

**TRIBUNAL ARBITRAL PROMOVIDO POR HENRY ALONSO MADRID GOMEZ EN
CONTRA DE PORTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. -HOY EN LIQUIDACION-**

Radicado No. 2022 A 0032

LAUDO

Siendo las cuatro de la tarde (4:00 p.m.) del treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros MARÍA ISABEL VANEGAS ARIAS, JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ y JUAN DAVID PALACIO BARRIENTOS, y por el secretario CARLOS MANUEL OSSA ISAZA, constituido en audiencia pública, profirió el siguiente Laudo Arbitral, que pone fin al proceso promovido por HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ en contra de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. -hoy en Liquidación-. La decisión se profiere por unanimidad y en derecho.

**CAPITULO I
TRÁMITE GENERAL Y SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA**

1. Convocatoria e integración del Tribunal.

HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ presentó ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para que se dirimiera el conflicto que dijo tener frente a PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. EN REORGANIZACIÓN (hoy EN LIQUIDACIÓN), con invocación del pacto arbitral contenido en la cláusula DÉCIMA TERCERA del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios fechado el 9 de mayo de 2015, cuyo tenor es el siguiente:

"DÉCIMA TERCERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que se presenten entre las Partes con motivo de la interpretación, desarrollo, cumplimiento y ejecución de lo pactado en este documento, serán sometidas a la decisión obligatoria de un Tribunal de Arbitramento compuesto por tres árbitros, nombrados de común acuerdo por las partes, escogidos de las listas de especialistas del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín. En caso de no ser posible un acuerdo total entre las partes para la designación, éstas podrán elaborar una sub-lista de árbitros de las listas generales del Centro para que, con base en ella, el Centro realice la designación respectiva por sorteo. Si tampoco de ésta manera las partes logran nombrar los árbitros en un plazo de hasta diez (10) días hábiles contados a partir de la última reunión realizada para el efecto, los árbitros serán

designados por el citado Centro, por el sistema de sorteo de entre sus listas. El hecho que alguna de las partes no asista a la reunión para el nombramiento de árbitros, se entenderá como una negativa de ésta para lograr un acuerdo en el nombramiento y será el centro quien realice dicho nombramiento a través de sorteo entre sus listas. Los árbitros deberán ser abogados inscritos y deberá fallar en derecho”

En adelante, esta providencia se referirá a HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como el Demandante, el Convocante, o HENRY MADRID. Y se referirá a PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. EN REORGANIZACIÓN (hoy EN LIQUIDACIÓN), como la Demandada, la Convocada, la Sociedad Demandada, la Sociedad Convocada, o simplemente PÓRTICOS.

Los árbitros fueron nombrados por sorteo realizado por el Centro de Arbitraje el 16 de agosto de 2022, y los designados aceptaron sus cargos dentro del término y con cumplimiento de lo previsto en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

2. Diligencias arbitrales.

El Tribunal se instaló en audiencia celebrada el 13 de octubre de 2022, oportunidad en la cual se designó y tomó posesión el secretario, y en esa misma sesión se dictó el Auto No. 2 con el que se admitió la demanda arbitral.

A la parte demandada se le notificó el citado auto admisorio en debida forma y en la misma fecha en que se profirió, y a pesar de lo anterior, esta contestó la demanda de manera extemporánea el 10 de enero de 2023, como se explicó en el Auto No. 15 de 31 de enero de 2023.

Mediante Autos No. 4 de 2 de noviembre de 2022 y No. 5 de 25 de noviembre de 2022 se decretó una medida cautelar innominada, que no sacó los bienes objeto de la demanda del comercio, la cual fue legalmente practicada.

El 1 de diciembre de 2022 mediante correo electrónico radicado en la Secretaría del Tribunal, la parte convocada elevó una petición de declaratoria de la nulidad de lo actuado en el curso del proceso, la cual requirió de la práctica de unas pruebas destinadas únicamente para el estudio de este trámite especial, lo que concluyó en la no prosperidad de lo pedido, de conformidad con lo señalado en el Auto No. 12 de 31 de enero de 2023.

Se celebró la audiencia de conciliación el 10 de febrero de 2023, y a ella asistieron las partes sin que llegaran a acuerdos sobre la controversia y, consecuentemente, allí se procedió a la fijación de gastos y honorarios del proceso mediante el Auto No. 16 de esa misma fecha.

Verificada la consignación de la totalidad de los gastos y honorarios, efectuada en su integridad por la parte Convocante, el 14 de abril de 2023 se celebró la primera audiencia de trámite en la que se efectuó el control de legalidad consagrado en el artículo 132 del Código General del Proceso -CGP-; y luego de ello se dictó el Auto No. 19, con el que el Tribunal asumió competencia para juzgar el asunto sometido a su conocimiento. Frente a dicha decisión la Convocada interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante auto No. 21 tal y como consta en el acta de audiencia del 21 de abril de 2023, confirmando lo decidido. Posteriormente, mediante Auto No. 22, se decretaron las pruebas que fueron pedidas por la parte convocante.

La primera audiencia para la instrucción del proceso se llevó a cabo el 15 de mayo de 2023. Dentro de ésta se recaudó la prueba oral y se aceptó el desistimiento de la práctica de los testimonios de MICHAEL DEL NIÑO JESÚS DE PRAGA VÉLEZ MORALES y JORGE IVÁN PASTOR ÁLVAREZ, solicitados por la parte convocante. En esa misma fecha, mediante Auto No. 23, por solicitud conjunta de las partes, se suspendió el proceso desde el 16 de mayo hasta el 13 de junio de 2023, ambas fechas inclusive.

Mediante Auto No. 27 de 6 de julio de 2023 se decretaron pruebas de oficio por parte del Tribunal, consistentes en una prueba por informe, unas exhibiciones y unos oficios con requerimiento de información, para cuya práctica se realizaron audiencias el 1 y el 16 de agosto de 2023, ocurriendo el cierre de la fase instructiva del proceso el 24 de agosto de 2023. Los medios de prueba decretados se practicaron con sujeción a la ley y respetando el derecho de contradicción y audiencia.

En la audiencia que se llevó a cabo el 24 de agosto de 2023, se efectuó un nuevo control de legalidad en los términos del artículo 132 del Código General del Proceso, oportunidad en la cual la Convocada propuso una nulidad, la cual fue resuelta mediante Auto No. 38, donde se expresó el no evidenciarse una situación de hecho o de derecho que diera lugar a una conducta tendiente al saneamiento del proceso.

El 29 de agosto de 2023 se notificó al Tribunal de Arbitramento la admisión de una acción de tutela instaurada en su contra por parte de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, radicado 05001220300020230044400, en la que se invocó una supuesta indebida representación judicial de la sociedad convocada dentro del proceso arbitral; y el 8 de septiembre de 2023 se le notificó al panel arbitral la decisión negatoria del amparo constitucional, proferida en primera instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.

Mediante Auto No. 41 de 11 de septiembre de 2023 se admitió la revocación del poder efectuada por el Liquidador de la sociedad convocada respecto del que le había sido conferido desde el comienzo del trámite arbitral a la apoderada judicial de dicha parte.

El 16 de septiembre de 2023 se realizó la audiencia de alegaciones, en la que únicamente intervino la parte convocante. A esta audiencia no asistió la parte convocada, directamente ni por conducto de apoderado(a) designado(a) para el efecto, después de la revocación de poder a la que antes se hizo alusión. El Tribunal, durante esta etapa del trámite, hizo los argumentados pronunciamientos que fueron pertinentes, siempre procurando garantizar los derechos de ambas partes, según se advierte en los Autos Nos. 41 del 11 de septiembre de 2023 y 42 del 18 de septiembre del mismo año.

Mediante Auto del 13 de septiembre de 2023, la Intendencia Regional de Medellín de la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso liquidatorio en el que se encuentra inmersa la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, ordenó el levantamiento de todas las medidas cautelares decretadas sobre los bienes de la mencionada sociedad, y en consecuencia el Tribunal, por Auto No. 44 de 27 de septiembre de 2013, accedió al levantamiento de las medidas que habían sido decretadas mediante Auto del 08 de noviembre de 2022, y perfeccionadas mediante Auto del 25 de noviembre de 2022.

Vencidas las etapas procesales, estando el Tribunal dentro del término para proferir su decisión válidamente, habida cuenta de que desde la finalización de la primera audiencia de trámite el 21 de abril de 2023 han transcurrido, incluyendo el día de hoy, ciento sesenta y dos (162) días calendario del término de seis (6) meses de duración del proceso, y teniendo en cuenta la suspensión que fue decretada conforme antes se indicó. El término de duración del proceso, conforme se señaló permanentemente en los informes secretariales correspondientes, vence el 20 de noviembre de 2023.

3. La demanda.

Los hechos en que la parte convocante fundó sus pretensiones son los siguientes:

"PRIMERO: El día 22 de abril de 2015, se suscribió contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración mediante el cual se constituyó el Fideicomiso LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACION, identificado con el NIT.800.256.769-6, constituido inicialmente por la sociedad CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN en calidad de FIDEICOMITENTE y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. en calidad de FIDUCIARIA, cuyo objeto es la transferencia por parte de EL FIDEICOMITENTE a LA FIDUCIARIA del Inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria 001-1095943 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de medellín Zona Sur, con el fin de que la misma detente la propiedad de dicho inmueble y entregue la tenencia material a título de comodato precario en favor de quien determine EL FIDEICOMITENTE, lo administre y lo transfiera de acuerdo a las instrucciones que éste imparta.

SEGUNDO: Que el día 09 de mayo de 2015, HENRY ALONSO MADRID GOMEZ en calidad de Promitente Cedente y PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A. (Hoy S.A.S.) actualmente en Reorganización, en calidad de Promitente Cesionaria, celebraron Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios, el cual, de conformidad con la Cláusula Primera del citado contrato, tiene por objeto:

'OBJETO DEL CONTRATO. LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, se obliga a transferir en favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, a título oneroso, LA TOTALIDAD DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS que la primera se obliga a tener en el contrato de fiducia mercantil o fideicomiso denominado FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA, el cual será constituido con fiduciaria Corficolombiana, a más tardar dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la suscripción del presente Contrato y tendrá fideicomitido el siguiente bien inmueble: Bien Inmueble: Lote B, ubicado en el Municipio de Sabaneta, con un área aproximada según datos escriturarios de 60.513,89 M², pero que realmente tiene una cabida aproximada de 77.000 m², de conformidad con levantamiento topográfico que se adjunta al presente Contrato, elaborado por ARQUITOP S.A. El predio a fideicomitir es conocido como "lote de Ancón", y se identifica con el folio de Matrícula Inmobiliaria N° 001-1095943 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur...'

La descripción del inmueble denominado Lote Ancón, por cabida, linderos, nomenclatura y demás especificaciones, constan claramente en las Escrituras Públicas Números 2144 del 30 de diciembre de 2011 otorgada en la Notaría Única de Sabaneta, 4693 del 28 de diciembre de 2012 otorgada en la Notaría Veinte de Medellín y 1703 del 13 de mayo de 2015 de la Notaría Veinte de Medellín, todas debidamente registradas.

TERCERO: En el Parágrafo de la cláusula PRIMERA del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios, se dejó expresa constancia, de que la causa principal de la negociación, la constituía el hecho de que en el inmueble fideicomitido se pretendía desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual, entre otras actividades, se debía elaborar y obtener la aprobación de las autoridades competentes de un Plan Parcial sobre el inmueble, la aprobación del PUG, la aclaración de áreas, entre otras. Además, se estableció que el Proyecto permitiría el desarrollo de DOS MIL (2.000) UNIDADES DE VIVIENDA de las cuales máximo el veinte por ciento (20%) debía ser Vivienda de Interés Social.

De acuerdo a lo pactado en el contrato de cesión de derechos fiduciarios actualmente el predio denominado Ancón, cuenta con la adopción del Plan Parcial de Ancón en la porción del Polígono ZRE-1, mediante Decreto del Municipio de Sabaneta Número 116 del 23 de Diciembre de 2015, en el cual se establece un aprovechamiento de 2,650 unidades de vivienda y también cuenta con el PUG (Plan Urbanístico General), aprobado mediante Resolución Número 663 del 28 de diciembre de 2015 proferida por la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta, gestiones que fueron realizadas en su totalidad por mi poderdante, quien además asumió los costos necesarios para sacar adelante los trámites requeridos con cargo al precio que PÓRTICOS S.A.S. debía pagar por la cesión de derechos fiduciarios y culminadas de manera exitosa.

CUARTO: En la cláusula TERCERA de la citada Promesa de Cesión de derechos se pactó el precio de la cesión como un porcentaje sobre las ventas del Proyecto Inmobiliario que debía construirse en el denominado Lote Ancón, así: el doce por ciento (12%) del valor comercial sobre las unidades privadas NO VIS del Proyecto, incluyendo parqueaderos y cuartos útiles, y el diez por ciento (10%) de valor comercial sobre las unidades privadas VIS.

En la cláusula CUARTA se acordó la forma de pago, no obstante, lo pactado en dichas cláusulas, fue modificado posteriormente mediante otrosí suscrito entre las partes, como se explicará más adelante.

QUINTO: Con el fin de dar cumplimiento al citado contrato de promesa de cesión de derechos fiduciarios, EL PROMITENTE CEDENTE, efectivamente procedió a garantizar que se efectuara la cesión del porcentaje del cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios, a favor de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. cesión que se encuentra debidamente registrada ante CORFICOLOMBIANA S.A. y que fue hecha por la sociedad SINESTESIA PUBLICIDAD S.A.S. por instrucción impartida por el Convocante en cumplimiento de la Promesa de Cesión celebrada con el convocado.

SEXTO: El día 28 de octubre de 2016, se suscribió entre el PROMITENTE CEDENTE y la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. en calidad de PROMITENTE CESIONARIA, el documento denominado "OTROSÍ A PROMESA DE CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS Y OTROS ACUERDOS", en dicho documento se modificó el objeto del Contrato, en los siguientes términos:

'OBJETO DEL CONTRATO. LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, se obliga a transferir en favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA o de quien ésta indique, a título oneroso, los derechos fiduciarios de los cuales es titular en el

contrato de fiducia mercantil o fideicomiso LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACION, el cual se encuentra constituido desde el día 22 del mes de abril de 2015, dicho fideicomiso se identifica con el NIT. 900.404.726-8, y las partes que intervienen en el mismo son: SINESTESIA PUBLICIDAD S.A.S. y CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A. EN LIQUIDACIÓN en calidad de FIDEICOMITENTES cada uno con el cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. como ENTIDAD FIDUCIARIA, contrato que recae sobre el siguiente bien inmueble:

Lote B, ubicado en el Municipio de Sabaneta, con un área aproximada de 60.513,89 M² según títulos de adquisición, conocido como lote de Ancón, identificado con el folio de Matrícula Inmobiliaria N° 001-1095943 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur.

Los linderos y demás especificaciones del citado inmueble, constan claramente en las Escrituras Públicas Números 2144 del 30 de diciembre de 2011 otorgada en la Notaría Única de Sabaneta, 4693 del 28 de diciembre de 2012 otorgada en la Notaría Veinte de Medellín y 1703 del 13 de mayo de 2015 de la Notaría Veinte de Medellín, todas debidamente registradas.

PARÁGRAFO PRIMERO: CONSTANCIA DE CUMPLIMIENTO: LAS PARTES manifiestan que a la fecha de firma del presente otrosí, LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, ya ha realizado todas las gestiones correspondientes al perfeccionamiento de la cesión de derechos fiduciarios prometida, habiéndose suscrito la cesión a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA sobre el 66% de los mencionados derechos fiduciarios y la instrucción a la ENTIDAD FIDUCIARIA para el registro de la cesión.

La cesión del 34% restante de los derechos fiduciarios, se hará en los términos que LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, tiene pactada con la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A., EN LIQUIDACION, mediante promesa de cesión de derechos fiduciarios suscrita el pasado 30 de diciembre de 2015.'

SÉPTIMO: en el mencionado otrosí, en el Parágrafo CUARTO y QUINTO de la cláusula

PRIMERA a la que venimos haciendo referencia, se estableció lo siguiente:

'PARÁGRAFO CUARTO: Se deja expresa constancia de que la causa principal de esta negociación, la constituye el hecho de que en el inmueble fideicomitado se pretende desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual mediante el Decreto N° 116 del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Alcaldía Municipal de Sabaneta, se adoptó el Plan Parcial Ancón Porción Polígono ZRE-1" y

mediante Resolución N° 663 del 28 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta se aprobó el Proyecto Urbanístico General PUG, actos administrativos a través de los cuales se definió el desarrollo de El Proyecto con las siguientes características: DOS MIL SEISCIENTAS CINCUENTA (2.650) UNIDADES DE VIVIENDA, de las cuales, máximo el veinticinco por ciento (25%) debe ser destinado a Vivienda de Interés Social, en otros lotes diferentes al bien inmueble objeto de este contrato, tal como quedó establecido en el Artículo 18 del Decreto N° 116 antes citado.

PARÁGRAFO QUINTO: Teniendo en cuenta que para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario, que como ya se indicó en el párrafo anterior, constituye la causa principal de esta negociación, se requiere obtener la autorización de intervención o la cesión por parte del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA en adelante IDEA, del Lote denominado A6, identificado con Matrícula Inmobiliaria Número 001-1095941 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, cuya cabida y linderos se encuentran determinados en la Escritura Pública Número 2144 del 30 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Sabaneta; LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a gestionar todo lo que sea necesario para obtener la autorización de intervención o la cesión de la faja requerida para el desarrollo de la vía del Proyecto Inmobiliario y a obtener las autorizaciones necesarias por el Municipio de Sabaneta para la construcción de la vía, asumiendo los costos que dichas gestiones demanden.

Así mismo y en caso de que no se obtenga la mencionada autorización de intervención o la cesión por parte del IDEA y sea necesario adquirir las fajas necesarias para la mencionada vía a título oneroso, LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a asumir el costo de dichas fajas, así como los costos asociados a la legalización de la adquisición, tales como derechos notariales, rentas, registro y cualquier otro gasto en que sea necesario incurrir para obtener las autorizaciones requeridas.

En todo caso acuerdan LAS PARTES, que el hecho de no obtener la autorización de intervención o la cesión del lote mencionado por parte del IDEA o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario y agotadas todas las posibilidades jurídicas y técnicas de acceso al mismo, se entenderá como una justa causa para que LAS PARTES desistan de continuar la negociación y/o proyecto, sin que se genere ningún tipo de penalidad o reclamación, para las partes por esta circunstancia. En todo caso en este evento operarán las restituciones mutuas a las que haya lugar.

LAS PARTES acuerdan que la solicitud de autorización será radicada por PÓRTICOS S.A. ante el IDEA en un término de quince (15) días hábiles contados

a partir de la firma del presente documento. Si en un término de un (1) mes, contado a partir de la fecha en la cual el IDEA reciba la solicitud no ha emitido respuesta formal concediendo la autorización para la intervención o la cesión del lote requerido, o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario, LAS PARTES agotarán las gestiones técnicas y jurídicas que sean posible para la construcción de la vía.

Si una vez agotadas todas las posibilidades técnicas y jurídicas acordadas entre LAS PARTES, y transcurrido un (1) año, contado desde la firma de este documento, no ha sido posible obtener las autorizaciones requeridas, la cesión o adquisición de la faja para el desarrollo de la vía, LAS PARTES revisarán nuevamente las condiciones de la negociación para decidir si opera la resolución del contrato como se indicó en el párrafo anterior o si es posible prorrogar este término'.

OCTAVO: a la fecha de presentación de esta convocatoria, y no obstante haber intentado ambas partes, obtener por parte del IDEA y del actual propietario del Lote 6ª antes citado, las autorizaciones requeridas para la servidumbre requerida, no ha sido posible obtenerla o la cesión de la faja a favor del Municipio de Sabaneta, lo cual ha ocasionado que no se haya dado inicio al desarrollo del Proyecto inmobiliario, que como se dijo inicialmente constituía la causa principal de la negociación, y por lo tanto se configura la causal establecida en el contrato para que opere la resolución del mismo.

