estas consideraciones este tribunal **no** declarará que, de acuerdo con la liquidación anticipada del contrato mencionado, “el contratante, Digimaster Ltda., canceló una suma superior a la que por la ejecución parcial del contrato le correspondía, en la cantidad de noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887,08), o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral”.

Pese a no ser propuesta excepción en dicho sentido en la contestación a la demanda, esta aparece probada dentro del proceso, y al no ser la excepción una de aquellas que debe ser alegada de manera expresa, el tribunal la declarará de forma oficiosa, tal y como lo autoriza el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

— Como tercera pretensión, la convocante solicita se declare que la sociedad convocada “está obligada a **restituir**, a favor del contratante, Digimaster Ltda., la cantidad de dinero recibida en exceso, es decir, noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887,08) o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral” (resaltado fuera del texto original).

Habiendo terminado el contrato por mutuo acuerdo, el convocante pretende invocar la acción *in rem verso* alegando que pagó a ALPG unas sumas de dinero no debidas, ya que, aunque los dineros no se entregaron a ella, los pagos fueron hechos a la cooperativa de trabajo asociado por cuenta de la convocante.

Al respecto proceden las siguientes consideraciones en relación con la restitución del pago de lo no debido:

La Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, en sentencia de abril 14 de 1937⁽⁹⁾, expresó: “En la vida de los negocios se observa con frecuencia que uno de los contratantes se enriquece a costa del otro y de ahí que el acrecimiento de un patrimonio implica normalmente la disminución correlativa de otro patrimonio, pero este fenómeno se justifica tanto en derecho como en equidad, cuando hay un fundamento, una causa legítima procedente de un acto jurídico. Mas algunas veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio independientemente de toda causa jurídica, como cuando una persona hace un pago a que no está obligada o en algunos casos de accesión. El equilibrio en casos como los apuntados, entre los dos patrimonios, queda roto y entonces el remedio para establecerlo consiste en dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido.

Esta doctrina no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones que en síntesis son las siguientes y que dan el fundamento para establecer la acción *in rem verso*: a) es necesario que haya habido un enriquecimiento; b) un empobrecimiento correlativo; c) es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa; d) es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción *in rem verso* tiene un carácter esencialmente subsidiario, y e) por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley”.

Queda claro entonces ante los desequilibrios surgidos durante la ejecución de los contratos o a su terminación, procede la acción *in rem verso*. Lo anterior es corroborado por la doctrina nacional, en efecto, el doctor Jorge Suescún Melo, en obra ya citada, manifiesta:

“El enriquecimiento sin causa, considerado por muchos tratadistas como fuente autónoma de obligaciones, descansa sobre un innegable postulado de equidad, según el cual nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro. En concordancia con este principio, en todos los casos en que la justicia sufra quebranto, en razón de que una persona, sin justa causa, obtenga provecho del esfuerzo de otra, es necesario restablecer el equilibrio reconociéndole al empobrecido el valor que ha salido de su patrimonio o ha dejado de entrar en él. La medida de ese restablecimiento ha sido siempre el valor de la utilidad y provecho que reciba el patrimonio de la persona en cuyo favor redunde el acto del afectado. Por eso se dice que, sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado. La acción para obtener el restablecimiento patrimonial es conocida como *in rem verso*, la cual procede cuando las leyes no ofrecen un remedio jurídico especial”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia citada por el doctor Jorge Suescún Melo en obra ya mencionada, manifiesta:

“Merece destacarse la sentencia de casación del 19 de noviembre de 1930, en la cual se analizan los cinco elementos que se requieren para la procedencia de la acción *in rem verso*, a saber: 1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el demandado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de incremento de los activos sino también en el de evitar el demérito patrimonial, por ejemplo impidiendo el aumento de obligaciones o la asunción de pasivos; 2. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya sido a expensas del empobrecido, o en otras palabras, que el incremento patrimonial de aquel haya repercutido adversamente en el patrimonio de este. Este desplazamiento de valores patrimoniales, que produce el enriquecimiento, debe provenir de un mismo y único acontecimiento; 3. Es menester que el empobrecimiento del demandado sea injusto, es decir que el desequilibrio entre los dos patrimonios ha de generarse sin causa jurídica, lo que significa que no puede haber mediado negocio jurídico, hecho ilícito o disposición legal que justifique o sirva de causa dicho desequilibrio; 4. Para que pueda incoarse la acción *in rem verso* se necesita que el demandante carezca de cualquier otra acción o medio legal para obtener la prestación, el reembolso o, en términos generales, la satisfacción perseguida, puesto que esta acción tiene un carácter eminentemente subsidiario. Por esto carece de acción *in rem verso* el demandante que por su hecho o por su culpa dejó perder cualquiera de las vías de derecho que se le ofrecían para evitar el empobrecimiento, pues debe sufrir las consecuencias de su imprudencia y desidia, lo cual acontece, por ejemplo, cuando han prescrito las acciones correspondientes; y 5. Por último, esta acción no

puede ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley”.

Entonces, como ha quedado ampliamente ilustrado, los requisitos que estructuran la acción *in rem verso* deben cumplirse en el presente asunto al tribunal para que prospere la pretensión del convocante que ahora nos ocupa.

En relación con el primer requisito, es decir con la existencia de un enriquecimiento, y conforme ha quedado ampliamente probado en el expediente, la convocada no se enriqueció en tanto que no recibió el dinero que le están cobrando; quien recibió el dinero fue la cooperativa, como contraprestación a los servicios que la misma prestó suministrando el personal que a la postre intervino en el desarrollo operativo del objeto de la licitación pública que ganó el consorcio Digimaster/Abraham Abramzon.

En relación con el segundo requisito, es decir, el empobrecimiento correlativo, se tiene que tampoco aplica, por las mismas razones expuestas.

En cuanto al tercer requisito, es decir, que el empobrecimiento sufrido por el demandante como consecuencia del enriquecimiento del demandado sea injusto, es decir sin que medie causa jurídica, no procede evaluación por parte de este tribunal, ya que se han descartado los dos requisitos anteriores, es decir, no hay enriquecimiento, ni empobrecimiento.

En cuanto al cuarto requisito, es decir, que para que sea legitimada la acción *in rem verso* se requiere que el demandante a fin de recuperar carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi contrato, un delito o de las que brotan de los derechos absolutos, se tiene que si Digimaster hubiese creído que ALPG incumplió el contrato, hubiera podido ejercer las acciones legales de naturaleza contractual ya comentadas al inicio de esta providencia. No habiendo sido así, sino por el contrario, mediando la terminación por mutuo acuerdo del contrato, tampoco hay lugar a ninguna restitución por las razones y consideraciones que anteceden. Por lo tanto, se concluye que la pretensión bajo estudio es improcedente.

Así las cosas, el tribunal **no** declarará que ALPG está obligada a **restituir**, a favor del contratante, Digimaster Ltda., la cantidad de dinero recibida en exceso, es decir, noventa y cinco millones ochocientos once mil ochocientos ochenta y siete pesos con ocho centavos (\$ 95.811.887,08) o la suma de dinero que probatoriamente se establezca dentro del trámite arbitral”.

Pese a no ser propuesta excepción en dicho sentido en la contestación a la demanda, esta aparece probada dentro del proceso, y al no ser la excepción una de aquellas que debe ser legada de manera expresa, el tribunal la declarará de forma oficiosa, tal y como lo autoriza el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

— En la pretensión cuarta, solicita condena en costas y agencias a la parte convocada.

Como no prosperaron ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda, no hay lugar a la condena en costas solicitada por la convocante, en los términos de los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil.

Como se ha declarado oficiosamente una excepción que enerva la totalidad de pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal se abstiene de examinar y pronunciarse sobre las excepciones restantes.