NOVENO: en el Otrosí al Contrato de Promesa de Cesión de derechos fiduciarios al que venimos haciendo referencia, se modificó también la Cláusula CUARTA del contrato de promesa en cuanto a la FORMA DE PAGO, la cual quedó establecida de la siguiente manera:

'CLÁUSULA CUARTA- FORMA DE PAGO: El pago del precio de que da cuenta la cláusula tercera de la promesa de cesión de derechos fiduciarios, se hará de la siguiente manera:

Se hará un anticipo al precio por valor de SEIS MIL OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS M.L. (\$6.080.908.806) discriminados de la siguiente forma:

a.- La suma de TRES MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$3.020.362.741) que LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, cancelará directamente al señor HÉCTOR RAÚL ÁLVAREZ en las condiciones expresadas en la cláusula segunda de este documento.

b.- La suma de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$277.777.778) el día 28 de enero 2016 los cuales LA PARTE PROMITENTE CEDENTE declara recibidos a satisfacción.

c.- La suma de MIL CIENTO TREINTA Y UN MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$1.131.052.248), en diez (10) cuotas mensuales iguales, a partir del mes de febrero de 2016, cada una por valor de CIENTO TRECE MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS M.L. (\$113.055.225), pagaderos el día 24 de cada mes, de las cuales LA PARTE PROMITENTE CEDENTE declara recibida a satisfacción la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS M.L. (\$678.331.350)

d.- La suma de MIL NOVENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS M.L. (\$1.091.669.974) en bienes terminados y acabados disponibles de forma inmediata del inventario de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA.

LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, declara que ya se hizo la cesión de derechos de los inmuebles seleccionados y se encuentran pendientes los trámites de escrituración, en los cuales LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA continuará gestionando hasta que se encuentren debidamente registradas las escrituras de transferencia de dominio a favor de LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o de quien esta indique.

e.- La suma de QUINIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS M.L. (\$520.000.000), para pagar a los Asesores y/o Consultores contratados para elaborar los estudios técnicos del Plan Parcial, suma que ya se encuentra debidamente cancelada por parte de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA.

f.- La suma de CUARENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SESENTA Y SEIS PESOS M.L. (\$40.546.066) por concepto de pago de escrituras de los inmuebles entregados a ALVARO ZULUAGA por LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, pago que ya se efectuó y que será abonado al precio total del negocio en los términos descritos en el PARÁGRAFO PRIMERO de la CLÁUSULA SEGUNDA del presente contrato.

El resto del precio, será cancelado después de alcanzar el punto de equilibrio en cada etapa que se desarrolle en el referido inmueble fideicomitado, en las

proporciones indicadas y a nombre de quien indique LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, a medida que se vayan realizando los recaudos por ventas, hasta el final del desarrollo total del inmueble. Estos pagos se harán dentro de los quince(15) primeros días de cada trimestre.

PARÁGRAFO PRIMERO: No obstante, la forma de pago acordada en esta cláusula, LAS PARTES, aceptan que los pagos pendientes a los que se hace referencia en el literal c de la presente cláusula, quedarán condicionados a que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE cumpla con la obligación adquirida en el PARÁGRAFO QUINTO de la CLAÚSULA PRIMERA del presente otrosí. Adicionalmente LA PARTE PROMITENTE CEDENTE faculta desde ya a LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA para descontar de las sumas acordadas e indicadas en el inciso segundo del literal f, de la cláusula tercera que hace parte del precio de la negociación, los pagos en que sea necesario incurrir para obtener la autorización de intervención o la cesión del lote para la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario, a la cual se hizo referencia en el PARÁGRAFO QUINTO antes citado.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor total a pagar por la cesión de derechos fiduciarios, resultará de multiplicar el valor del número de unidades de vivienda vendidas por un porcentaje del doce por ciento (12%).

El valor del anticipo se empezará a amortizar una vez se llegue al punto de equilibrio de la primera etapa del proyecto inmobiliario.

Para efectos de calcular el valor estimado total de las ventas se debe tener en cuenta el área promedio por unidad de vivienda aprobada en el Plan Parcial, multiplicada por el valor de metro cuadrado estimado y por el número total de unidades aprobadas en el referido Plan Parcial de acuerdo con la siguiente fórmula:

*Valor estimado total de las ventas = Área promedio unidad de vivienda X
Valor estimado metro cuadrado X Número unidades aprobadas Plan Parcial*

*Amortización del anticipo trimestral = Recaudo trimestral x (12% -
(Anticipo / (Valor estimado total de las ventas x 12%)))*

Al finalizar las ventas de cada etapa se calculará el valor real de las ventas de dicha etapa y se multiplicará por el doce por ciento (12%), con la finalidad de calcular el valor exacto que tendrá como abono al pago de los derechos fiduciarios y se recalculará de acuerdo al valor del metro cuadrado de las unidades en venta de la siguiente etapa el nuevo valor estimado de ventas que servirá para el recalcular del porcentaje de amortización'.

DÉCIMO: en el PARÁGRAFO CUARTO de la cláusula SEGUNDA del Otrosí suscrito entre las partes, se acordó además que en el Fideicomiso LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, debía quedar expresa la instrucción de que la PARTE PROMITENTE CEDENTE tendría la calidad de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE con los derechos económicos establecidos en la cláusula tercera y cuarta de la promesa, obligación que se pactó como una condición resolutoria del contrato, y que a la fecha también resulta incumplida por parte de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. lo cual pone en un grave riesgo los derechos fiduciarios cedidos de manera anticipada al pago de los mismos, ya que podrían llegar a ser objeto de medidas cautelareso embargos por cualquier tercero.

Para dar cumplimiento a esta obligación las partes, suscribieron un contrato de prenda cerrada sin tenencia en primer grado sobre los derechos fiduciarios de titularidad de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. y los que llegare a adquirir en el futuro sobre el Fideicomiso antes citado vinculado al Lote Ancón a favor de HENRY ALONSO MADRID GOMEZ, documento firmado el día 28 de octubre de 2016. Sin embargo, a pesar de la constitución de la prenda, el registro del Convocante como acreedor prendario en el Fideicomiso, no fue posible, tal como consta en comunicación de FIDUIARIA CORFICOLMBIANA S.A. de fecha 23 de diciembre de 2016, debido a que no se contó con la autorización del otro Fideicomitente, es decir para esa época CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. la cual se negó a permitir el registro ante los incumplimientos de PÓRTICOS.

DÉCIMO PRIMERO: en virtud de lo establecido en la forma de pago pactada, PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. ha incumplido de manera grave, reiterada e injustificada las siguientes obligaciones:

11.1. Según el literal a) de la cláusula CUARTA, la convocada debía pagar a HECTOR RAUL ALVAREZ la suma de TRES MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOSSESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$3.020.362.741), pago que conforme a lo establecido en la promesa de cesión de derechos suscrita inicialmente, haría PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. en nombre del convocante y de la sociedades que este representa, y como contraprestación al pago mencionado, se obtendría la cesión del cincuenta por ciento (50%) de derechos fiduciarios que se encontraban en cabeza de CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. y que posteriormente fueron cedidos a INVEREMMA S.A.S.

A la fecha PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. ha incumplido esta obligación de pago, y por tanto no se ha podido obtener que como se tenía previsto inicialmente, las sociedades CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. y/o INVEREMMA S.A.S. realizaran la cesión de los derechos de los cuales son titulares, es decir el cincuenta por ciento (50%) restante de los derechos fiduciarios y sólo han cedido un porcentaje del trece punto ocho por ciento (13.08%).

Prueba de lo afirmado, es la Convocatoria a Tribunal de Arbitramento instaurada ante este mismo Centro de Conciliación por la sociedad INVEREMMA S.A.S. contra PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. en la cual solicita declarar el incumplimiento de la promesa suscrita por ellos para la transferencia del cincuenta por ciento de los derechos fiduciarios del Lote Ancón por incumplimiento en los pagos. Dicha convocatoria se encuentra Radicada con el Número 2022 A 0013 y se anexa copia de la misma.

11.1. A la fecha de presentación de esta Convocatoria, PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. ha incumplido la obligación asumida en el literal d) de la cláusula CUARTA que regula la forma de pago, debido a que no se han escriturado los inmuebles entregados como parte de pago, no obstante haberse solicitado en múltiples oportunidades. Los inmuebles que entregó PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. como parte de pago de la negociación y sobre los cuales a la fecha no se ha otorgado la escritura de transferencia de dominio son los siguientes:

- *Apartamento N° 2303, Parqueadero N° 76 del Edificio Torre Humanitas identificados con Matrículas Inmobiliarias N° 001-1213426 y 001-1213337 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur.*
- *Apartamento N° 2404 y Parqueadero Edificio Torre Humanitas, identificados con Matrículas inmobiliarias 001-1213431 y 001-1213337 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur.*
- *Apartamento N° 2403, Parqueadero N° 4 y Cuarto útil N° 4 Edificio Torre Humanitas, identificados con Matrículas inmobiliarias 001-1213430 y 001-1213269 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur.*

Además de la escrituración extemporánea del Apartamento N° 2006 (1706 nomenclatura nueva), con un parqueadero y cuarto útil número 95002 del Edificio Arboleda de la Estrella identificado con Matrículas inmobiliarias 001-1256095 y 001-1255663 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur.

Esta situación ha derivado en un grave perjuicio para el Convocante, debido a que los inmuebles fueron entregados a terceros con el fin de pagar algunas obligaciones pendientes y el hecho de no poder otorgar las escrituras correspondientes ha originado en múltiples reclamaciones. Se anexan las negociaciones firmadas por mi representado con terceros sobre estos bienes inmuebles.

DÉCIMO SEGUNDO: además de los incumplimientos relacionados con el pago del precio y el registro del Convocante como acreedor prendario, PÓRTICOS INGENIEROS CIVILESS.A.S., también ha incumplido lo acordado en el Parágrafo Segundo de la Cláusula Segunda de la Promesa de Cesión de derechos fiduciarios, toda vez que si bien se logró a través de las gestiones realizadas por el Convocante, obtener la adopción del Plan Parcial a través del Decreto N° 116 del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Alcaldía Municipal de Sabaneta, y mediante Resolución N° 663 del 28 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta se aprobó el Proyecto Urbanístico General PUG, hasta la fecha PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. no ha iniciado el desarrollo inmobiliario del Lote Ancón ni ha constituido el Fideicomiso de desarrollo inmobiliario para tal fin.

DÉCIMO TERCERO: En la Cláusula SEXTA del Contrato de Promesa suscrito entre las partes, se pactó la cláusula penal, a título de pena, por valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$5.000.000.000) a favor de la parte cumplida, por lo tanto, PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. deberá reconocer a favor de HENRY ALONSO MADRID GOMEZ el valor correspondiente a la cláusula penal.

DÉCIMO CUARTO: De manera previa a la presentación de esta Convocatoria, se presentaron varias reclamaciones a la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILESS.A.S. con la finalidad de que dicha sociedad cumpliera las obligaciones a su cargo o presentara algún tipo de fórmula de acuerdo que permitiera prever esta controversia, pero a la fecha no se ha recibido respuesta”.

4. Pretensiones de la demanda.

La parte convocante formuló al Tribunal el acogimiento de las siguientes peticiones:

"PRIMERA: Que se declare que la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. es civil y contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con el Convocante el día 09 de mayo de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 28 de octubre de 2016, al no haber efectuado el pago en la forma pactada en el Contrato, no haber efectuado el registro de HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ

como acreedor preferente en el Fideicomiso y no haber dado inicio al desarrollo del Proyecto Inmobiliario.

SEGUNDA: Que, en virtud de lo anterior, se declare resuelto el Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con el Convocante el día 09 de mayo de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 28 de octubre de 2016.

TERCERA: Que como consecuencia de la resolución del contrato se ordenen las restituciones mutuas, a favor de HENRY ALONSO MADRID GOMEZ la restitución del porcentaje del cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios en el FIDEICOMISOLOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN que habían sido cedidos a favor de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. en cumplimiento del Contrato sobre el cual se solicita la Resolución.

CUARTA: Que se reconozca a HENRY ALONSO MADRID GOMEZ la suma de CINCO MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$5.000.000.000) correspondiente a la Cláusula Penal, establecida en el contrato, en su Cláusula SEXTA.

QUINTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada”.

5. La contestación a la demanda.

Como ya se indicó, la parte convocada no contestó oportunamente la demanda.

6. La prueba practicada.

En atención al principio de la necesidad de la prueba, consagrado en el artículo 164 del Código General del Proceso, conforme al cual “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, el Tribunal dispuso la práctica de los medios probatorios solicitados por la parte convocante, además de los decretados de oficio.

En ese orden de ideas, las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, fueron las siguientes:

6.1. Documental / Prueba mediante Informe / Exhibición de documentos

La prueba documental que reposa en el expediente fue arrimada con la demanda, con la diligencia de exhibición de documentos, con la declaración de un tercero, con la respuesta a los oficios y con la prueba por informe.

6.2. Interrogatorio de parte

El representante legal de la parte convocada, LUIS ANÍBAL GALEANO LÓPEZ, absolvió interrogatorio de parte en audiencia celebrada el 15 de mayo de 2023.

6.3. Declaraciones de terceros

Dentro de la misma audiencia del 15 de mayo de 2023 se escuchó el testimonio de GABRIEL JAIME ESCOBAR BOTERO, quien aportó un documento que posteriormente fue incorporado al expediente. La parte convocante, solicitante de la prueba, desistió de la práctica de las declaraciones de los terceros MICHAEL DEL NIÑO JESÚS DE PRAGA VÉLEZ MORALES y JORGE IVÁN PASTOR ÁLVAREZ, que se habían decretado como prueba por el Tribunal.

Considera el Tribunal que el caudal probatorio en los términos en que fue decretada, admitida y practicada, goza de los requerimientos de ley para su apreciación y para su evaluación de conformidad con los artículos 243 y siguientes del C.G.P., entre otras disposiciones aplicables.

7. Los alegatos de conclusión.

Agotada la etapa probatoria, el 18 de septiembre de 2023 se realizó la audiencia de alegaciones, en la que únicamente intervino la parte convocante a través de apoderado judicial quien en su intervención oral refrendó la posición que planteó desde el comienzo del proceso con su demanda. La Convocante adicionalmente allegó un escrito en el que recogió sus alegaciones orales, el cual fue incorporado al expediente.

Debe advertirse que el Tribunal ha considerado, en su análisis del caso, los argumentos expuestos por la Parte Convocante en su alegación final, a cuyo contenido se remite, sin que sea necesario referenciarlos individual y detalladamente a lo largo de la motivación de la providencia.

Finalmente, el Tribunal tendrá en cuenta la previsión del artículo 280 del Código General del Proceso según la cual *"La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella"*.

CAPÍTULO II CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Los presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales, referidos a las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y se pueda decidir sobre el mérito de lo sometido a pronunciamiento judicial -justicia arbitral, en este caso-, están cumplidos a cabalidad.

En efecto, las partes son, por un lado, en el extremo activo, una persona natural, y por el otro, en el pasivo, una persona jurídica, cuya existencia y representación legal -en tratándose de la segunda- está acreditada en debida forma. Ambas personas ostentan capacidad tanto para ser parte como para comparecer al proceso, tal y como se verifica en las diferentes actuaciones.

También están legitimadas ambas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, incluso la Convocada que pasó de un estado de "en reorganización" a "liquidación", incluyendo su libertad contractual o autonomía privada dispositiva para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8º y 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; 8º y 13 de la Ley 1285 de 2009; 1º y 3º de la Ley 1563 de 2012). Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, comparecieron al proceso por intermedio de sus apoderados judiciales, debidamente constituidos¹.

La demanda arbitral se ajustó a las exigencias formales previstas en los artículos 82 y concordantes del Código General del Proceso, por lo que fue admitida en la oportunidad procesal correspondiente; el Tribunal se instaló legalmente; asumió competencia para juzgar en derecho las diferencias planteadas contenidas en ella; decretó y practicó pruebas -incluidas algunas por decisión de oficio-; garantizó el debido proceso a todas las partes en igualdad de condiciones; y efectuó en distintas etapas el control de legalidad del trámite, sin que se observara causa de nulidad o irregularidad de la actuación.

Se advierte en el plenario que el Tribunal es competente para decidir las diferencias por tratarse de asuntos litigiosos, discutidos e inciertos, de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción, y comprendidos en las materias respecto de las cuales las partes habilitaron al Tribunal para administrar justicia conforme al pacto arbitral estipulado en el contrato sobre el que versa la controversia.

¹ En relación con este último aspecto, en el expediente consta el hecho de la revocación del poder manifestada por el Liquidador -representante legal- de la Sociedad Convocada hacia el final del trámite, sin proveer la designación correspondiente, en circunstancias y con el alcance y efectos a los que se refirió el Tribunal en su momento.

Así las cosas, el Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del trámite arbitral, y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones normativas, sin que se advierta -valga reiterar- causal alguna de nulidad, lo que fue expuesto con reiteración en distintas etapas procesales, como lo ordena el artículo 132 del C.G.P.

En síntesis, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga aplicar el artículo 137 del C.G.P.², por lo cual resulta procedente decidir el mérito sobre la controversia sometida a arbitraje, reseñada en su contenido básico en diferentes apartes de esta providencia.

2. Delimitación de la controversia arbitral y marco conceptual de referencia.

2.1. Aspectos procesales.

2.1.1. El principio de la congruencia.

El inciso primero del artículo 281 del Código General del Proceso establece que *"La sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"*.

Esta regla es conocida como la congruencia o consonancia, *"por cuya fuerza el sentenciador tiene el deber de que su veredicto guarde coherencia con las pretensiones aducidas en el trámite judicial, los hechos que sirven de sustento a la causa petendi, y las excepciones invocadas por los demandados o que aparezcan acreditadas en el trámite"*³.

Dicho principio, por obvias razones, rige también el procedimiento arbitral, a tal punto que el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 establece la falta de congruencia como una de las causales del recurso de anulación.

Conforme a lo anterior, el Juez, incluyendo a los particulares en ejercicio de funciones jurisdiccionales en sede arbitral, por regla general está sometido de manera estricta a las pretensiones incoadas en la demanda. Al respecto, el reconocido tratadista nacional Hernán Fabio López Blanco manifestó: *"... se deduce, como regla técnica del sistema procesal civil, que la sentencia debe concordar con esas peticiones, de manera muy especial en lo tocante con las pretensiones de la demanda, porque, de ordinario y salvo contadas excepciones, el*

² El artículo 137 del Código General del Proceso establece: *"En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. (...)"*.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC2850 de 25 de octubre de 2022, rad. n° 2017-33358-01.

*juez no puede otorgar en una sentencia, cuando esta sea estimatoria de la demanda, más de lo pedido ni algo distinto, ni condenar por causa diferente a la invocada en ella (...)*⁴.

En el caso que ocupa la atención, este Tribunal de Arbitramento está sometido de manera estricta a las pretensiones de la demanda -la Convocada no contestó de manera oportuna la misma, por lo que no hay formulación de excepciones- que, recuérdese, son del siguiente tenor:

"PRIMERA: *Que se declare que la sociedad **PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.** es civil y contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con el Convocante el día 09 de mayo de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 28 de octubre de 2016, al no haber efectuado el pago en la forma pactada en el Contrato, no haber efectuado el registro de **HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ** como acreedor preferente en el Fideicomiso y no haber dado inicio al desarrollo del Proyecto Inmobiliario.*

"SEGUNDA: *Que, en virtud de lo anterior, se declare resuelto el Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con el Convocante el día 09 de mayo de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 28 de octubre de 2016.*

"TERCERA: *Que como consecuencia de la resolución del contrato se ordenen las restituciones mutuas, a favor de **HENRY ALONSO MADRID GOMEZ** la restitución del porcentaje del cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios en el **FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** que habían sido cedidos a favor de **PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.** en cumplimiento del Contrato sobre el cual se solicita la Resolución.*

"CUARTA: *Que se reconozca a **HENRY ALONSO MADRID GOMEZ** la suma de **CINCO MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$5.000.000.000)** correspondiente a la Cláusula Penal, establecida en el contrato, en su Cláusula **SEXTA**.*

"QUINTA: *Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada".*

Nótese cómo, a pesar de que en las pretensiones primera y segunda se solicita que se declare el incumplimiento del contrato objeto de la controversia y su consecuente resolución; en la pretensión tercera -de naturaleza consequential- se solicita "la restitución del porcentaje del cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios en el

⁴ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Parte General. Segunda Edición. 2019, página 667.

FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN que habían sido cedidos a favor de **PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.** en cumplimiento del Contrato sobre el cual se solicita la Resolución”.

Esa situación puntual lleva al Tribunal a la necesidad de determinar o precisar, a qué 50% de los derechos fiduciarios se refiere la Convocante en su demanda, máxime si en el proceso consta que el porcentaje de los derechos cedidos a PÓRTICOS respecto del Fideicomiso es superior al invocado en la pretensión referida.

Se evidencia allí un eventual escollo que corresponde solucionar con la finalidad de brindar certidumbre sobre el alcance del pedimento, ante el cual corresponde al fallador, luego del análisis integral de la demanda -y de las pruebas recaudadas a instancias del proceso si fuera el caso-, interpretar la misma con el fin de establecer cuál es la verdadera aspiración del accionante. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

“(…) la labor de interpretación de la demanda, desarrollada con el único propósito de descubrir la intención original de quien acude a la jurisdicción, el juez la podrá adelantar en la medida en que el libelo se lo permita sin desfigurar la realidad que por sí sola allí se patentice, esto es, en aquellos eventos en que al hacerlo no transforme la esencia de lo pedido ni de las circunstancias fácticas en que el demandante haya fundado esas súplicas; ya que, para expresarlo en sentido contrario, si el contenido integral del acto introductorio ostenta claridad y precisión meridianas o si, en cambio, su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el sentenciador no podrá más que sujetarse a la literalidad que le figure expuesta, con las consiguientes consecuencias para el promotor del proceso”⁵.

Así las cosas, conforme a los lineamientos jurisprudenciales reseñados, bajo la premisa señalada en punto a que el Juez está atado a las pretensiones de la demanda⁶, cuando se evidencie en las mismas algún tipo de oscuridad, duda o indeterminación, para cumplir su labor de decidir sobre la controversia de la que conoce puede acudir a la labor interpretativa para la que está facultado, pues no podría, al amparo de una dificultad de esa naturaleza, abstenerse de fallar en derecho.

⁵ Sala Civil, Sentencia del 16 de junio de 2006, rad. nº 13373.

⁶ Y correlativamente a las excepciones que frente a esta se propongan de forma oportuna, en este frente siguiendo las previsiones de los artículos 281 y 282 del CGP.

2.1.2. El asunto *sub-lite* en particular.

La controversia que ocupa la atención en el presente proceso está referida al contrato que las partes denominaron como "*PROMESA DE CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS Y OTROS ACUERDOS*", de fecha 9 DE MAYO DE 2015, celebrado entre HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como Promitente Cedente, y la sociedad PÓRTICOS como Promitente Cesionaria, el cual fue objeto de modificaciones y ajustes según Otrosí con fecha del 28 de octubre de 2016. El Tribunal se referirá a este negocio jurídico como "el Contrato", "el Contrato Matriz" o "el Contrato de Promesa Matriz"; y a su modificatorio, como el "Otrosí de octubre de 2016" o, simplemente, el "Otrosí".

Lo primero que cabe mencionar en este punto, y es un dato relevante, es el hecho que los derechos fiduciarios objeto del Contrato Matriz no figuraban a nombre del Promitente Cedente para el momento de su celebración, tal como lo reconoce su propio texto al decir que el aquí Convocante se obligaba a tener en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia la totalidad de los derechos⁷. En efecto, para el 9 de mayo de 2015, fecha de la suscripción del Contrato Matriz, tales derechos se encontraban radicados en la sociedad Caledonia S.A.S en liquidación.

Ahora bien y a pesar de que el Promitente Cedente en el Otrosí dijo ser el titular de los mismos⁸, es preciso mencionar, y no es un hecho de poca monta, que de las pruebas recaudadas en el proceso, no se probó tal condición. Para tal fin basta con reseñar los aspectos más significativos de la ejecución negocial, en la que intervienen los terceros que, en realidad, sí tenían tal calidad -las sociedades Sinestesia Publicidad S.A.S. y Cien por Ciento Constructores S.A. en Liquidación-, a las que les fueron adjudicados tales derechos en proporción de 50% a cada una, y fueron registradas como titulares de los mismos en septiembre de 2015, las que en esta providencia también se les mencionará como Sinestesia y Cien por Ciento, sociedades con las que se celebraron otros contratos, también denominados como de promesa de cesión de derechos fiduciarios, que luego se reseñarán, cuyo propio contenido y desarrollo están llamados a tener incidencia en la cuestión central que en este proceso es objeto de estudio y decisión.

Conforme a lo anterior, y especialmente con fundamento en la prueba documental arrojada al proceso, se pudo verificar que quienes transfirieron los derechos fiduciarios que hoy se encuentran en cabeza de PÓRTICOS, fueron personas jurídicas diferentes del Promitente Cedente.

Adicionalmente, y para hacer referencia por adelantado a una de las situaciones que se presenta en el proceso, es la prueba inequívoca de que la sociedad Inveremma S.A.S. -en

⁷ Confrontar cláusula primera del Contrato.

⁸ Confrontar cláusula primera del Otrosí.

adelante Inveremma-, quien hoy figura como sucesor de quien era titular de un 50% de los derechos del Fideicomiso -esto es Cien Por Ciento-, actualmente está adelantando un proceso ordinario de responsabilidad contractual⁹ en contra de PÓRTICOS, con fundamento en un contrato diferente al que es objeto de estudio del Tribunal, con el fin de recuperar la titularidad de la totalidad de los derechos que alega le corresponden en el Fideicomiso.

Así las cosas, el Tribunal parte de la base de que, si bien la coligación de contratos es válida y jurídicamente aceptada en nuestro ordenamiento, el hecho de que Inveremma en su condición de titular de un porcentaje de los derechos (parte de los cuales ya le había transferido a PÓRTICOS con fundamento en un contrato diferente celebrado el 30 de diciembre de 2015¹⁰ y que le fue cedido por Cien Por Ciento, titular inicial de tal 50% de los derechos) haya instaurado contra PÓRTICOS una reclamación judicial independiente a la que nos ocupa, encaminada a procurar la restitución de la porción de ese 50% que figura en cabeza de la aquí Convocada, conduce a señalar, inequívocamente, que la restitución de derechos pretendida en el presente proceso arbitral estaría referida y limitada, exclusivamente, a la cesión del 50% de los derechos fiduciarios que en su momento le hiciera Sinestesia -titular del otro 50% de los derechos en el Fideicomiso- también a PÓRTICOS.

Debe advertirse adicionalmente, que esa transferencia es consecuencia de otro negocio jurídico, también conexo al que nos ocupa, igualmente rotulado como contrato de promesa de cesión de derechos fiduciarios, celebrado entre Álvaro Zuluaga Giraldo como promitente cedente y HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como promitente cesionario, de fecha 8 de mayo de 2015¹¹. Dicho contrato tuvo por objeto el mencionado 50% de los derechos fiduciarios de que era titular Sinestesia, persona jurídica que, por esa razón, ratificó la mencionada promesa, asumiendo la calidad de promitente cedente en la misma, en los términos de que da cuenta el documento emitido el 12 de noviembre de 2015¹².

2.1.3. De los incumplimientos endilgados a Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. -hoy en Liquidación-.

Manifiesta el Convocante que, a pesar de que este cumplió con las obligaciones derivadas del Contrato, la Convocada incumplió con varias de las que tenía a su cargo, lo que debería dar lugar a su resolución y, consecuencialmente, a las restituciones mutuas -solo del 50% de los derechos-, en los términos ya referidos.

⁹ Confrontar documentos allegados por Inveremma a instancias de la prueba de oficio decretada por el Tribunal.

¹⁰ Contrato al que se hace expresa referencia en el Parágrafo Tercero de la Cláusula Segunda del Otro sí.

¹¹ Aportada al proceso por la Convocante a instancias de la audiencia de exhibición de documentos decretada de oficio por el Tribunal de Arbitramento.

¹² Aportada al proceso tanto por la Convocante como por la Convocada a instancias de la audiencia de exhibición de documentos decretada de oficio por el Tribunal de Arbitramento.

Ahora bien, tal y como se verifica del contenido de la demanda, y siguiendo los términos que allí se expresan, el Convocante le endilga tres incumplimientos a la Sociedad Convocada: (i) No haber efectuado el pago en la forma pactada en el contrato, (ii) No haber efectuado el registro de HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como acreedor preferente en el Fideicomiso, y (iii) No haber dado inicio al desarrollo del Proyecto Inmobiliario.

Así las cosas, y en cumplimiento del principio de congruencia al que se hizo referencia anteriormente, le corresponde al Tribunal tener en cuenta el marco concreto y específico de los cargos imputados como sustento de la acción resolutoria incoada, a efectos de establecer, sin perjuicio de las consideraciones conceptuales y de análisis de la relación contractual *sub examine* desde la perspectiva del contenido negocial, el comportamiento de las partes durante su ejecución y las pruebas allegadas al proceso, la existencia -o no- de los incumplimientos pregonados, y en caso afirmativo, si de ellos podría predicarse la entidad para ser resolutorios, pues sabido es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia enseña que no cualquier incumplimiento tiene la vocación de dar lugar a la resolución del contrato, asunto que se abordará más adelante .

Conviene reiterar, conforme a lo expuesto anteriormente, que el análisis de la responsabilidad civil por incumplimiento que se pide declarar debe hacerse en el marco de la aspiración restitutoria referida al 50% de los derechos fiduciarios que fueron cedidos por Sinestesia Publicidad S.A.S. a PÓRTICOS, y no respecto del otro 50%, cuyo titularidad estuvo en cabeza de Cien por Ciento Constructores S.A. -luego radicados en Inveremma S.A.S.-, como quiera que estos están vinculados a otro proceso judicial, respecto del cual este Tribunal no tiene competencia.

2.2. Aspectos sustanciales.

Establecida la caracterización del litigio que debe decidirse, identifica el Tribunal que, como marco teórico o conceptual para examinarlo, a la luz del principio de congruencia antes referido, resulta pertinente abordar una consideración básica de cada uno de los temas que pasa a reseñar.

2.2.1. El postulado de la autonomía de la voluntad privada.

Grandes tratadistas clásicos, desde Poitier, Josserand, Colin y Capitant, hasta Messineo, Henri León, Arturo Alessandri entre muchos otros, que han inspirado a los estudiosos del Derecho Civil -extensivo al Derecho Comercial-, han sostenido que la voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al Derecho. Tanto porque el Derecho es un producto social, regulador de la conducta humana, cuanto porque la voluntad de cada individuo en particular ha tenido siempre un valor preponderante, reconocido por el Derecho positivo.

La actitud del ordenamiento jurídico colombiano -como muchos otros- es de respeto a la iniciativa privada¹³, como lo sostiene el tratadista Fernando Hinestrosa, bajo la idea según la cual los efectos del acto dispositivo correspondan a cabalidad al propósito que se persigue con su celebración. El negocio jurídico es un acto de autonomía privada, jurídicamente relevante; es un acto de regulación de los propios intereses, respecto el cual la ley señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva. Y no hallando reparo, interpreta el comportamiento y el contenido negocial, es decir, lo ubica dentro del marco de las circunstancias en que se realizó, para a su vez asignarle los efectos que mejor correspondan a la determinación particular, sea catalogándolo dentro de alguno de los tipos contractuales reconocidos, o reconociéndolo bajo la modalidad de negocio atípico o innominado -también legítimo-. Suele admitirse que el negocio jurídico corresponderá a la naturaleza que impone o deriva de su contenido, por encima de la denominación o rotulación que eventualmente le hayan otorgado los contratantes.

El postulado de la autonomía de la voluntad debe verse holísticamente, desde su concepción constitucional, la cual nos obliga, por producto del régimen político económico que propugna por la protección de la propiedad privada (Constitución Política de 1991), a tenerla como uno de los pilares más importantes sobre el cual se erige la teoría del negocio jurídico y más concretamente la teoría genérica del contrato. Según ha dicho la Corte Constitucional, "(...) *es claro que la autonomía y la voluntad de las personas, es una de las más importantes conquistas del derecho constitucional moderno, ya que permite a las personas dentro de los límites impuestos por el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de los otros desarrollarse y construir un modelo de vida propio a través de sus decisiones y determinaciones, sin la injerencia o interferencia del estado en su órbita personal*"¹⁴.

En cuanto a los efectos que de ellos dimanen, se entiende y presume que los negocios jurídicos corresponden a la voluntad y por ende a los intereses de sus respectivos autores, quienes pueden adaptar la reglamentación de las disposiciones a la satisfacción de sus propios intereses, sin desconocer que su ejercicio es limitado, aún atenuado, o a veces ausente, bien la vigencia de normas imperativas, por razones de orden público o por consideraciones que atañen a la moralidad, la ética colectiva o las buenas costumbres.

La generación de los efectos del contrato supone y exige la concurrencia de los requisitos generales de existencia y validez señalados en el artículo 1502 del Código Civil, a cuyo tenor "*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. [] 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. [] 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. [] 4o.) que*

¹³ "Tratado de las Obligaciones II. El Negocio Jurídico", Universidad Externado, 2015, página 110 y ss.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-229 de 11 de mayo de 2016, exp. T-5.350.275. Al respecto, con carácter general, el primer inciso del artículo 333 de la Constitución Política, es del siguiente tenor: "*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...)*".

tenga una causa lícita". En este contexto, por la importancia que tiene en el caso sub-lite, ha de destacarse, adicionalmente, la previsión del artículo 1524, según el cual "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. [] Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

Esta noción de causa, que remite al *"motivo que induce al acto o contrato"*, que puede no ser necesariamente expresada por quienes intervienen en la celebración del negocio, ciertamente también puede serlo, incluso con características de especial relevancia, como ocurre -huelga repetir- en el contrato sobre el que versa la contienda arbitral.

Valga decir, también, que la voluntad que importa para la formación del consentimiento debe ser declarada -esto es, manifestada-, con el propósito de crear un vínculo jurídico, manifestación que, se presume, corresponde a la intención del sujeto que la exterioriza, cuestión relevante porque, como es conocido, si hubiere necesidad de interpretar las estipulaciones del contrato, la primera directriz normativa es la señalada en el artículo 1618 del Código Civil, por cuya virtud, *"conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*, en cuya puesta en práctica sirve de referente, entre otras pautas o reglas también de linaje legal,, la prevista en el inciso final del artículo 1622 *ibídem*, a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán *"por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra"*.

Lo que viene decirse se concreta, en el campo de la regulación legal, en el conocido artículo 1602 del Código Civil, a la luz del cual *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*, del que se desprenden los efectos inherentes al postulado de la autonomía de la voluntad que en él se consagra, alusivos a los principios de normatividad, relatividad y buena fe que se predicán de todo contrato -negocio jurídico- dotado de las condiciones generales de existencia y validez -eficacia- de las que se ha hecho la correspondiente mención.

No pasa desapercibida, entonces, la vigencia de la libertad contractual inmersa en el postulado en cuestión, que comprende para el sujeto, para empezar, la definición de si contrata o no, y en caso afirmativo, la prerrogativa de concertar los términos de su vinculación, entre muchas otras definiciones que dependen de su voluntad, sobre cuyo amplio espectro también ilustra el dicho jurisprudencial:

"Justamente, la autonomía privada en tanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien

dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad¹⁵.

En relación con el principio de normatividad, basta con reseñar que de lo que se trata es de destacar el carácter ciertamente vinculante de lo pactado -es ley para las partes, dice la norma-, soporte para afirmar, como enseña la doctrina, que "(...) *las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos el de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador*¹⁶.

El principio de relatividad, por su lado, apunto al enunciado que predica que, como se antoja natural, el contrato produce efectos únicamente entre las partes que lo celebran. Esta regla, ínsita en el mencionado artículo 1602 del Código Civil -el contrato es ley *"para los contratantes"*- se acompasa estrictamente con la esencia de la autonomía privada, que significa libertad de disponer de los intereses propios y presupone una libertad análoga de los otros sujetos, sin que por ello pueda entenderse en el sentido de que la eficacia contractual sea completamente irrelevante para los terceros; excepcionalmente, si se quiere ver así, el contrato puede estar llamado a influir en las situaciones jurídicas de sujetos extraños a él. Al decir de la jurisprudencia:

"El principio general dispone que las convenciones no perjudican ni provechan a terceros: res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest, decían los romanos; lo que nunca ha significado que no ejercen repercusión sobre los terceros, «sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero; esto es, que son impotentes para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria».¹⁷ Siendo el contrato una ley para las partes, el principio de la relatividad de los negocios jurídicos sólo significa que las partes carecen de facultad para hablar en nombre de otros o comprometer sus intereses cuando no están investidos de ninguna delegación

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011.

¹⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. Séptima Edición. Editorial Temis. Bogotá, 2005, página 306.

¹⁷ JOSSERAND, Louis. Derecho civil, t.II, vol. I. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires, Bosch, 1950. página 183.

o poder de representación. Pero ese postulado nunca ha querido decir que los efectos de los actos y contratos, o de su invalidación, no logren afectar derechos de terceros.

Para saber si las consecuencias de un negocio jurídico exceden el límite de las relaciones entre las partes que lo conforman, hay que distinguir entre los efectos que produce su celebración, cuyos derechos y obligaciones los contratantes no pueden desconocer; y los efectos de su cumplimiento o de su invalidación. De igual modo hay que diferenciar las diversas relaciones que pueden darse entre los no-contratantes y los contratantes; o reconocer su total ausencia de vínculos jurídicos.

Los no-contratantes pueden ser terceros absolutos (penitus extranei) o verdaderos terceros, que son jurídica y definitivamente ajenos a las partes contratantes; o terceros relativos, que no intervienen en la celebración del convenio pero con posterioridad sus intereses resultan afectados por las consecuencias que genera aquella relación jurídica-sustancial.

«En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntariedad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero».¹⁸ Sin embargo, esa condición de ajenidad puede cambiar en el curso del cumplimiento del negocio jurídico o después, involucrando los intereses de personas que no participaron en su conformación y que por ello adquieren la calidad de terceros relativos. Son terceros porque no celebraron el convenio, directamente o mediante representante; y son relativos porque más adelante quedan relacionados por sus efectos jurídicos.

«Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc. Son terceros absolutos (penitus extranei) todas las demás personas que no tienen ninguna relación con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta de ninguna manera, pues sus consecuencias jurídicas no los alcanzan en virtud

¹⁸ Raúl DIEZ DUARTE. La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Santiago de Chile, 1957. p. 64.

del principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico; o sea que carecen de todo interés en la causa».¹⁹

Los penitus extranei son los terceros verdaderos o absolutos, y para ellos está hecha la regla de la relatividad de los contratos, en la medida que ni los ha unido ni los unirá ninguna relación obligatoria con las partes contratantes. El convenio en el que no han participado, y en el que no han estado representados ni los beneficia ni los perjudica.

(...)

Así, por ejemplo, existen contratos cuyo radio de acción rebasa el límite personal de los contratantes, como ocurre con los contratos traslativos de propiedad o constitutivos de derechos reales, los cuales producen efectos con relación a todos (erga omnes), por lo que dejan de tener un valor relativo.

Lo anterior también se predica de los efectos, frente a terceros, del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Existen aún más particularidades cuando se trata de los efectos ex tunc y contra terceros de la invalidación de las convenciones privadas, situaciones en las cuales la regla que predomina no es la relatividad de los contratos, sino el retorno de las cosas al estado anterior por considerarse que el acto o negocio invalidado no existió en ningún momento, lo que repercute en cuantos derechos se constituyeron sobre la cosa a favor de terceros.

Esta regla, sintetizada en el aforismo resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis, empero, es tan general y radical que ni siquiera en el derecho romano justiniano se aplicó sin salvedades, por lo que es necesario señalar algunas trazas delimitantes²⁰.

En cuanto al principio de la buena fe, puede entenderse ella como la exigencia que se le hace a cada parte de un comportamiento leal y diligente frente a los intereses contractuales de su contraparte; se refiere, además, a honrar la palabra dada y los compromisos contractuales asumidos. Ha sido consagrada en multiplicidad de normas de rango legal entre ellas, centrado la atención en la esfera contractual -y sus relacionadas-, el artículo 1603 del

¹⁹ SC9184 del 28 de junio de 2017, rad. n° 11001-31-03-021-2009-00244-01.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC3201-2018 de 9 de agosto de 2018.

Código Civil²¹ y los artículos 863 y 871 del Código de Comercio²², sin perder de vista que dicho canon fue elevado además a rango constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991²³, por supuesto desarrollado en múltiples pronunciamientos de las altas corporaciones judiciales.

Así, por ejemplo, al decir de la Corte Constitucional, *"La buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada"*²⁴; y en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, aparece ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad"*²⁵.

En esta materia se puede decir que de tiempo atrás gozan de reconocimiento y aceptación varias aplicaciones o expresiones del principio de la buena fe, entre ellas la asociada al concepto de los denominados *deberes secundarios de conducta*, también conocidos como *deberes colaterales* o *deberes de protección*²⁶, y la que concierne a la aplicación, cuando así resulte pertinente, de la conocida *teoría de los actos propios*, la cual, si bien es cierto no cuenta con reconocimiento legal expreso en el ordenamiento jurídico, sí ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia²⁷.