V. Capítulo quinto

Las costas

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil y como consecuencia de lo analizado en los capítulos anteriores, procede el tribunal a definir y liquidar las costas, teniendo en cuenta que en el proceso arbitral el tribunal pierde competencia para trámites posteriores, por lo que no hay lugar a que la liquidación se efectúe después de ejecutoriada la providencia que las imponga, según lo establece el artículo 393 del mismo estatuto y el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

Como consecuencia de no haber prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda formulada por Digimaster, se condenará a esta sociedad a las costas y agencias en derecho, según lo preceptúan los artículos 392 y 393 del

Código de Procedimiento Civil.

Las costas aludidas estarán integradas por todos los conceptos fijados en el acto de instalación del tribunal, contenidos en el auto uno (1) del mismo, correspondiente a la audiencia celebrada el día nueve (9) de junio de dos mil cuatro (2004), los cuales fueron pagados íntegramente por Digimaster, adicionados en el valor del IVA respecto de los honorarios del árbitro único, decretado mediante auto ocho (8) de fecha diecisiete (17) de septiembre de dos mil cuatro (2004), pagado íntegramente por Digimaster, adicionado en el valor de los honorarios decretados a favor del perito que rindió dictamen en esta litis, determinados por auto 13 proferido en audiencia celebrada el día 26 de noviembre de dos mil cuatro (2004). Igualmente en la condena se tendrán en cuenta las agencias en derecho.

Así las cosas, los costos del tribunal, probados a lo largo del proceso son:

Honorarios y gastos del tribunal	
Honorarios del árbitro único (incluido IVA)	\$ 3.401.700
Honorarios del secretario (incluido IVA)	\$ 1.700.850
Gastos de funcionamiento y administración	\$ 1.245.840
Protocolización, registro y otros	\$ 427.250
Subtotal	\$ 6.775.640
Honorarios y gastos de la pericia	
Honorarios del perito	\$ 1.392.000
Subtotal	\$ 1.392.000
Total	\$ 8.167.640

Como según consta en el proceso todas las partidas anteriores fueron sufragadas íntegramente por Digimaster, y como es ella quien debe asumirlas, no hay lugar a restituciones de ninguna naturaleza entre las partes, ni condenas de pago, por este concepto. Adicionalmente, Digimaster deberá pagar a ALPG las agencias en derecho, las cuales se tasan en la suma de dos millones novecientos treinta y dos mil quinientos (\$ 2.932.500) moneda corriente. Ahora, si de la partida decretada para protocolización, registro y otros llegare a quedar algún remanente, una vez efectuadas dichas diligencias, el tribunal lo restituirá íntegramente a favor de Digimaster.

VI. Capítulo sexto

Decisión

En mérito de lo expuesto, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el tribunal de arbitramento,

RESUELVE:

1. Negar todas las pretensiones propuestas por Digimaster Ltda. en la demanda arbitral presentada, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, por haberse declarado oficiosamente excepción que las enervó de manera íntegra.
2. Condenar a pagar a Digimaster Ltda. a favor de Ana Lucía Pachón de González & Cía. Ltda., por concepto de agencias en derecho del presente tribunal, la suma de dos millones novecientos treinta y dos mil quinientos (\$ 2.932.500) moneda corriente, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, término a partir del cual causarán intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, certificada por la [\(*\)](#) Superintendencia Bancaria.
3. Disponer que por secretaría se expidan sendas copias auténticas del presente laudo, con destino a cada una de las

partes, así como copias simples con destino a la Procuraduría General de la Nación, por conducto de su representante en el proceso, y al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

4. Disponer que el presidente del tribunal proceda a protocolizar en una de las notarías del Círculo de Bogotá, D.C., el proceso arbitral, una vez cobre ejecutoria el presente laudo.

Notifíquese,

El tribunal,

Cecilia Botero Álvarez, árbitro único—*Mónica Rugeles Martínez*, secretaria.