De otra parte, aunque todavía en la esfera del postulado de la autonomía de la voluntad, pertinente se estima recordar que su ejercicio comporta -así, de alguna manera, se presume- la adecuada atención de las *cargas* que presupone y exige el ejercicio de la libertad contractual, las cuales, según se expresa en algún pronunciamiento proveniente de la justicia arbitral, *"imponen a los sujetos, en el ejercicio de su libertad de contratación y de auto-configuración de intereses legalmente protegida, unos deberes de actuación diligente,*

²¹ "Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a los 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".

²² En su orden: "Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen" y "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán 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".

²³ "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante ésta".

²⁴ Sentencia C-1194-08; también, Sentencias SU-039 de 1998 y T-793 de 2004.

²⁵ Sala Civil, Sentencia de 9 de agosto de 2000, rad. nº 11001-3103-012-1999-01957-01.

²⁶ Términos de este talante se aprecian en el artículo publicado por el profesor Arturo Solarte, "La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta", en la Revista Universitas No. 108 (diciembre de 2004), páginas 305 y 306.

²⁷ Por ejemplo, en pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia puede consultarse la Sentencia del 24 de enero de 2001, reiterada en Sentencia de agosto 5 de 2014.

enderezados a procurar un adecuado desenvolvimiento de la voluntad que exteriorizan, a partir de la certidumbre que deben procurar en todos los aspectos atinentes a la contratación, como la definición misma de celebrar el negocio jurídico, la escogencia de la modalidad contractual planteada para regir las relaciones convencionales, y el adecuado señalamiento de las estipulaciones vinculantes -en su contenido y alcance-, lo que sugiere y supone, seguramente con distintos énfasis según el perfil de los contratantes, desplegar la conducta mínima requerida para reflejar en forma nítida y conveniente los elementos fácticos y jurídicos cuyo carácter vinculante se quiere propiciar²⁸.

Estas cargas inherentes al ejercicio de la autonomía negocial reconocida consisten en conductas o comportamientos de distinto perfil, descritos con claridad en la doctrina²⁹, con inclusión, conforme se condensa en otro pronunciamiento de linaje arbitral, "de (i) la carga de legalidad, referida *'a la necesidad que le incumbe a la parte de utilizar medios idóneos para integrar el supuesto legal del negocio'*; (ii) la carga de claridad, en virtud de la cual *'debe el agente fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible el valor vinculante del negocio que pretende concluir, a fin de evitarse un daño a sí mismo o al destinatario'*" comprendiendo apreciaciones como la que precisa que el contratante *'debe cuidarse de las solemnidades y, en general, de la precisión en los términos, así vulgares como técnicos; empleo de palabras exactas para determinar el sentido de su querer, identificación adecuada del objeto contractual, etc.'*; (iii) la carga de sagacidad, entendida como *'la precisa delimitación de la situación de hecho que pretende verter sobre el molde negocial'*"; y (iv) la carga de conocimiento *'que versa 'sobre la necesidad que tiene el particular de conocer los efectos del negocio y de las circunstancias a las que el derecho enlace inducciones interpretativas, por ejemplo, el conocimiento de usos comerciales locales, consecuencias de formular una oferta, posibilidades de retractación de esta, indemnizaciones por incumplimiento, etc.'*"³⁰. Es razonable admitir que a mayor complejidad, en lo fáctico y/o en lo jurídico, del negocio jurídico en planes de formalización o de ejecución, mayor exigencia se concibe en relación con el acatamiento de las pautas asociadas al concepto de *cargas* que se acaba de resaltar.

2.2.2. De la coligación de contratos.

De otra parte, como fenómeno jurídico diferente, aunque de cierta manera vinculable al principio de la relatividad que ya reseñó el Tribunal, es el de la conexidad o coligación contractual, en cuyo reconocimiento y elaboración se destaca el aporte de la doctrina y la

²⁸ Laudo de 27 de julio de 2012, Tribunal Arbitral de Alicorp Colombia contra Helados Modernos de Colombia, Vardys y otros; en esta providencia se utiliza, sin hacer la distinción que en algunos escenarios jurídicos específicos procede, entre "*cargas*" y "*deberes*".

²⁹ CANCINO, Fernando. Estudios de derecho privado, Editorial Temis, páginas 47 y 48.

³⁰ Laudo de 7 de junio de 2022, Tribunal Arbitral de Petrodynamic Petroleum Services S.A.S. vs Frontera Energy Colombia Corp -Sucursal Colombia-.

jurisprudencia, con raigambre en el derecho italiano y el francés³¹. Tal reconocimiento y desarrollo responden a la evolución de las relaciones económicas, ante la magnitud y los requerimientos de los negocios cuya entidad y complejidad suben de tono con el paso del tiempo, pues en veces el intercambio patrimonial pretendido por los sujetos de derecho, y la obtención de su resultado, es imposible o más difícil de satisfacer desde el concepto del contrato unitario, que puede resultar estrecho para la obtención resultado querido, integralmente considerado.

En el derecho colombiano, desde 1938 la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la materia de la que se viene hablando³², con lo que denominó *uniones de contratos típicos*, en las que las distintas modalidades negociales tipo aparecen unidas exteriormente, incluso queridas como un todo. La intención de conexidad o coligación de los contratantes puede ser expresa o tácita, como resultado de las particulares circunstancias de las relaciones económicas y jurídicas existente entre ellos.

Sobre la figura en cuestión, cuyas virtudes no se discuten, hay que simultáneamente admitir que no está exenta de debate en varias de las facetas que involucra su propia configuración y su aplicación, pues, al final, de características muy variadas puede ser el tipo de unión, relación o conexión entre dos más negocios jurídicos, con posiciones doctrinarias y jurídicas no siempre uniformes, que será menester abordar en cada caso particular con base en la caracterización que al mismo pueda atribuirse. Como visión general, ilustra el pensamiento emanado de la Corte Suprema de Justicia, del que son expresión los siguientes apartes:

"(...) En términos simples, pluralidad de negocios jurídicos o contratos y relación, nexo o vínculo por su función y finalidad única perseguida, constituyen presupuestos necesarios de la coligación; cada contrato, empero, es diverso de los restantes, tiene sus propios elementos esenciales, sirve a una función práctica o económica social característica y su cohesión conduce no a otro, sino a la realización de una función única, realizable únicamente por su confluencia y el nexo o vínculo entre todos"³³.

[...]

"Los contratos coligados, aunque mantienen su autonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación

³¹ En Italia se le llama *collegamento contrattuale*-; en Francia, *groupes de contrats*.

³² Sala Civil, Sentencia de 31 de mayo de 1938, G.J., t. XLVI, págs. 670 y 671.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de julio de 2009, Expediente 05001-3103-009-2002-00099-01; Sentencia 25 de septiembre de 2007, Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01, "[...] pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez".

económica pretendida por las partes, de tal suerte que las contingencias de alguno pueden repercutir en los otros.

De ese modo, es claro que los eventos genuinamente constitutivos de contratos coligados demandan un nexo o unión entre la finalidad y función de los distintos acuerdos con relevancia jurídica, de tal suerte que uno de ellos repercute sobre otro o respecto de todos, aunque también se puede presentar en el sentido de que dicha influencia sea recíproca, o bien, puede derivarse de un concurso simultáneo o de una secuencia de actos dispuestos en orden cronológico.

En ese tipo de eventos, el aspecto distintivo es que los diferentes contratos se unen, esto es, se relacionan como un todo; sin embargo, no puede confundirse el fenómeno de la coligación contractual con la existencia de varios contratos, entre las mismas partes, o con la presencia de varios actos jurídicos en el mismo documento; pues, lo trascendente, se reitera, no es el número de convenios, ni el número de textos, sino el número de causas que atan las varias convenciones con un objetivo común o interrelacionado, teleología que debe brotar evidente para mirar el negocio, con pluralidad de contratos, como uno solo³⁴.

[...]

"(...) la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio.

Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva.

Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC5690-2018 de 19 de diciembre de 2018, Radicación n° 11001-31-03-032-2008-00635-01.

Por eso bien se ha dicho que 'Es necesario observar que el coligamento funcional comporta la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación''³⁵.

Como se verá con mayor detalle, algo de unión, conexión o coligación contractual se presenta en el caso bajo examen, por cuenta de la forma de ejecución del Contrato Matriz, a lo que, en su existencia material y sus repercusiones jurídicas, tendrá que referirse el Tribunal.

2.2.3. La responsabilidad civil contractual por incumplimiento.

Ninguna duda existe en relación con la naturaleza de la controversia planteada para decisión arbitral, que se ubica en el campo de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual (pretensión primera), con énfasis en la aspiración de declaración de resolución, en razón de los incumplimientos pregonados, del negocio jurídico contrato sobre el que versa el litigio, vale decir, el denominado Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios de fecha 9 de mayo de 2015, modificado mediante Otrosí del 28 de octubre de 2016 (pretensión segunda), para derivar como consecuencia de ello las "*restituciones mutuas*" correspondientes, que según la demanda se circunscriben al "*cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios en el FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN que habían sido cedidos a PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.*" en cumplimiento del referido contrato (pretensión tercera), a lo que se agrega la petición de reconocimiento a favor del Convocante de la "Cláusula Penal" estipulada en el mismo Contrato (pretensión cuarta).

En este punto, el Tribunal trae a colación que para el caso que ocupa su atención, el concepto de "responsabilidad civil" pretendido en los términos en que se solicita en la demanda, está asociado en general a las consecuencias del incumplimiento, y no puntualmente a la obligación resarcitoria que pudiera surgir en cabeza del deudor incumplido.

En este orden de ideas, estima el Tribunal que se justifica rememorar los lineamientos centrales aplicables, en el terreno de lo conceptual y abstracto, en esa materia de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento, desde luego centrando la atención en

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp. 11001-31-03-027-2000-00528-01.

aquellos aspectos específicos de mayor relevancia de cara a las circunstancias fácticas y jurídicas particulares del contrato *sub-examine*.

La responsabilidad civil contractual ha sido concebida, conforme a la aclaración efectuada anteriormente, según descripción acogida en la jurisprudencia, como *"aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación cuyo origen es un contrato válido"*³⁶, a partir de la cual ha señalado, de tiempo atrás, los elementos requeridos para estructurarla en términos generalmente coincidentes en lo material, aunque no desprovistos de variantes en su presentación formal.

A manera de ilustración general, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil contractual se requiere *"(...) La existencia de un contrato válidamente celebrado, la lesión o menoscabo que ha sufrido el demandante en su patrimonio y la relación de causalidad entre el incumplimiento imputado al demandado y el daño causado (...)"*³⁷, o, en enunciado de mayor extensión, *"(...) i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)"* (CSJ SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01)³⁸.

A continuación, entonces, conviene destacar algunas reflexiones puntuales sobre dos de los elementos configuradores descritos, extractadas de lo que profusamente puede decirse de ellos, centrando la atención -valga repetir- en aquellos aspectos que tienen relevancia directa en función de las particularidades del caso que se examina.

2.2.3.1. La existencia de un contrato válido.

En primer lugar, tiene sentido mencionar, como premisa lógica, la necesidad de existencia de un *contrato válido*, pues es el reconocimiento legal de dicho instrumento jurídico como fuente de las obligaciones³⁹ cuya declaración de incumplimiento se reclama, expresión del postulado de la voluntad al que se ha hecho referencia, lo que legitima la reacción del

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC038-2015 de febrero 2 de 2015, rad. nº 11001 31 03 019 2009 00298 01.

³⁷ Sala Civil, Sentencia de 27 de marzo de 2003, expediente C-6879.

³⁸ Sala Civil, Sentencia SC5170 de 3 de diciembre de 2018, rad. nº 11001-31-03-020-2006-00497-01.

³⁹ Así lo menciona expresamente el artículo 1494 del Código Civil.

ordenamiento jurídico cuando se presenta el escenario de desatención o no cabal atención del contenido prestacional derivado del mismo.

Estima el Tribunal que la expresión *contrato válido* ha de entenderse con el alcance amplio que se asocia a la idea jurídica de *contrato eficaz*, lo que supone descartar, por lo menos para el caso que ocupa la atención, las hipótesis que pueden resultar de la aplicación o verificación de las consecuencias jurídicas de figuras asociadas al negocio jurídico como la inexistencia, la nulidad y la ineficacia de pleno derecho de distintas maneras consagradas en el ordenamiento patrio (artículos 1502 y 1740 -y siguientes- del Código Civil, y 897 -y siguientes- del Código de Comercio), con aval doctrinario y jurisprudencial que no es necesario desarrollar en esta providencia.

Como la afirma la jurisprudencia, las reglas de la responsabilidad contractual, entendido en sentido amplio, como se afirmó en líneas anteriores, se aplican "*para regular el contenido indemnizatorio de una obligación incumplida previamente nacida de un contrato válido y plenamente eficaz, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil*"⁴⁰.

La presencia de esa connotación de *contrato eficaz*, entendida como la posibilidad real de generación de sus efectos, debe predicarse, como es apenas natural, no solamente desde el momento mismo de la celebración del negocio jurídico de que se trate, pues ello constituye el sustento del carácter vinculante de las obligaciones nacidas del mismo, sino que, a juicio del Tribunal, debe proyectarse en el tiempo, de modo que tenga permanencia como soporte de la generación de tales efectos vinculantes mientras el contrato tenga vida, consideración que remite al tema de la finalización, terminación o extinción del negocio jurídico correspondiente, cuestión de la que en apartado siguiente se ocupará esta providencia.

2.2.3.2. El incumplimiento obligacional.

En segundo término, agrupando la mención de las exigencias restantes, se requiere la presencia de un incumplimiento obligacional, el cual admite distintas formas o modalidades, a saber, la *inejecución* -total o parcial-, la *ejecución defectuosa o imperfecta* y el simple *retardo*, según enseña el artículo 1613 del Código Civil, cualquiera de las cuales, unida a la existencia del factor de atribución de responsabilidad que corresponda -de linaje subjetivo u objetivo según el caso⁴¹-, tiene virtualidad para producir consecuencias patrimoniales en

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 12 de agosto de dos 2002, Exp. N° 6151.

⁴¹ En lo atinente a la concurrencia del factor de atribución de responsabilidad, es sabido que nuestro ordenamiento admite, además de la orientación que pregona la vigencia del criterio subjetivo (involucra el dolo o la culpa del deudor), la aplicación del criterio objetivo (prescinde de considerar el dolo y la culpa del deudor como exigencia) para muy variados eventos; por ejemplo, no debe perderse de vista que el factor subjetivo de atribución de responsabilidad no aplica, para citar una hipótesis relevante en este proceso por cuenta de algunas de las pretensiones incoadas, en tratándose de meras obligaciones de dinero.

cabeza del deudor y a favor del acreedor, específicamente en el campo del derecho de este a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento -es la exigencia relativa al nexo causal-, la misma que a voces del recién citado artículo 1613 puede comprender "*el daño emergente y lucro cesante*", todo bajo el entendido que, como es sabido, cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios la regla general indica que al actor le corresponde demostrar la existencia y el monto de los que reclama, con destacadas excepciones, una de ellas, la asociada a los eventos en que se ha pactado *cláusula penal*, hipótesis que, sólo en el evento de que llegue a concluirse afirmativamente respecto de la responsabilidad por incumplimiento deprecada, habría que abordar, considerando la previsión que bajo tal rótulo -cláusula penal- se plasmó en cláusula décima primera del Contrato, a partir de las distintas funciones que, en la doctrina y la jurisprudencia, suelen reconocérsele, vale decir, indemnizatoria, de apremio y/o de garantía, con base en la regulación consagrada en el artículo 1592 y siguientes del Código Civil, armonizado con el precepto 867 del Código de Comercio.

Por supuesto, bien conocida es la vigencia de la llamada condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, también registrada, con alguna variante terminológica, en el artículo 870 del Código de Comercio-, en virtud de los cuales, en su orden, "*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*", caso en el cual, agrega la misma norma, "*podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios*", y "*En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios*".

Con prescindencia de la referenciación de otros tópicos asociados a esta regulación normativa, conviene recordar que, con razón, la jurisprudencia reiteradamente ha precisado que no toda desatención prestacional tiene virtualidad para abrir paso a los mencionados escenarios de resolución o terminación, de modo tal que sólo los incumplimientos significativos -graves o esenciales- están llamados a producir tan honda consecuencia en el tráfico jurídico. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, expresadas con reiteración en pronunciamientos diferentes:

"Es decir, es bien sabido que la expresión incumplimiento tiene un significado técnico preciso en derecho, en cuanto que con ella se hace referencia a la desatención por parte del deudor de sus deberes de prestación, que tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor; se alude, igualmente, incluso a nivel legal, a diversas formas de incumplimiento, ya sea total y definitivo, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial o retardo (arts. 1613 y 1614 del C.C.). Sin embargo no toda separación por parte del deudor respecto del 'programa obligacional' previamente establecido, permite poner en

funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual-, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato.

En el contexto que se ha precisado anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que en esta materia resulta pertinente distinguir, entonces, si la obligación insatisfecha es una obligación principal o simplemente accesorio, o también si el incumplimiento es definitivo o apenas parcial o transitorio, y, en todo caso, analizar la trascendencia, importancia o gravedad del incumplimiento⁴², determinadas tales circunstancias, entre otros criterios, por lo que las partes hayan convenido, por la afectación que se haya presentado en el interés del acreedor en el mantenimiento de la relación, por la frustración del fin práctico perseguido con el contrato –en la que se incluye la inobservancia de un término esencial-, o, en fin, por el impacto que se haya podido generar en la economía del contrato.

6.2. La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a considerar la gravedad del incumplimiento como elemento que se debe tener en cuenta para definir la prosperidad de la pretensión resolutoria. Así, por ejemplo, en sentencia del 11 de septiembre de 1984, la Corte señaló que '[e]n rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra' (...). Y en esa misma providencia se señaló que la gravedad del incumplimiento debe ser analizada de manera específica según el asunto particular objeto de estudio, para lo cual '[s]e impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial; la renuencia del acreedor a recibir el saldo; el propósito serio de pagar lo que el

⁴² El artículo 1455 del Código Civil italiano establece que “[e]l contrato no puede resolverse si el incumplimiento de una de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra”. En sentido semejante el canon 325 del Código Civil alemán. Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, De las obligaciones. Págs. 178 y 179. Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Volumen II. Pág. 153. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1999. En el mismo sentido para el derecho español, Díez Picazo, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Pág. 710. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

deudor mantuvo siempre; la aceptación del acreedor a recibir pagos parciales por fuera de los plazos estipulados y su exigencia de interés por esa mora que él consintió, etc.⁴³.

(...)

6.4. Como se puede observar, la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido- se pueda considerar esencial, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato. Contrario sensu, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un incumplimiento resolutorio, criterios como la equidad o la prevención del abuso del derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia.

Lo anteriormente señalado, sin perjuicio de que, en otros supuestos de hecho, la aceptación del acreedor respecto del pago tardío realizado por el deudor, pueda ser válidamente considerada como una "subsanción" o "purga" del incumplimiento –o de la mora, en su caso-, o, incluso, como una renuncia tácita a la facultad de resolver el contrato".

[...]

"(...) el incumplimiento ha de revestir entidad y trascendencia. La infracción debe ser significativa al programa negocial, de tal forma que sea lo suficientemente grave o, sea de carácter esencial, que rompa la simetría contractual, puesto que la prestación de un contratante, pende del cumplimiento del otro; esto es, a manera de ejemplo: 1) Cuando afecta y hace imposible sustancialmente la satisfacción de los intereses o finalidades del contratante cumplido; 2) Cuando las partes previeron en el programa contractual en forma expresa, concreta y

⁴³ G.J., CLXXVI, p. 247.

específica obligaciones esenciales y determinantes para la ejecución del contrato y estas son infringidas; 3) Cuando por causa del incumplimiento no existen razones, indicios, inferencias que permitan al acreedor confiar que el deudor incumplido no podrá hacia el futuro subsanar o cumplir las obligaciones desatendidas, y por tanto, el deudor no tendrá interés en conservar el negocio; 4) Cuando se transforma en irreversible la economía negocial del contratante incumplido; 5) Cuando se evidencia mala fe o fraude en el comportamiento contractual del incumplido; entre otras muchas circunstancias”⁴⁴.

Es claro, entonces, que la procedencia del remedio resolutorio está condicionada a la verificación de diversas exigencias, una de ellas relativa a la entidad, importancia o gravedad del incumplimiento, como se anotó, de modo tal que sólo los incumplimientos esenciales, graves y relevantes autorizarán la declaración judicial de resolución -o terminación- de un contrato, consideración que involucra la existencia de una especie de nexo causal entre el incumplimiento que se imputa y el efecto que produce en el campo *"de los intereses o finalidades del contratante cumplido"*, situación que lleva implícita la idea de que no medien circunstancias de otra índole -no incumplimiento obligacional- con virtualidad para generar la frustración del resultado perseguido con la celebración del negocio jurídico, en particular cunado ha sido destacado -y hasta regulado- expresamente por los contratantes al manifestar su consentimiento, escenario al que ya se refirió el Tribunal en renglones precedentes, y sobre el cual volverá después de examinar el contenido negocial relevante del contrato sobre el que versa la controversia arbitral.

2.2.4. De la carga de la prueba.

Por último, el Tribunal estima pertinente hacer alguna alusión a la cuestión probatoria, cuyos referentes normativos se ubican en (i) el artículo 164 del Código General del Proceso, en virtud del cual *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*; (ii) el artículo 167 *ibídem*, que en relación con la *"Carga de la prueba"*⁴⁵ consagra, en su primer inciso, la regla clásica según la cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*⁴⁶; y (iii) el artículo 176 del mismo ordenamiento, que consagra la pauta cardinal de obligatoria observancia por el operador judicial según la cual *"Las pruebas deberán ser*

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencias 9616 de 18 de diciembre de 2009 y SC1690 de 2 de junio de 2022.

⁴⁵ Según la doctrina autorizada, *"La carga de la prueba es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos"* (Parra Quijano, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2009).

⁴⁶ No excluyen, en el plano de lo abstracto, de la posibilidad de aplicación de la preceptiva incluida en el segundo inciso de la misma disposición, que da cuenta de lo que suele identificarse como la *carga dinámica de la prueba*, hipótesis no particularmente relevante en este proceso.

*apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*⁴⁷.

Desde la perspectiva específica de la prueba de las obligaciones, las disposiciones recién referidas deben acompasarse con la previsión del artículo 1757 del Código Civil, según el cual *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*⁴⁸, contenido normativo que traza una directriz general lógica y útil, que ubica en el acreedor que reclama el derecho, la carga de demostrar la existencia de la obligación, y en el deudor que alega ausencia de responsabilidad, la de acreditar la causal o motivo de extinción que comporta la exoneración correspondiente, a lo que han de agregarse modulaciones específicas en función de variables particulares como las que derivan de la caracterización de algunas clasificaciones de las obligaciones como la que -por vía de doctrina y jurisprudencia- distingue la existencia de las *obligaciones de medio* y *obligaciones de resultado*.

A la luz de los parámetros normativos expuestos se examinará, en lo pertinente, el caso *sub-lite*.

2.2.4. La finalización o extinción de los contratos.

Como ya quedó reseñado en acápite anterior, el artículo 1602 del Código Civil, tras señalar que *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes"*, agrega, con coherencia en razón del carácter vinculante del negocio formalizado, que *"no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. En esa línea, la jurisprudencia advierte que *"(...) si bien toda relación contractual vincula vigorosamente a sus participantes, no es óbice para que la convención celebrada quede sin efectos, ora por el acuerdo de las partes, ya por los motivos previstos en la ley"*⁴⁹.

En este orden de ideas, considera el Tribunal que se puede afirmar, de la mano de doctrina autorizada⁵⁰, que *"El contrato puede terminar de dos maneras: por su extinción natural, pues se han cumplido todas las obligaciones y ya no da lugar a otra entre las partes, y por la llamada disolución, en que el contrato deja de producir sus efectos normales sin que hayan tenido lugar todos ellos"*; se ha de entender, entonces, que *"En el primer caso [extinción natural], ha operado algún modo de extinguir las obligaciones, que normalmente será el pago o cumplimiento, o alguno de los que le equivalen, como dación en pago, compensación, etc."*; y que, en directa alusión al segundo evento, *"Cuando se habla de*

⁴⁷ Artículo 167 del Código General del Proceso.

⁴⁸ Artículo 1757 del Código Civil.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 14 de agosto de 2007, Exp. 08834-01.

⁵⁰ ABELIUK MANASEVICH, René. LAS OBLIGACIONES, -Tomo I-, Editorial Temis S.A. – Editorial Jurídica de Chile, página 142. Es sabido que el artículo 1602 del Código Civil Colombiano tiene el mismo texto del artículo 1545 del Código Civil Chileno, su antecedente inmediato.

disolución, se está refiriendo justamente a los casos en que las obligaciones se extinguen por modos que no equivalen al pago, o sea, ya no se cumplen íntegramente las obligaciones contraídas, o dejan de generarse para el futuro nuevos efectos”.

Ya ubicados en el escenario así concebido y descrito, con significado amplio, de *disolución*, indiscutible resulta la posibilidad, advertida en el precepto rector reseñado, de causales de origen convencional y de origen legal.

Las causales de índole legal por supuesto encuentran manantial en la norma jurídica, sin que en el ordenamiento colombiano se evidencie una consagración y regulación sistemática de ellas, lo que abre amplio espacio a su consideración -no siempre uniforme- en la doctrina y en la jurisprudencia, ámbitos en los cuales suelen mencionarse como tales la *revocación* -voluntaria o judicial- y las llamadas *modalidades extintivas o resolutorias*, que tienen virtualidad para habilitar el finiquito negocial por vencimiento del plazo o acaecimiento de la condición, en el entendido de que se trata de "*modalidades que no solamente afectan los derechos y las obligaciones concretos, sino que también pueden obrar generalmente sobre toda la eficacia de los actos jurídicos y aun de la ley, cuando esta las erige en presupuestos para su aplicación*"⁵¹.

En este contexto es necesario destacar, porque corresponde al eje esencial del *petitum* de la demanda, la existencia de la conocida condición resolutoria envuelta en los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del Código Civil -y con alguna variante terminológica en el artículo 870 del Código de Comercio-, a la que ya se refirió el Tribunal. Se trata, como inequívocamente se advierte en los textos legales de un caso específico en el que, mediando incumplimiento obligacional de una de las partes, la otra puede optar por acudir al aparato judicial para solicitar la declaración de resolución o el cumplimiento del contrato que sirve de fuente al contenido prestacional, con las consecuencias que ello comporta, y además con derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que se causaren como consecuencia del incumplimiento.

No sobra precisar que, tal y como lo ha señalado en numerosas ocasiones la doctrina, conceptualmente se admite distinguir entre la *resolución* del contrato y la *terminación* del mismo, correctamente señalada en el artículo 870 del Código de Comercio, por cuanto "*Técnicamente se habla de resolución cuando el contrato incumplido es de ejecución instantánea y la correspondiente declaración judicial tiene efectos retroactivos o ex tunc aniquilando los efectos del acto jurídico como si este no hubiera existido, devolviendo las cosas al estado anterior a su celebración*"; al paso que "(...) se hace referencia a 'terminación' cuando el incumplimiento afecta un contrato de ejecución sucesiva. Las prestaciones cumplidas antes de la declaración judicial se consolidan en el patrimonio de las

⁵¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS, Editorial Temis, segunda edición, página 554.

*partes; a partir de la sentencia el vínculo contractual pierde efecto hacia futuro o ex nunc*⁵². Y en similares términos se ha pronunciado la jurisprudencia señalando que *"...la resolución se predica de aquellos contratos cuyos efectos son susceptibles de destruirse retroactivamente, hasta el punto de dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del acuerdo disuelto- efectos ex tunc- y, contrario sensu, la terminación se encuentra reservada para aquellos contratos con prestaciones de ejecución periódico, sucesiva o continuada, también llamados co-contratos de duración, pues precisamente, dada la ejecución de obligaciones en el tiempo y su aprovechamiento por el acreedor, no resulta posible deshacerlas respecto del pasado sino solo hacia el porvenir- efectos ex nunc- o en otras palabras, ellas adquieren plena firmeza con ocasión de su autonomía y consolidación jurídica y económica, que se van dando a lo largo del tiempo"*⁵³.

De otro lado, se admite sin discusión, la posibilidad de extinción de la relación jurídica contractual por acuerdo de las partes -causas de origen convencional-, que se inspira en la posibilidad que tienen los propios contratantes, en aplicación de la prerrogativa de autorregulación propia del postulado de la autonomía de la voluntad dentro de los límites y parámetros de comportamiento también reseñados, de acordar la finalización del negocio jurídico como hecho sobreviniente a su celebración, o de pactar *ab initio* eventos o circunstancias cuya ocurrencia sobreviniente, en caso de darse, conducen o pueden conducir, de distintas manera o bajo diferentes aproximaciones en los términos de la respectiva estipulación, a la extinción del acto jurídico, poniendo fin a la producción de sus efectos.

Es posible convenir, como ocurrió en el asunto *sub-lite*, que la ocurrencia de determinados hechos o situaciones sobrevivientes pudieran desembocar en el decaimiento o desaparición de los efectos del contrato celebrado, por la vía de la inclusión de condiciones resolutorias de origen convencional o tipificación de desistimiento unilateral o recíproco, o formas de expresión similares o equivalentes, en todos los casos caracterizadas por mostrar una recíproca voluntad de afectación de la eficacia material del negocio jurídico formalizado.

Por la relevancia que tiene en el caso que se examina, pertinente resulta evocar la importancia que puede llegar a tener, en la materia que se considera, la *causa* del contrato, entendida, tal como la consagra -recuérdese- el artículo 1524 del Código Civil, como *"(...) el motivo que induce al acto o contrato"*, especialmente cuando las partes la incorporan expresa y directamente al consentimiento que exteriorizan para dar vida al negocio jurídico; aunque como motivo determinante de la voluntad, la causa precede al consentimiento, nada se opone a que, por designio de quienes celebran el acto jurídico, la incorporen al consentimiento mismo, precisamente en función de la explícita importancia que quieren y

⁵² CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. "El Patrimonio como Prenda General y los Derechos de los Acreedores". En: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo II, Volumen 1, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Editorial Temis, 2010; p. 456.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 26 de agosto de 2011.

deciden otorgarle. Y cuando esta situación se presenta -la inclusión expresa de la causa en el contrato-, estima el Tribunal que en el terreno de la extinción de los efectos del contrato por motivos de estirpe convencional, en razón de la ocurrencia de hechos sobrevinientes a su celebración, la frustración de esa causa tiene virtualidad para configurar la frustración del contrato, con las consecuencias que de ello pueden derivar en punto al aniquilamiento de la eficacia del negocio jurídico -entendida en el sentido anotado, no como sanción al acto jurídico afectado por condiciones de existencia y validez- en el que se presenta tal situación.

Sobre la figura de la frustración del contrato, referido a ese concepto de ineficacia, que se insiste, no es la sanción jurídica asociada a las condiciones de existencia y validez, ilustra el pensamiento doctrinal que a continuación se reseña en los extractos que se estiman conducentes, sin perjuicio de advertir sobre la necesaria modulación que siempre es conveniente hacer en función de las circunstancias particulares de cada caso en que se considere su aplicación:

"La definición misma de frustración evoca la idea de que se ha malogrado un intento, una expectativa, una finalidad, un propósito.

De allí que podamos afirmar que un capítulo inherente a la frustración del contrato es el referido a la concepción de causa-fin entendida como móvil o como impulso determinante del acto.

(...)

Enrolados en la tesis 'subjetivista', la que conceptualiza la causa como el motivo determinante (móvil) e individual, que impulse a las partes a concluir el contrato, queda despejado un tramo, al extremo que podemos afirmar que cuando sostenemos la posibilidad de declarar ineficaz un negocio por 'frustración del fin del contrato', se debe entender por 'fin' o 'finalidad' el tenido en vista por las partes, el considerado como resultado pretendido o aspirado por ambas o por una sola de ellas, siempre y cuando haya sido manifestado a la otra, expresa o tácitamente, generando la posibilidad de que lo conozca.

Esa finalidad debe ser esencial, interpretado ello en el sentido de que, de no alcanzársela, la parte que contrató en consideración a ese resultado, ve malogrado su interés negocial. Y como consecuencia de ello, el contrato pierde su razón de seguir subsistiendo; la utilidad esperada (expectativa de crédito) se ha 'frustrado'.

En suma, frustración del 'fin', tal como ha quedado enunciado precedentemente, equivale a expresar frustración de la causa, de suerte tal que 'frustración del fin

del contrato' y 'frustración de la causa del contrato', son expresiones intercambiables.

Lo expresado significa que la imposibilidad de alcanzar el fin del contrato, constituye un supuesto de hecho (hipótesis) que, por eliminar todo interés computable en la esfera patrimonial de quien se ve privado de su legítima y razonable expectativa, conlleva como efecto la ineficacia del contrato.

(...)

Para que se configure la frustración del contrato, se hace necesaria la confluencia de ciertos presupuestos que pasamos a enunciar:

3. Es menester que la causa (motivo determinante) del contrato, la que luego se malogra, haya sido manifestada, expresa o tácitamente (que se deduzca de la 'naturaleza del negocio', que se 'sobreentienda').

5. Se hace preciso que la 'alteración de las circunstancias' que suponen la frustración del contrato, no se haya operado por' culpa ni por' mora de quien la invoque.

6. Consecuentemente, que la finalidad, esencial en la determinación de quien ha contratado en consideración a ella, no se haya malogrado sino por razones externas y ajenas a la voluntad de las partes y sobrevinientes a la conclusión del contrato⁵⁴.

Debe precisar el Tribunal que, en abstracto, discutible resulta afianzar el planteamiento de que la sola desaparición de la causa -sobre todo cuando no ha sido dada a conocer por la(s) parte(s) del contrato- tenga virtualidad para, con certidumbre, sustentar la configuración de extinción de la relación negocial -que además en principio requeriría declaración judicial-, al igual que discutible se aprecia sostener el mismo resultado a partir de la tesis de la frustración misma del contrato, separadamente considerada; en tales hipótesis, necesariamente el examen de las circunstancias fácticas del caso concreto orientará las conclusiones en punto a la virtualidad de otorgar efectos extintivos a las hipótesis mencionadas.

Pero, en concreto, de otro talante es la situación cuando las partes expresa y recíprocamente dan a conocer, como componente de la voluntad que manifiestan, el(los) motivo(s) determinantes(s) de esa exteriorización de voluntad, y regulan, también como parte del contenido negocial en que consienten en las consecuencias de la eventual frustración de la

⁵⁴ STIGLITZ, Rubén S. OBJETO, CAUSA Y FRUSTACIÓN DEL CONTRATO, Ediciones Depalma, páginas 1 y 21 a 25.

finalidad perseguida con la celebración del negocio, que comporta la frustración de la causa que lo precedió. Así, como se verá enseguida, ocurre en el caso *sub-lite*.

De nuevo, los parámetros normativos expuestos, con su desarrollo doctrinario y jurisprudencial, servirán para el análisis, en lo pertinente, el asunto bajo examen.

3. La relación contractual objeto de la controversia: naturaleza jurídica, contenido y ejecución.

3.1. El denominado Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios.

Imperativo referente de consideración en todo debate de responsabilidad contractual, bajo la óptica ya antes referida, lo constituye el contenido prestacional vertido en el acto jurídico sobre el que se controvierte, por lo que el Tribunal, en los párrafos que siguen, hará una breve reseña sobre ese particular, referenciando primero los aspectos relevantes del clausulado inicial, y luego, haciendo lo propio en relación con el otrosí modificatorio formalizado varios meses después de la suscripción del texto primigenio. En uno y otro caso hará las menciones básicas que estima pertinentes, sin perjuicio de también hacer las referencias complementarias en acápite posterior, al adentrarse en el señalamiento de análisis conclusivo de la controversia.

3.1.1. Contenido inicial.

Tal y como se indicó anteriormente, el negocio jurídico sobre el que versa la controversia arbitral que mediante el presente Laudo se decide, aparece rotulado como "PROMESA DE CESIÓN DE DERECHOS FIDUCIARIOS", celebrado con fecha 9 de mayo de 2015 entre HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como Promitente Cedente y la sociedad PÓRTICOS S.A. como Promitente Cesionaria, cuyo objeto, según se advierte en la cláusula primera, está referido a la *transferencia*⁵⁵ de la totalidad de los derechos fiduciarios del Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia.

En el dicho de la referida cláusula primera se señala que el objeto del negocio que se formaliza atañe a unos derechos de los que el Promitente Cedente no era titular, a tal punto que en el subsiguiente párrafo primero de la cláusula segunda se deja sometida la promesa a la condición de que el mencionado MADRID GÓMEZ concretara las negociaciones que tenía adelantadas con los titulares de los derechos fiduciarios que se comprometía a ceder, las cuales están referidas a otros contratos que, de alguna manera, resultan

⁵⁵ En la cláusula primera del Contrato textualmente se dice que "LA PROMITENTE CEDENTE se obliga a transferir en favor de LA PROMITENTE CESIONARIA, a título oneroso, LA TOTALIDAD DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS que la primera se obliga a tener (...)".

relacionados o conexos con el Contrato Matriz, conforme se puntualizará en este y en apartado siguiente de esta providencia.

Además de definir el objeto, las partes incluyeron de manera expresa, en el párrafo de la misma cláusula primera, la mención de la *causa* principal que las llevó a contratar, que no era nada diferente al objetivo de desarrollar un proyecto inmobiliario en el bien inmueble transferido al Fideicomiso. En efecto, es este párrafo *"Se deja expresa constancia de que la causa principal de esta negociación, la constituye el hecho de que en el inmueble fideicomitado se pretende desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual entre muchas otras actividades previas, se requiere la elaboración y aprobación por parte de las autoridades competentes de un plan parcial sobre el inmueble, su subdivisión, la elaboración y aprobación de los PUG, la aclaración de áreas, entre otras, para lo cual se deberá adecuar, transformar o sustituir el referido fideicomiso de administración, de tal forma que sea posible desarrollar el PROYECTO (...)".*

También acordaron las partes el precio de la cesión y su forma de pago, advirtiendo que el mismo, aunque no determinado, era determinable, y respecto del cual se estableció la obligación de pagar un anticipo. Este último pacto -el del anticipo- es un asunto relevante en el presente proceso, como quiera que uno de los incumplimientos que se pregona en cabeza de la Convocada está asociado al pago.

Es así como en la cláusula cuarta del Contrato se estableció, no solamente el valor del anticipo al que se hizo referencia, sino que se definió la forma de hacerlo, con las siguientes aclaraciones: i) algunos pagos se debían realizar a nombre de terceras personas, ii) parte del pago podía hacerse en dinero o en especie (especificando algunas condiciones para hacerlo)⁵⁶, y iii) el pago de la parte restante, de cuantía determinable, se haría después de alcanzado el punto de equilibrio. Lo estipulado en esta materia fue objeto de modificación en el Otrosí de 28 de octubre de 2016.

Finalmente, también pactaron las partes que en el Fideicomiso se incluiría al Promitente Cedente como "ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE" para garantizar el pago del precio pactado. En el párrafo tercero de la cláusula segunda se estipuló que *"Tanto en el FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA, así como en los inmobiliarios que se desprendan de este, deberá quedar expresa la instrucción de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE tendrá la condición de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE con los derechos económicos que se establecen en las cláusulas CUARTA y QUINTA de este contrato".*

⁵⁶ Confrontar párrafo primero de la cláusula primera del Contrato en el que se estableció que los bienes serían escogidos por el Promitente Cedente de una lista presentada y que se acordaría el precio correspondiente, y que si se trataba de bienes nuevos se aplicaría un descuento del 5%.

Además de otros frentes de regulación convencional, no particularmente relevantes de cara al debate arbitral propuesto, el acto jurídico formalizado incluye, en sus estipulaciones décima y décima primera, la cláusula compromisoria que soporta el presente trámite y una cláusula penal para el evento incumplimiento obligacional.

3.1.2. El Otrosí de 28 de octubre de 2016.

Posteriormente las partes, ya adelantada la ejecución parcial de algunos tópicos del Contrato, decidieron modificar distintos apartes de su contenido mediante Otrosí formalizado con fecha 28 de octubre de 2016, algunos de ellos asociados a los incumplimientos que en el presente proceso se atribuyen a la Convocada, por lo que se considera procedente reseñarlos en lo principal.

En primer lugar, en este Otrosí ya no se hace referencia al hecho que el Convocante debía adquirir los derechos fiduciarios, sino que se dice que ya era titular de los mismos, a pesar de que en la cláusula primera se señala -hecho que se corrobora con la información suministrada por la propia Fiduciaria- que quienes ostentaban la calidad de fideicomitentes en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia lo eran las sociedades Sinestesia Publicidad S.A.S. y Cien por Ciento Constructores S.A., cada una titular del cincuenta por ciento (50%) de los derechos fiduciarios.

Merece destacarse que en el Otrosí se incluyó una "CONSTANCIA DE CUMPLIMIENTO", en el sentido de manifestar los contratantes que para ese momento ya se habían transferido a la Convocada el 66% -en realidad el 63.08%- de los derechos fiduciarios, agregando que el 34% -en realidad el 36.92%- restante se transferiría en los términos convenidos en un contrato de promesa de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre Cien por Ciento y PÓRTICOS de fecha 30 de diciembre de 2015⁵⁷. Se trata esta de una manifestación de las partes que es relevante para el Tribunal en el sentido de que es indicativa del comportamiento recíproco en cuanto a la real ejecución -parcial- de la cesión convenida, a tal punto que, como se indica en el Otrosí, a PÓRTICOS ya se le había transferido, por un lado, todo el 50% de los derechos fiduciarios cuya titularidad estaba radicada en cabeza de Sinestesia, y por el otro, el 13,08% de los que correspondían a Cien por Ciento.

Como ya se indicó en párrafos precedentes, la transferencia del 50% que realizó Sinestesia a PÓRTICOS conforme al documento del 22 de enero de 2016⁵⁸, es el que está directamente vinculado a la reclamación de que trata el presente proceso, respecto del cual se procura la orden de restitución al Convocante como consecuencia de la resolución que se invoca del

⁵⁷ Este es el contrato que posteriormente le fue cedido a Inveremma S.A.S. y que es objeto del proceso ordinario que cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, que tiene como objeto principal la declaratoria de responsabilidad civil por incumplimiento, resolución y restituciones mutuas.

⁵⁸ Documento aportado al expediente por FiduCorficolombiana en el Anexo 2, en el marco de la prueba de oficio decretada por el Tribunal.

Contrato de Promesa Matriz por razón de los incumplimientos imputados a la Sociedad Convocada.

Las partes también incluyeron en el Otrosí la inequívoca reiteración de la *causa* del Contrato, ubicada en el desarrollo de un gran proyecto inmobiliario, respecto del cual, y es un hecho trascendente a los ojos del Tribunal, aquellas agregaron la necesidad de obtener la posibilidad de intervención o la adquisición de una faja de terreno de un inmueble -el lote A6- de propiedad del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-, necesaria para la construcción de la vía de acceso⁵⁹, incluso tomando la precaución de regular, aunque de manera no del todo clara y asertiva, la eventual hipótesis de no obtención de la autorización de intervención ni la adquisición requeridas. Al respecto, en los párrafos cuarto y quinto de la cláusula primera del Otrosí, modificatoria de la cláusula *ídem* del Contrato Matriz, se convino lo siguiente:

"PARÁGRAFO CUARTO: Se deja expresa constancia de que la causa principal de esta negociación, la constituye el hecho de que en el inmueble fideicomitado se pretende desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual mediante el Decreto N° 116 del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Alcaldía Municipal de Sabaneta, se adoptó el Plan Parcial Ancón Porción Polígono ZRE-1" y mediante Resolución N° 663 del 28 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta se aprobó el Proyecto Urbanístico General PUG, actos administrativos a través de los cuales se definió el desarrollo de El Proyecto con las siguientes características: DOS MIL SEISCIENTAS CINCUENTA (2.650) UNIDADES DE VIVIENDA, de las cuales, máximo el veinticinco por ciento (25%) debe ser destinado a Vivienda de Interés Social, en otros lotes diferentes al bien inmueble objeto de este contrato, tal como quedó establecido en el Artículo 18 del Decreto N° 116 antes citado".

PARÁGRAFO QUINTO: Teniendo en cuenta que para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario, que como ya se indicó en el párrafo anterior, constituye la causa principal de esta negociación, se requiere obtener la autorización de intervención o la cesión por parte del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA en adelante IDEA, del Lote denominado A6, identificado con Matrícula Inmobiliaria Número 001-1095941 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, cuya cabida y linderos se encuentran determinados en la Escritura Pública Número 2144 del 30 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Sabaneta; LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a gestionar todo lo que sea necesario para obtener la autorización de intervención o la cesión de la faja requerida para el desarrollo de la vía del Proyecto Inmobiliario

⁵⁹ Confrontar párrafo quinto de la cláusula primera del Otrosí.

y a obtener las autorizaciones necesarias por el Municipio de Sabaneta para la construcción de la vía, asumiendo los costos que dichas gestiones demanden.

Así mismo y en caso de que no se obtenga la mencionada autorización de intervención o la cesión por parte del IDEA y sea necesario adquirir las fajas necesarias para la mencionada vía a título oneroso, LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a asumir el costo de dichas fajas así como los costos asociados a la legalización de la adquisición, tales como derechos notariales, rentas, registro y cualquier otro gasto en que sea necesario incurrir para obtener las autorizaciones requeridas.

En todo caso acuerdan LAS PARTES, que el hecho de no obtener la autorización de intervención o la cesión del lote mencionado por parte del IDEA o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario y agotadas todas las posibilidades jurídicas y técnicas de acceso al mismo, se entenderá como una justa causa para que LAS PARTES desistan de continuar la negociación y/o proyecto, sin que se genere ningún tipo de penalidad o reclamación, para las partes por esta circunstancia. En todo caso en este evento operarán las restituciones mutuas a las que haya lugar.

LAS PARTES acuerdan que la solicitud de autorización será radicada por PÓRTICOS S.A. ante el IDEA en un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la firma del presente documento. Si en un término de un (1) mes, contado a partir de la fecha en la cual el IDEA reciba la solicitud no ha emitido respuesta formal concediendo la autorización para la intervención o la cesión del lote requerido, o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario, LAS PARTES agotarán las gestiones técnicas y jurídicas que sean posible para la construcción de la vía.

Si una vez agotadas todas las posibilidades técnicas y jurídicas acordadas entre LAS PARTES, y transcurrido un (1) año, contado desde la firma de este documento, no ha sido posible obtener las autorizaciones requeridas, la cesión o adquisición de la faja para el desarrollo de la vía, LAS PARTES revisarán nuevamente las condiciones de la negociación para decidir si opera la resolución del contrato como se indicó en el párrafo anterior o si es posible prorrogar este término”.

De otro lado, respecto del registro del Promitente Cedente -HENRY MADRID- como Acreedor Beneficiario Preferente en el Fideicomiso, en la cláusula segunda -y algunos de sus párrafos- se alude a la obligación que en esa materia se radica en cabeza de PÓRTICOS, incorporando la mención de una "condición suspensiva" en relación con la transferencia de derechos realizada por Sinestesia y previendo los efectos para el evento en el que la misma

resultara fallida, además de reiterar el propósito de que constaran instrucciones en ese sentido en el Fideicomiso de Administración, ya no en el Inmobiliario.

Las estipulaciones relevantes son del siguiente tenor:

"SEGUNDA- FORMA Y FECHAS DE CESIÓN. (...).

En virtud de la cesión del 66% de los derechos fiduciarios a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, esta se compromete a suscribir el contrato de prenda de derechos fiduciarios, y a gestionar la firma del mismo por parte de la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. y a dar la instrucción irrevocable a la Fiduciaria a más tardar a los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente otrosí, para que tenga a LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o a quien esta indique, como acreedora beneficiaria preferente, para el pago del precio de los derechos que se le ceden, en virtud de la suscripción del contrato de prenda de derechos fiduciarios, mediante la cual se garantice el pago de las obligaciones adquiridas por LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA en los términos de la promesa de cesión de derechos fiduciarios y el presente otrosí.

(...)

"PARÁGRAFO SEGUNDO: La cesión de derechos fiduciarios de ÁLVARO ZULUAGA GIRALDO y/ o SINESTESIA PUBLICIDAD S.A.S. a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA se hará bajo la condición suspensiva de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o quien esta indique, sea registrada por la Fiduciaria, como acreedora beneficiaria preferente, entendiéndose por tal como acreedora prendaria sobre los derechos fiduciarios.

Si LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o quien esta indique, no es registrada como acreedora beneficiaria preferente en la forma prevista en este documento, se entenderá fallida la condición prevista en esta cláusula y en consecuencia la cesión de derechos fiduciarios se hará en favor de LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o de quien esta indique.

(...)

PARÁGRAFO CUARTO: De conformidad con lo indicado en esta cláusula, en el FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, deberá quedar expresa la instrucción de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o quien esta indique, tendrá la condición de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE con los derechos económicos que se establecen en las cláusulas TERCERA y CUARTA del contrato de promesa de cesión que mediante este documento se modifica.

Adicionalmente, en los fideicomisos inmobiliarios que se desprendan del fideicomiso LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, deberá quedar expresa la instrucción de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE tendrá los derechos económicos

que se establecen las cláusulas TERCERA y CUARTA, sin adquirir la calidad de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE en los fideicomisos inmobiliarios que se deriven del principal”.

También se dejó constancia en el párrafo tercero de la misma cláusula segunda del Otrosí que se viene referenciando, de la ejecución negocial relativa al 50% de los derechos de que era titular Cien por Ciento, encausada bajo la modalidad de un contrato de promesa de cesión celebrado para el efecto entre esta sociedad y PÓRTICOS:

"PARÁGRAFO TERCERO: Se hace constar que entre LA PARTE PROMITENTE CEDENTE y el señor HECTOR RAÚL ÁLVAREZ, se acordó la cesión del 50% restante de los derechos fiduciarios del referido fideicomiso, a favor de LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, en la suma de TRES MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$ 3.020.362.741), cesión que en virtud de este documento deberá hacerse a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA. Con el fin de formalizar esta cesión, LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA suscribió promesa de cesión de derechos fiduciarios con la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. en calidad de fideicomitente, en la cual se acordó la cesión del 50% de derechos fiduciarios y la forma de pago del precio por parte de PÓRTICOS S.A. el día 30 de diciembre de 2015.

Los dineros que sean pagados por LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA a favor de HÉCTOR RAÚL ÁLVAREZ o de la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A., EN LIQUIDACIÓN, en cumplimiento de lo pactado en la citada promesa, se abonarán a las obligaciones pendientes de pago que tiene LA PARTE PROMITENTE CEDENTE a favor de HECTOR RAÚL ÁLVAREZ hasta la suma de TRES MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$3.020.362.741), los cuales serán pagados por LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA así:

- a. La suma de MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$1.000.000.000) que fueron pagados en diciembre 30 de 2015, según cheque N° 501548 de la Fiduciaria de occidente S.A.*
- b. La suma de MIL MILLONES DE PESOS M.L. (\$1.000.000.000) que serán pagados en diciembre 30 de 2016.*
- c. La suma de MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CURENTA Y UN PESOS M.L. (\$1.020.362.741) que será cancelada en diciembre 30 de 2017.*

En virtud de la promesa firmada entre PÓRTICOS S.A. y CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A. EN LIQUIDACIÓN, el día 30 de diciembre de 2015, se

acordó pagar a favor de ésta última sociedad intereses corrientes sobre saldos pendientes a una tasa del 2.16% EM, intereses que serán asumidos parcialmente por LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, en una proporción del 1.08% EM sobre saldos pendientes, que corresponden en total a la suma de CUATROCIENTOS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DIECISEIS PESOS M.L. (\$400.939.216). Esta suma se descontará de los pagos a los que tiene derecho LA PARTE PROMITENTE CEDENTE así: un cincuenta por ciento (50%) en la fecha en que se declare el punto de equilibrio de la Primera Etapa del proyecto, y el cincuenta por ciento (50%) restante doce (12) meses después del primer pago”.

Finalmente, se modificó en el Otrosí tanto el valor del anticipo como la forma de pagarlo, en esta oportunidad aclarando que parte del precio se pagaría con bienes acabados y terminados disponibles del inventario de la Promitente Cesionaria⁶⁰, no sin antes dejar establecido que ya se había hecho cesión de los derechos vinculados a los inmuebles seleccionados, quedando pendientes los trámites de escrituración.

Por otro lado, en la cláusula tercera del Otrosí, modificatoria de la cláusula cuarta del Contrato Matriz, se indica que la forma de pago del precio en síntesis consiste en un anticipo al precio por valor de \$6.080.908.806, y que el resto⁶¹ "(...) será cancelado después de alcanzar el punto de equilibrio en cada etapa que se desarrolle en el referido inmueble fideicomitado, en las proporciones indicadas, y a nombre de quien indique LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, a medida que se vayan realizando los recaudos por ventas, hasta el final del desarrollo total del inmueble". El anticipo pactado, a su vez, se pagaría según partidas identificadas en los siguientes términos: a. \$3.020.362.741 a Héctor Raúl Álvarez, según lo indicado en cláusula segunda; b. \$277'777.778 el 28 de enero de 2016, al Promitente Cedente, que declara recibidos a satisfacción; c. \$1.131'052.248 en diez cuotas mensuales iguales, de \$113'055.225 cada una, el día 24 de cada mes, de los cuales el Promitente Cedente declara recibidos \$678'331.350.; d. \$1.091'669.974 en bienes terminados y acabados, disponibles en el inventario de la Promitente Cesionaria, respecto de lo cual de lo cual esta declara que ya se hizo la cesión de derechos de inmuebles seleccionados, estando pendientes trámites de escrituración; e. \$520'000.000 para Asesores y Consultores, suma ya cancelada por la Promitente Cesionaria; y f. \$40'546.066 por concepto de gastos de escrituras de inmuebles transferidos por el Promitente Cedente a Álvaro Zuluaga, pagos ya efectuados, que se cargan al precio según parágrafo primero de la cláusula segunda.

⁶⁰ Confrontar literal d. de la cláusula tercera del Otrosí.

⁶¹ El parágrafo segundo de la cláusula tercera del Otrosí se refiere al valor total de la cesión: "El valor total a pagar por la cesión de derechos fiduciarios, resultará de multiplicar el valor del número de unidades de vivienda vendidas por un porcentaje del doce por ciento (12%)".

3.1.3. Breve referencia al Contrato de Fiducia que sirve de antecedente al convenio de cesión.

El 22 de abril de 2015 -antes de la suscripción del contrato que es objeto de la presente controversia- entre la sociedad CALEDONIA S.A.S. "EN LIQUIDACIÓN" y FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A. se celebró un contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración que tiene como objeto un bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 001-1095943 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur. En dicho Fideicomiso se estableció que la primera tendría la condición de Fideicomitente y por ende de Beneficiario de los derechos fiduciarios.

Posteriormente, como consecuencia de la liquidación de la sociedad fideicomitente, las sociedades Sinestesia y Cien por Ciento quedaron como titulares de los derechos fiduciarios, tal y como consta en el documento de adjudicación de derechos fiduciarios de que da cuenta la comunicación del 13 de agosto de 2015, dirigido por el Liquidador de la fideicomitente primigenia a la Fiduciaria Corficolombiana, que consta en el Anexo 1 de los documentos allegados por dicha Fiduciaria en cumplimiento del requerimiento elevado como consecuencia del decreto de la prueba de oficio dentro del trámite procesal.

Esta consideración es relevante en el sentido que fue con dichas sociedades -esto es Sinestesia y Cien por Ciento- que el señor HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ adelanta y cierra negociaciones tendientes a la transferencia de los derechos fiduciarios con destino final PÓRTICOS, para lo cual se celebraron sendos contratos de promesa de cesión -con estructura semejante, pero no idéntica, entre sí-, desde esa óptica conexos o coligados con el que es objeto de consideración y decisión en este proceso -el Contrato Matriz-, los cuales, por supuesto, será necesario referenciar en su contenido y alcance, incluidas las repercusiones que pueden tener de cara al examen del *petitum* de la demanda sobre la que se decide ente Laudo.

3.1.4. Naturaleza jurídica del contrato celebrado.

A juicio del Tribunal es útil ocuparse de examinar la naturaleza del Contrato sobre el que versa el debate arbitral, pues ello constituye otro de los referentes llamados a ser tenidos en cuenta en debates del perfil del que aquí se contempla, tomando como punto de partida el rótulo asignado por las partes que lo celebran -Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios-, pero incorporando los elementos adicionales de análisis que se estiman procedentes.

3.1.4.1. Del Contrato de Promesa en general.

Debe partirse de la base que ley no trae una definición propiamente tal, ni tampoco una tipificación especial, del contrato de promesa, diferente del hecho de regular, en el artículo 1611 del Código Civil, los requisitos para la validez del mismo.

Ahora bien, la jurisprudencia se refiere a su descripción y caracterización básicas, como se advierte los siguientes pronunciamientos:

"El contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, cual es la de asegurar la celebración de otro contrato posterior cuando los interesados no quieren o no pueden realizarlo de presente. No es un fin en sí mismo, sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto. Ofrece además estos caracteres: es un contrato preparatorio de orden general, porque puede referirse a cualquiera otra convención; es principal y solemne, y puede ser unilateral o bilateral, según que la obligación de celebrar el contrato prometido haya sido contraída por una sola de las partes o recíprocamente por ambas. Tiene su individualidad propia y si algo ofrece de excepcional ello obedece al modo imperativo como la ley exige la presencia de todos los elementos que configuran, desde luego que esos factores son de la esencia misma del contrato"⁶².

[...]

"Aun cuando carece de definición legal (el Código Civil se limita a la relación de los requisitos para su validez, siguiendo los términos consagrados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 -que subrogó el canon 1611 de aquella normativa⁶³-), en nuestro medio la promesa de contratar se ha caracterizado como un 'precontrato', o contrato de naturaleza preparatoria, «en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a la celebración de un negocio futuro que se indica en su integridad, y que deberá perfeccionarse dentro de un plazo o al cumplimiento de una condición prefijados»⁶⁴. De ahí que la doctrina y jurisprudencia patrias reconozcan, al unísono, que la promesa genera una única

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 1º de junio de 1965. G.J. t. CXI-CXII, páginas 135-145.

⁶³ "La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: 1a.) Que la promesa conste por escrito; 2a.) Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo [1502] del Código Civil; 3a.) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; 4a.) Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales. Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

⁶⁴ ESCOBAR, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales, Tomo II*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín. 1994, p. 503.

*prestación de hacer: celebrar el contrato prometido, una vez acaezca el plazo o la condición establecida para ello*⁶⁵.

Se advierte, entonces, la concepción de la promesa como un contrato preparatorio de otro posterior -el contrato prometido-, cuya celebración constituye la obligación principal, sin que ello excluya, sobre todo en la práctica del tráfico jurídico, incorporar en aquélla, obligaciones adicionales a la de celebrar el contrato prometido, a veces propias de éste.

3.1.4.2. De la Cesión de Derechos -y de Contratos- en general.

La figura de la cesión, en general, está regulada en el Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil, que trata "*De las Obligaciones en General y de los Contratos*". En el repaso del contenido de dicho Título se verifica que hay tres tipos de cesiones: la de créditos personales (Capítulo I), la del derecho de herencia (Capítulo II) y la de los derechos litigiosos (Capítulo III). Por otro lado, el Capítulo VI del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio, que trata "*De los Contratos y Obligaciones Mercantiles*", se refiere a la cesión de contratos, sus condiciones y efectos.

En general, la *cesión* se entiende como la transferencia de los derechos sobre un crédito o un contrato que hace una persona -cedente- a otra -cesionario- para que esta última, como nuevo titular, los ejerza a nombre propio. Se impone precisar que, en rigor, la cesión de un derecho se agota exclusivamente en la transferencia del activo mismo, mientras que la cesión del contrato comporta la transferencia de la titularidad de la respectiva posición contractual, con todo lo que de ello puede derivar en punto a los derechos y las obligaciones -cesión de activos y pasivos- radicados en cabeza del contratante respecto del cual opera la respectiva posición.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal, la cesión, en la denominación contractual, está referida a los derechos fiduciarios en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia, pero en el entendido que ella, en realidad, comportaba el traslado en la titularidad de la condición de fideicomitente -parte del contrato de fiducia-, por manera que, al final, se trataba de una cesión de posición contractual, en la que funge como cedente -o Promitente Cedente según el tenor literal- HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ, y como cesionario -o Promitente Cesionario según el mismo tenor literal- la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. -hoy en liquidación-.

Estos tipos de cesiones pueden ser a título gratuito u oneroso, aclarando que, en el caso de autos ciertamente se pactó una contraprestación, entendida como el precio de los derechos que se transmitían, lo que en últimas sugiere un acuerdo de cesión a título de compraventa -o a análogo a ella-, recordando la relevancia que ello tiene como quiera que uno de los

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC2221 de 13 de julio de 2020.

incumplimientos que se endilgan en el *petitum* de la demanda están asociados al pago del anticipo convenido con cargo al precio de la cesión proyectada.

3.1.4.3. De la naturaleza del contrato sobre el que versa la controversia sometida a decisión arbitral.

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal estima razonable la pregunta de si se está, realmente, frente a un contrato de promesa de cesión de derechos, o si se trata de un contrato de cesión propiamente dicho.

Para dar respuesta a la anterior inquietud, corresponde hacer una apreciación sistemática del contenido negocial vertido en el Contrato y de su respectivo Otrosí, con la finalidad de verificar el perfil jurídico de las obligaciones nacidas para las partes y los efectos que de ellas se derivan. Ese análisis pone de presente que, en puridad, lo convenido apunta, más que a un acuerdo a título de promesa de cesión del que naciera la obligación de hacer consistente en la celebración posterior de un contrato de cesión como negocio jurídico prometido, a un contrato de cesión del que nacen las obligaciones de transferir los derechos fiduciarios, en cabeza del promitente cedente -o cedente-, y de pagar el precio -determinable en su cuantía, pero con un anticipo por adelantado-, en cabeza de la promitente cesionaria -o cesionaria-, además de otras obligaciones, con sus correlativos derechos, enmarcadas en el campo de un verdadero acuerdo de cesión -más que de una promesa de tal-, hasta el punto que en el Otrosí de octubre de 2016, celebrado diecisiete (17) meses después de formalizado el vínculo inicial, se deja constancia del cumplimiento de una porción relevante del negocio en punto a la transferencia de derechos fiduciarios, que para entonces ya llegaba al 63.08% del total de los derechos del Fideicomiso.

Así las cosas, el Tribunal se inclina decididamente por considerar que, dado su contenido material y forma de ejecución, en el fondo se trata de un contrato de cesión propiamente dicho, aclarando que, de cualquier manera, la catalogación en uno u otro tipo negocial no afecta la existencia o validez del mismo, y la generación de los efectos y de real ejecución que tuvo -aunque sin lograr el resultado final querido-, por lo que permanece incólume el perfil y alcance de la acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento incoada por el Convocante contra la Sociedad Convocada, al margen de que se la considere, en lo nominal y lo material, como un contrato de promesa de cesión, o como un contrato de cesión propiamente tal.

3.2. Hechos relevantes probados en relación con diversos aspectos de la ejecución contractual y los incumplimientos endilgados.

A partir de las anteriores consideraciones, y con base en el análisis de las diferentes pruebas allegadas al proceso, el Tribunal considera oportuno hacer referencia a algunos aspectos referidos a la ejecución contractual y su incidencia en el examen de la controversia sobre la

que decide en este Laudo, que se suman a actos de ejecución reconocidos en el Otrosí de octubre de 2016, antes reseñados en esta misma parte motiva de la providencia.

3.2.1. De la cesión y registro de los Derechos Fiduciarios objeto del Contrato.

Como consecuencia de que la titularidad de los derechos en el Fideicomiso estaba radicada, por mitades, en dos personas jurídicas diferentes a quien como Promitente Cedente celebró el Contrato Matriz, la cesión de tales derechos tuvo desarrollo por caminos fácticos y jurídicos diferentes, separados, no obstante tener con elementos comunes y el mismo propósito final: la transferencia a PÓRTICOS. Veamos:

- Respecto del 50% de los derechos fiduciarios que estaba en cabeza de Sinestesia, el 8 de mayo de 2015 -fecha anterior, por un día, a la del Contrato Matriz- se celebró entre Álvaro Zuluaga Giraldo y HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ un contrato rotulado como de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios, por virtud del cual el primero se obligaba a transferirle al segundo -o a quien este indicara- los derechos que indicó iba a adquirir en el Fideicomiso Lote Caledonia⁶⁶.

Posteriormente, según consta en documento del 12 de noviembre de 2015, denominado "*Ratificación cesión derechos fiduciarios*"⁶⁷, el señor William Zuluaga Gómez, en su condición de representante legal de Sinestesia ratifica el contenido del contrato de promesa de cesión del 8 de mayo de 2015 al que se hizo referencia, adquiriendo expresamente, respecto de él, la condición de Promitente Cedente en el referido contrato.

Finalmente, con fecha 22 de enero de 2016, Sinestesia le envía a FiduCorficolombiana una comunicación por medio de la cual le cede a PÓRTICOS, de manera pura y simple, la totalidad de los derechos fiduciarios de que era titular en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia⁶⁸, valga repetir, correspondientes al 50% de la totalidad de los derechos de dicho Fideicomiso.

- Respecto del 50% de los derechos fiduciarios que estaban en cabeza de Cien por Ciento, debe llamarse la atención en el sentido que, como ya se reseñó, en el contenido del Otrosí de 28 de octubre de 2016 se hizo referencia al también denominado Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios, celebrado directamente entre Cien por Ciento -como promitente cedente- y PÓRTICOS -como promitente cesionario-⁶⁹, con fundamento en el cual se hizo la transferencia inicialmente de un 13,08% de los

⁶⁶ Documento exhibido a instancias de la prueba decretada de oficio por el Tribunal.

⁶⁷ Documento exhibido a instancias de la prueba decretada de oficio por el Tribunal.

⁶⁸ Confrontar anexo 2 de los documentos allegados por FiduCorficolombiana al Tribunal en cumplimiento del requerimiento que le fuera elevado al decretar la prueba de oficio.

⁶⁹ Confrontar inciso segundo del párrafo primero de la cláusula primera del Otrosí.

derechos en el Fideicomiso, y que establecía las condiciones para la cesión del 36,92% restante.

Debe advertirse que, en un acto posterior, la cesión de ese 13,08% fue resciliada⁷⁰, quedando Cien por Ciento nuevamente como titular del 50% de los derechos, los cuales posteriormente cedió a Inveremma S.A.S., con fundamento en un acuerdo suscrito el 25 de enero de 2016⁷¹.

Finalmente, Inveremma, ya como titular del 50% de los derechos fiduciarios, y a su vez cesionaria de Cien por Ciento en la promesa de cesión formalizada por esta sociedad con PÓRTICOS, le transfirió a la aquí Convocada el 13,08% de los mismos.

Es preciso reiterar que, y se insiste que es un asunto trascendente en el proceso, Inveremma actualmente tiene iniciado un proceso judicial en curso contra PÓRTICOS con la aspiración de que se declare la resolución del contrato de promesa que las vincula y, entre otras cosas, obtener la restitución del porcentaje de derechos fiduciarios transferido a la citada destinataria, equivalente al 13,08% de los derechos fiduciarios, y consolidar así la titularidad del 50% de los que adquirió de Cien por Ciento.

La información recién reseñada consta, también, en el Certificado de Cesiones de Derechos Fiduciarios del Fideicomiso aportado por la Convocante con la demanda (Literal U. de los Anexos de la demanda), y fue corroborada posteriormente por la propia Fiduciaria a instancias de la prueba decretada de oficio por el Tribunal, todo lo cual ratifica que los derechos fiduciarios objeto del Contrato Matriz no figuraron nunca a nombre del señor HENRY MADRID, situación que, como se verá, no comporta irregularidad jurídica material, pero tiene virtualidad para tener incidencia en la valoración del *petitum* de la demanda, en los términos en que está formulada.

3.2.2. De la Demanda Arbitral promovida por Inveremma S.A.S. contra Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. -hoy en Liquidación-.

Tal y como se ha reiterado en este escrito, en el proceso consta que Inveremma en su condición de titular registrada del 36,92% de los derechos fiduciarios en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia, y además como cedente del 13.08% de los mismos en favor de PÓRTICOS , promovió contra esta última, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, con fundamento en la cláusula compromisoria pactada en el respectivo contrato de promesa de cesión, un Tribunal de Arbitramento que tenía las siguientes pretensiones:

⁷⁰ Anexo 6 de los documentos aportados por FiduCorficolombiana a instancias del cumplimiento del requerimiento elevado por el Tribunal a instancias de la prueba de oficio decretada.

⁷¹ Anexo 4 de los documentos aportados por FiduCorficolombiana a instancias del cumplimiento del requerimiento elevado por el Tribunal a instancias de la prueba de oficio decretada.

"PRIMERO: Que se declare que la sociedad **PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.** es civil y contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con la sociedad convocante el día 30 de diciembre de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 09 de octubre de 2017, al no haber efectuado el pago de todas las sumas pactadas en la Cláusula Tercera del Contrato.

SEGUNDO: Que, en virtud de lo anterior, se declare resuelto el Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con la sociedad convocante el día 30 de diciembre de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 09 de octubre de 2017.

TERCERA: Que como consecuencia de la resolución del contrato se ordenen las restituciones mutuas, principalmente a favor de la sociedad **INVEREMMA S.A.S.** la restitución del porcentaje del 13.13 % de los derechos fiduciarios en el **FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** que habían sido cedidos por dicha sociedad a favor de **PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S.** para que de esta forma dicha sociedad quede como titular del cincuenta por ciento (50%) de derechos fiduciarios en el citado Fideicomiso, derechos que fueron tasados por las partes en la suma de **TRES MIL VEINTE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M.L. (\$3.020.362.741)** de acuerdo al precio pactado en el Contrato cuya resolución se pretende. Por lo tanto, el valor de la restitución a favor de la Convocante se estima en dicha suma de dinero. (la subraya es del Tribunal)

CUARTA: Que se reconozcan a la sociedad **INVEREMMA S.A.S.** los perjuicios que a la fecha se han ocasionado por parte de la sociedad **PÓRTICOS S.A.S.** así:

4.1. El reconocimiento y pago de los intereses causados y no pagados a favor de mi mandante así: (...).

4.2. La suma de **SEISCIENTOS CUATRO MILLONES SETENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS M.L. (\$604.072.548)** correspondiente a la Cláusula Penal, establecida en el contrato, en su Cláusula Décima Primera, y la cual se pactó por un porcentaje del veinte por ciento (20%) sobre el valor total del contrato.

QUINTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada".

Debe advertirse que por el hecho de que las partes no consignaron los gastos y honorarios fijados por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir esa controversia, el mismo declaró concluidas sus funciones, conforme se prevé en el Estatuto Arbitral.

3.2.3. De la Demanda promovida por Inveremma S.A.S. contra Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. -hoy en Liquidación- ante la Jurisdicción Ordinaria.

Como consecuencia de la anticipada terminación del proceso arbitral antes referido, Inveremma, como titular del 36,92% de los derechos fiduciarios en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia, y como cedente del 13,08%, promovió ante la justicia ordinaria una demanda, con pretensiones del mismo perfil que la antes mencionada, pretendiendo la resolución del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios del 30 de diciembre de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 09 de octubre de 2017, que tenía como objeto, en últimas, el 50% restante de los derechos fiduciarios en el citado Fideicomiso. Ese proceso, según lo informado al presente trámite, cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

Esta circunstancia, tal y como se indicó anteriormente, es la que excluye la competencia de este Tribunal Arbitral para pronunciarse frente a la restitución -o no- de ese 50% de los derechos fiduciarios, y en general sobre lo que allí se debate en torno a la responsabilidad civil contractual cuya declaración se solicita, vinculada a un contrato también denominado como de promesa de cesión de derechos fiduciarios que tiene relación con el que es objeto de la presente controversia arbitral, pero que posee su propia entidad jurídica.

Como ya se señaló en apartado anterior de esta providencia, la controversia que ocupa la atención de este Tribunal se asocia exclusivamente a ese otro 50% de los derechos fiduciarios, que no están en discusión ante la justicia ordinaria, es decir, aquellos que cedió Sinestesia a PÓRTICOS.

3.2.4. De la obligación de gestionar la autorización de intervención o la cesión de una franja de terreno con el IDEA.

Como antes se reseñó, en el párrafo quinto de la cláusula primera del Otrosí de 28 de octubre de 2016, luego de reafirmar la *causa* determinante del Contrato, se previó expresamente lo relativo a la necesidad de disponer u obtener una franja de terreno de propiedad del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA -IDEA-, la cual era requerida para construir la vía de acceso al proyecto inmobiliario que habría de desarrollarse bajo la modalidad del Fideicomiso Inmobiliario en que habría de convertirse el Fideicomiso de Administración cuyos derechos eran objeto de la cesión prevista en el Contrato. Valga remitir a la transcripción ya efectuada del aludido párrafo quinto de la cláusula primera del Otrosí.

En relación con lo sucedido en este tópico de la ejecución contractual, el IDEA rindió un Informe al Tribunal con fundamento en la prueba de oficio decretada, con el que se allegaron los siguientes documentos:

- Escritura pública 2144 del 30 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Sabaneta por medio de la cual el IDEA adquirió la propiedad de unos inmuebles, incluido aquel respecto del cual se requería la franja de terreno.
- Comunicación del 31 de octubre de 2016 de Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. -hoy en liquidación- solicitando los permisos para la construcción de la vía.
- Comunicación del 08 de noviembre de 2016 de Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. - hoy en liquidación- allegando los planos del diseño de la vía y de movimientos de tierra.
- Comunicación del 10 de noviembre de 2016 del IDEA en el que le da respuesta a Pórticos Ingenieros Civiles S.A.S. -hoy en liquidación- y le informa que se procederá a analizar la información.

Debe advertirse que en el referido Informe, el IDEA manifiesta que el análisis de la solicitud y la información radicada en su momento por PÓRTICOS no pudo seguirse por la existencia de un proceso civil, concluyendo que, a pesar de que se habían realizado varias reuniones, no se encontró evidencia de que se hubiera tomado una decisión que atendiera positivamente el requerimiento formulado. Sobre este punto, de evidente relevancia en el análisis panorámico de las cuestiones debatidas, volverá en Tribunal en acápite posterior de esta providencia.

Ahora bien, al expediente del proceso también se allegó una comunicación referida a este tema, la cual fue aportada por el testigo Gabriel Jaime Escobar Botero -y posteriormente ratificada por su creador-, y que consiste en una carta del 23 de diciembre de 2020, cuyo encabezado está dirigido a "PÓRTICOS SAS", "MATERIALES EMO SAS" y "HENRY MADRID" (sin que haya constancia de entrega a los destinatarios) por medio de la cual el representante legal del "CONSORCIO PAN DE AZÚCAR", quien manifiesta tener la condición de promitente comprador del terreno en el que está la franja requerida para la vía, autoriza *"... para que en caso de que ustedes requieran la intervención sobre la vía (lote A6) o parte de ella para el desarrollo de sus proyectos, la realicen directamente, previa solicitud acompañada de planos y detalles constructivos sin afectar el proyecto AWA y respetando los diseños viales y especificaciones técnicas aprobadas por el Municipio de Sabaneta para la vía pública"*. También sobre este aspecto específico del tema volverá el Tribunal en el acápite posterior recién anunciado.

3.2.5. De la instrucción de que el Promitente Cedente fuera registrado en el Fideicomiso como Acreedor Beneficiario Preferente.

También quedó visto que las partes pactaron, en el párrafo tercero de la cláusula segunda del Contrato Matriz que en el Fideicomiso debería quedar expresa la instrucción de que el Promitente Cedente tendría la condición de Acreedor Beneficiario Preferente respecto de los derechos fiduciarios, esto con el fin de garantizar el pago del precio y los gastos de la negociación.

Esta obligación, conforme igualmente se reseñó, fue ratificada y modificada posteriormente en el Otrosí de octubre de 2016, en cuyo párrafo segundo de la cláusula segunda se dijo que la cesión de los derechos en cabeza de Sinestesia se haría bajo la "*condición suspensiva*" de que se registrara al Promitente Cedente -HENRY MADRID- como Acreedor Beneficiario Preferente, agregando que en el evento de no hacerse, se entendía fallida la misma, y por lo tanto la cesión de los derechos se haría en favor de la Promitente Cedente o de quien esta indicara.

En este frente, se debe mencionar que en el proceso⁷² obra el "CONTRATO DE PRENDA CERRADA SIN TENENCIA EN PRIMER GRADO SOBRE DERECHOS FIDUCIARIOS", de fecha 28 de octubre de 2016 -la misma de la formalización del Otrosí del Contrato Matriz-, suscrito por PÓRTICOS en calidad de Deudor Prendario y HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como Acreedor Prendario, el cual, según reza en la cláusula primera "*recae sobre el 100% de los derechos fiduciarios que posee actualmente y que llegará a adquirir el DEUDOR PRENDARIO en el denominado FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA (...)*"; cláusula en cuyo párrafo primero se afirma que "*Con la suscripción del presente documento, la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. 'EN LIQUIDACIÓN' autoriza que el Fideicomitente PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A. constituya el presente gravamen en los términos que aquí se establecen*"; no obstante que en el propio documento no se menciona a Cien por Ciento entre los comparecientes a la celebración del negocio jurídico, ni se le reserva espacio para la firma que habría de fungir como autorización.

Con comunicación fechada el 23 de diciembre de 2016, dirigida a PÓRTICOS, FiduCorficolombiana devuelve el contrato de prenda, sin revisión ni registro, "*teniendo en cuenta que, contractualmente se indica que cualquier instrucción que se le imparta a la Fiduciaria debe contener la autorización de los Fideicomitentes*".

3.2.6. Del precio pactado por las partes y la forma de pagarlo.

El precio de la cesión convenida se estipuló, en cuanto a su monto o cuantía, como no determinado *ab initio*, pero sí determinable, con señalamiento de las pautas para fijarlo,

⁷² Archivo denominado "E. PRENDA DE DERECHOS FIDUCIARIOS A FAVOR DE HENRY MADRID".

agregando que desde el comienzo se pactó la obligación de pagar un anticipo. Tanto el precio como su forma de pago -incluyendo la del anticipo-, fueron objeto de regulación en el clausulado del Contrato Matriz, como en su Otrosí.

Así, en el Contrato Matriz el valor correspondiente al anticipo se fijó en \$5.500.000.000, mientras que en el Otrosí⁷³ este se estableció en la suma de \$6.080.908.806, desagregada por conceptos en la forma y términos ya reseñada por el Tribunal.

Debe advertirse, adicionalmente que, conforme a los hechos y pretensiones de la demanda, en relación con el precio pactado hay dos incumplimientos que se endilgan a PÓRTICOS: i) los referidos al contrato de promesa de cesión del 50% de los derechos fiduciarios radicados en cabeza de Inveremma como sucesora de Cien por Ciento en la respectiva posición contractual -que, se insiste, hacen parte de lo que controvierte en otro proceso-, y ii) los referidos a los pagos en bienes inmuebles terminados y acabados, con alusión a la falta de escrituración. En este contexto deberá considerarlos el Tribunal al referirse, con espectro más amplio, a los incumplimientos pregonados en la demanda.

4. El análisis conclusivo del Tribunal.

4.1. Las consideraciones y conclusiones del Tribunal.

Con base en todo lo que ha quedado dicho en esta parte motiva, el Tribunal procede ahora a puntualizar las consideraciones que estima son relevantes para perfilar las conclusiones en punto a la orientación decisoria respecto de las pretensiones de la demanda. Varios aspectos, de distinta índole, forman parte del estudio del Tribunal, y se procederá a hacer su análisis de forma separada.

4.1.1. De la verificación de los requisitos exigidos para que se configure la responsabilidad civil por incumplimiento del contrato.

Un primer tópico de análisis, por supuesto indispensable, tiene que ver con la verificación de la concurrencia -o no- en el caso *sub-lite* de los requisitos exigidos para la configuración de la responsabilidad civil por incumplimiento, eje central de la reclamación arbitral, como se ha señalado suficientemente; en este específico contexto, se destacan las siguientes reflexiones:

- Como se dijo en el acápite reservado al señalamiento de los requisitos en cuestión desde la óptica del tratamiento jurisprudencial de la cuestión, en primer lugar se exige, como premisa lógica, la necesidad de existencia de un *contrato válido*, fuente de las obligaciones sobre cuyo cumplimiento o incumplimiento se discute en el proceso,

⁷³ Confrontar cláusula tercera del Otrosí.

expresión que, según también ya se precisó, ha de entenderse con el alcance amplio que se asocia a la idea jurídica de *contrato eficaz* a la que se ha hecho alusión, la cual debe predicarse, por supuesto, del momento mismo de la celebración del negocio jurídico de que se trate, y debe proyectarse en el tiempo, de modo que tenga permanencia como soporte de la generación de los efectos vinculantes mientras el contrato tenga vida jurídica. En este punto se debe reiterar que el concepto de *eficacia* al que se hace alusión, está referido a la vigencia de la posibilidad de efectivamente materializar los efectos inherentes al contrato celebrado.

- En adición a lo ya dicho al respecto, ilustrativo resulta el pensamiento jurisprudencial, susceptible de modularse y aplicarse en forma acompasada con situaciones y escenarios análogos o semejantes⁷⁴, siempre consultando las circunstancias particulares del caso - aun en el terreno de lo fáctico-, cuando afirma:

"2. Al margen de lo anterior, pertinente advertir la improcedencia de la resolución de un contrato terminado y de las prestaciones consecuenciales, por cuanto para 'resolver', terminar, extinguir, cesar, fenecer o concluir una relación jurídica contractual, es menester el vigor o existencia del vínculo.

*Por consiguiente, resulta evidente la imposibilidad de declarar la terminación del contrato, aún por causa diferente al incumplimiento, cuando ya está terminado, según concluyó el sentenciador de segunda instancia*⁷⁵.

- Esta consideración remite al tema de la finalización o extinción del negocio jurídico correspondiente, cuestión de la que, en lo conceptual, ya se ocupó el Tribunal, con mención de escenarios que comprenden variadas hipótesis, unas de extinción natural del vínculo por cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, otras por disolución, sin agotamiento del objeto contractual, en virtud de la configuración de causas legales y/o convencionales admisibles con ese alcance.

⁷⁴ Alude el Tribunal a *modulación*, para destacar que el escenario jurídico más evidente de aplicación del pensamiento jurisprudencial se da cuando se pretende la declaración de resolución de un contrato ya ciertamente terminado -en derecho, por ejemplo por declaración judicial o por vencimiento del plazo pactado para su duración, pero que ello no excluye la opción de considerar su aplicación cuando las mismas pretensiones se instauran en relación con un contrato que está, por decirlo de alguna manera, terminado de hecho, vale decir, cuando está en un estado de ineficacia sobreviniente -en el sentido que se ha puntualizado-, pues ante tal hipótesis, considerando las circunstancias particulares del caso, tiene sentido la reflexión conceptual de no considerar la resolución por incumplimiento de un contrato cuyos efectos están en situación de decaimiento tal que, también por decirlo de alguna manera, para este propósito sea asimilable al de terminación.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 2010, ref. C-08001-3103-004-2003-00123-01.

- En ese contexto, el Tribunal quiere reiterar que son plenamente diferenciables, jurídicamente hablando, los distintos escenarios de disolución que se pueden presentar, entre ellos, centrando la atención en lo que interesa en este proceso, i) el de la resolución del contrato por incumplimiento, propio de la aplicación de la condición resolutoria de que tratan los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, causal de stirpe legal que es la planteada en la demanda, distinto a situaciones de otra naturaleza y perfil como ii) las asociadas a la aplicación de estipulaciones negociales que involucran condiciones resolutorias de origen convencional, o iii) el decaimiento o desistimiento de los efectos del contrato por la no obtención de la legítima finalidad perseguida con su celebración -entiéndase frustración o ineficacia del mismo-, hipótesis de la que se ha hecho la reseña normativa y conceptual correspondiente.
- A juicio del Tribunal, en el asunto *sub-lite*, analizada la cuestión desde la perspectiva de las pretensiones sobre las que tiene que resolver, la situación jurídica que se presenta razonablemente puede ubicarse en el campo de la disolución negocial que deriva de la frustración del contrato por la no realización del fin pretendido con su celebración, directamente vinculado al móvil o motivo determinante del consentimiento expresado por los dos contratantes, pero con la relevante connotación de haberse explicitado a título de *causa* en el clausulado mismo del acto jurídico celebrado -en su texto inicial y en el otrosí modificador-, y regulada convencionalmente bajo el registro nominal de *resolución* o *desistimiento*, expresiones elocuentes de la intención material de los contratantes.
- En efecto, como se rememora en el acápite destinado a la "*reseña integral de la relación contractual objeto de la controversia*", tanto en el clausulado inicial -de 9 de mayo de 2016-, como en el que resulta de las modificaciones introducidas mediante el Otrosí de 28 de octubre de 2016 -17 meses después-, se incorporan estipulaciones sobre la causa del contrato y su eventual no materialización.

Así, en la cláusula primera, después de describir el "objeto" del contrato -la cesión de derechos fiduciarios-, en el parágrafo se expresa con claridad:

"Se deja expresa constancia de que la causa principal de esta negociación, la constituye el hecho de que en el inmueble fideicomitado se pretende desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual entre muchas otras actividades previas, se requiere la elaboración y aprobación por parte de las autoridades competentes de un plan parcial sobre el inmueble, su subdivisión, la elaboración y aprobación de los PUG, la aclaración de áreas, entre otras, para lo cual se deberá adecuar, transformar o sustituir el referido fideicomiso de administración, de tal forma que sea posible desarrollar el PROYECTO, el cual debe contar, como mínimo, con las siguientes características: (...)"

Posteriormente, en la cláusula primera del citado otrosí de 28 de octubre de 2016, que dice modificar la cláusula *ídem* del texto inicial, se incluyen los párrafos cuarto y quinto, transcritos en apartado anterior, cuyo tenor, por su evidente relevancia, no sobra repetir:

"PARÁGRAFO CUARTO: Se deja expresa constancia de que la causa principal de esta negociación, la constituye el hecho de que en el inmueble fideicomitado se pretende desarrollar un gran proyecto inmobiliario, para lo cual mediante el Decreto N° 116 del 23 de diciembre de 2015 expedido por la Alcaldía Municipal de Sabaneta, se adoptó el Plan Parcial Ancón Porción Polígono ZRE-1" y mediante Resolución N° 663 del 28 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta se aprobó el Proyecto Urbanístico General PUG, actos administrativos a través de los cuales se definió el desarrollo de El Proyecto con las siguientes características: DOS MIL SEISCIENTAS CINCUENTA (2.650) UNIDADES DE VIVIENDA, de las cuales, máximo el veinticinco por ciento (25%) debe ser destinado a Vivienda de Interés Social, en otros lotes diferentes al bien inmueble objeto de este contrato, tal como quedó establecido en el Artículo 18 del Decreto N° 116 antes citado".

"PARÁGRAFO QUINTO: Teniendo en cuenta que para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario, que como ya se indicó en el párrafo anterior, constituye la causa principal de esta negociación, se requiere obtener la autorización de intervención o la cesión por parte del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA en adelante IDEA, del Lote denominado A6, identificado con Matrícula Inmobiliaria Número 001-109S941 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, cuya cabida y linderos se encuentran determinados en la Escritura Pública Número 2144 del 30 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Sabaneta; LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a gestionar todo lo que sea necesario para obtener la autorización de intervención o la cesión de la faja requerida para el desarrollo de la vía del Proyecto Inmobiliario y a obtener las autorizaciones necesarias por el Municipio de Sabaneta para la construcción de la vía, asumiendo los costos que dichas gestiones demanden.

Así mismo y en caso de que no se obtenga la mencionada autorización de intervención o la cesión por parte del IDEA y sea necesario adquirir las fajas necesarias para la mencionada vía a título oneroso, LA PARTE PROMITENTE CEDENTE se compromete a asumir el costo de dichas fajas así como los costos asociados a la legalización de la adquisición, tales como derechos notariales, rentas, registro y cualquier otro gasto en que sea necesario incurrir para obtener las autorizaciones requeridas.

En todo caso acuerdan LAS PARTES, que el hecho de no obtener la autorización de intervención o la cesión del lote mencionado por parte del IDEA o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario y agotadas todas las posibilidades jurídicas y técnicas de acceso al mismo, se entenderá como una justa causa para que LAS PARTES desistan de continuar la negociación y/o proyecto, sin que se genere ningún tipo de penalidad o reclamación, para las partes por esta circunstancia. En todo caso en este evento operarán las restituciones mutuas a las que haya lugar.

LAS PARTES acuerdan que la solicitud de autorización será radicada por PÓRTICOS S.A. ante el IDEA en un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la firma del presente documento. Si en un término de un (1) mes, contado a partir de la fecha en la cual el IDEA reciba la solicitud no ha emitido respuesta formal concediendo la autorización para la intervención o la cesión del lote requerido, o las autorizaciones necesarias para el desarrollo de la vía de acceso al Proyecto Inmobiliario, LAS PARTES agotarán las gestiones técnicas y jurídicas que sean posible para la construcción de la vía.

Si una vez agotadas todas las posibilidades técnicas y jurídicas acordadas entre LAS PARTES, y transcurrido un (1) año, contado desde la firma de este documento, no ha sido posible obtener las autorizaciones requeridas, la cesión o adquisición de la faja para el desarrollo de la vía, LAS PARTES revisarán nuevamente las condiciones de la negociación para decidir si opera la resolución del contrato como se indicó en el párrafo anterior o si es posible prorrogar este término”.

Se advierte, en forma evidente, que los contratantes reiteraron el desarrollo del proyecto inmobiliario como la *causa* inequívoca del negocio jurídico formalizado, y tomaron la precaución de regular la eventual ocurrencia de la frustración de la finalidad pretendida con el consentimiento expresado.

- También está acreditado en el proceso que, independientemente de apreciaciones puntuales que pudieran hacerse sobre lo acontecido, es un hecho objetivo que no se completaron las premisas o condiciones de índole técnica requeridas para iniciar el desarrollo del proyecto inmobiliario, pues aunque se lograron resultados positivos en algunos tópicos importantes como la adopción del Plan Parcial y la aprobación del Plan Urbanístico General -PUG-, fuera de discusión está que no se obtuvo la autorización de intervención o la cesión del terreno requerido para la construcción de la vía de acceso al proyecto inmobiliario que habría de desarrollarse.

A este respecto, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA-, al atender el requerimiento de Informe decretado oficiosamente por el Tribunal, después de

mencionar los antecedentes de la adquisición del terreno en cabeza del Instituto, se refirió a la "SITUACIÓN ACTUAL DE LOS INMUEBLES" y específicamente al "INFORME SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA", en los siguientes términos:

"SITUACIÓN ACTUAL DE LOS INMUEBLES:

1. EL VENDEDOR adquirió los inmuebles mediante Dación en Pago que le realizó TWH SAS por cuenta de la Fundación PRODEAN, elevada a Escritura Pública No. 2144 otorgada el 30 de diciembre de 2011 de la Notaría Única de Sabaneta.

2. Los inmuebles son de exclusiva propiedad del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA. Sin embargo, los **Lotes A2, A3 A4 y A6 se encuentran invadidos** por lo que El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- presentó querrela civil de policía, por perturbación de la propiedad.

3. Así mismo se conoció la existencia de proceso ordinario reivindicatorio (sic) que se surte en el Juzgado Segundo Civil de Circuito de Envigado -Antioquia bajo el radicado 05-266-3103- 002-2009-00268-00, proceso especial agrario de restitución de tenencia.

INFORME SOBRE LA CONSTRUCCION DE LA VIA

1. Como ya se especificó en la Escritura Pública No. 2144 de diciembre 30 de 2011, de la Notaría Única de Sabaneta el "LOTE A6. Lote de terreno de forma irregular que tiene un área actualizada de cuatro mil quinientos ochenta y cuatro punto ochenta metros cuadrados (4.584.80 M2), destinado para vía, cuyos linderos actualizados según los planos que se protocolizan con la presente escritura son: por el NORTE, en parte con lote denominado A1 de esta partición, en parte con lote denominado A2 de esta partición, en parte con lote denominado A3 de esta partición, en parte con lote denominado A4 de esta partición, en parte con lote de terreno de propiedad de la sociedad Ferbienes S.A, en parte con lote de terreno de propiedad del Municipio de Sabaneta, por el ORIENTE con lote denominado A5 de esta partición, por el SUR, con lote denominado B de esta partición, por el OCCIDENTE, con lote denominado B objeto de esta partición. Y quedó con matrícula inmobiliaria No. 001-1095941.

2. Al respecto, el 31/10/2016 por medio del oficio radicado 2016109215, el señor ELKIN HERNANDEZ VELÁSQUEZ, Representante Legal de Pórticos Ingenieros Civiles S.A. Fideicomitente del Fideicomiso Lote Caledonia S.A.S. En Liquidación, le solicita al IDEA "Autorización para tramitar las licencias y permisos necesarios para la construcción de la vía sobre el lote identificado como Lote A6 de

propiedad del IDEA y que fue destinado para tal fin en la resolución y escritura mencionadas.

3. *Señalan en la misma solicitud lo siguiente: 'La ejecución de las obras para la construcción de la vía que urbanizará los lotes del IDEA y el lote B de Ancón, se adelantará por cuenta y riesgo del Fideicomiso Lote Caledonia S.A.S. En Liquidación, así como las demás obras que sean necesarias para la estabilización de taludes y movimientos de tierra.'*

4. *Posteriormente el 08/11/2016 con radicado 2016109492, allegaron nuevo oficio en el siguiente sentido: 'Anexo estamos enviando los planos del diseño vial y de movimiento de tierra a los hace referencia el radicado No. 2016109215 (SOLICITUD AUTORIZACIÓN TRAMITE DE LICENCIAS Y EJECUCIÓN DE OBRAS NECESARIAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA VÍA LOTE ANCÓN).'*

5. *Por medio del Rad: 2016205263 del 10/11/2016 El Subgerente Administrativo de ese momento LEÓN BALMORE AGUINAGA BORJA, dio respuesta al oficio radicado 2016109215 de octubre 31 de 2016, de la siguiente forma: 'Cordial saludo Doctor Hernández, Teniendo en cuenta que el día 8 de noviembre con radicado 2016109492, recibimos los anexos de diseños viales y de movimiento de tierra, a los que hace referencia en su solicitud del 31 de octubre, nos permitimos informarle que se procederá a hacer la revisión de éstos, para darle la respuesta requerida.'*

6. *No pudo proseguirse con el estudio de dicha solicitud, debido a que estaba en curso un proceso civil, que involucraba los **lotes A2, A3, A4 y A6**, y se hacía imperativo esperar el fallo de dicho proceso para definir el paso a seguir. Así mismo, no hay evidencia documental de que se haya tomado una decisión, a pesar de que se realizaron varias reuniones entre las partes⁷⁶.*

Se aprecia en el Informe, fechado el 14 de julio de 2023, que no existió un pronunciamiento afirmativo o favorable del IDEA frente a la petición de autorización, intervención o cesión radicada por PÓRTICOS, configurando el inicial supuesto fáctico regulado en las disposiciones convencionales incorporadas en esa materia en el Otrósí de 28 de octubre de 2016.

- En cuanto a este tópico específico de los sucesos contractuales se observa, desde el punto de vista de su cronología, de paso cotejada con lo estipulado al respecto en el contrato sobre el que versa el debate arbitral, que la solicitud ante el IDEA debió hacerse no más allá de la segunda quincena de noviembre de 2016, y que efectivamente fue

⁷⁶ Archivo "1. RESPUESTA SOLICITUD DE INFORMACIÓN".

radicada por PÓRTICOS el 31 de octubre de 2016, con un escrito complementario del 8 de noviembre del mismo año; que el IDEA, con comunicación del 10 de noviembre de 2016, acusó recibo y anunció que procedería a la revisión correspondiente para responder; que el transcurso del mes para tener respuesta del IDEA, según lo convenido en la cláusula contractual, vencía entonces no más allá del 10 de diciembre de 2016; y que el año de espera estipulado para agotar las gestiones técnicas y jurídicas que posibilitaran la construcción de la vía venció en diciembre de 2017.

- En ese estado de cosas, los posibles escenarios subsiguientes que podrían acaecer, de conformidad con lo pactado, eran la "*resolución*" del contrato bajo la modalidad del *desistimiento* mencionado en la estipulación negocial a la que se ha hecho referencia, o la opción de prórroga del término, la cual, según la información aportada al plenario, se agotó sin éxito, por manera que resulta del todo razonable entender para los efectos de lo que en este proceso se reclama que, como hecho objetivo, se produce *de facto* el decaimiento de los efectos del Contrato -la ineficacia en el sentido a que se ha hecho referencia reiteradamente- ante la frustración del mismo por cuenta de la, a su vez, frustración del coincidente móvil o motivo de la voluntad exteriorizada por las dos partes al formalizar el consentimiento, desde el inicio de la relación y reiterado enfáticamente con ocasión de la firma del Otrosí de 28 de octubre de 2016; es un hecho objetivo e incontrastable el no inicio del desarrollo del proyecto inmobiliario, esencia misma de la causa explicitada por los contratantes, al no concurrir la obtención de la autorización, intervención o cesión del predio requerido para contar con la vía de acceso al mismo.

En este punto el Tribunal considera pertinente destacar que el panorama descrito no cambia sustancialmente por cuenta de lo dicho en la comunicación aportada por el testigo Gabriel Jaime Escobar Botero, de fecha 23 de diciembre de 2020, suscrita por el representante legal del "CONSORCIO PAN DE AZÚCAR", ya referenciada en aparte anterior de esta providencia, pues la misma no comporta, ni mucho menos, la superación del escollo asociado a la no autorización de intervención o cesión por parte del IDEA de la franja de terreno requerida para la construcción de la vía de acceso al proyecto -según lo estipulado en el Otrosí del Contrato-, que, por lo demás, debía haberse obtenido con bastante anterioridad a ese momento; como se expresa en la misiva en cuestión, quien manifiesta tener la condición de promitente comprador del terreno en el que está la franja requerida para la vía, autoriza "(...) *para que en caso de que ustedes requieran la intervención sobre la vía (lote A6) o parte de ella para el desarrollo de sus proyectos, la realicen directamente, previa solicitud acompañada de planos y detalles constructivos sin afectar el proyecto AWA y respetando los diseños viales y especificaciones técnicas aprobadas por el Municipio de Sabaneta para la vía pública*" (la negrita es propia); y ninguna evidencia hay en el expediente acerca de que, efectivamente, se hubiera formalizado alguna gestión posterior a esta comunicación. Debe agregarse que, para el Tribunal, dicha comunicación no es, *per se*, una autorización para intervenir la vía, sino, apenas, para realizar las gestiones

administrativas y jurídicas requeridas para eventualmente procurar tal resultado, acerca de lo cual no se aportó al proceso evidencia material en el sentido de que haya habido algún desarrollo fáctico en el sentido anotado.

- Sobre este particular, se estima conveniente anotar que la apreciación recién expuesta se acompaña con las manifestaciones efectuadas por el señor HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ a PÓRTICOS mediante comunicaciones del 6 de mayo de 2019 y el 2 de febrero de 2022, la primera bajo su firma y la segunda por conducto de apoderada -esta última se rotula como "SEGUNDA RECLAMACIÓN"-, en las que, sin prescindir de referencias a incumplimientos que en otros frentes atribuye a la aquí Convocada, advierte sobre la ocurrencia de la situación prevista y regulada en el Contrato para el evento de no solución del problema de la vía de acceso al proyecto, en este aspecto específico reconociendo la diligencia de los dos contratantes en cuanto a las actividades y gestiones realizadas.

En esta línea, la primera comunicación, además de referirse a la cesión hecha por Sinestesia *"en virtud de las negociaciones privadas hechas por mi con esta sociedad"*, afirma el señor HENRY MADRID que *"no obstante haber intentado ambas partes de manera diligente, obtener por parte del IDEA las autorizaciones requeridas para el ingreso al lote, no ha sido posible obtener la servidumbre de tránsito o la cesión de la faja correspondiente por dicha entidad al Municipio de Sabaneta, lo cual ha retrasado de manera significativa la iniciación del Proyecto inmobiliario, que como se dijo inicialmente constituía la causa principal de la negociación, y por lo tanto se configura la posibilidad establecida en el mencionado otrosí de revisar las condiciones del contrato para decidir si opera la resolución del mismo"*. E indica, más adelante, *"que de conformidad con lo pactado en el Otrosí a la Promesa de Cesión de derechos fiduciarios y otros acuerdos suscritos con la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. se había definido como plazo máximo para la obtención de la autorización requerida de parte del IDEA para el desarrollo de la vía de acceso al proyecto, el término de UN (1) año contado desde la firma del mencionado otrosí, el cual ya transcurrió y se ha prorrogado de manera infructuosa, no obstante los esfuerzos conjuntos para obtener la autorización, lo cual hace inviable la iniciación del Proyecto en el corto plazo"*. Y en esa línea de pensamiento, solicita, como primera petición, *"proceder de común acuerdo con la resciliación del contrato de promesa de cesión de derechos fiduciarios suscrito el día 09 de mayo de 2015 y su otrosí suscrito el 28 de octubre de 2016"*, con la consecuente restitución de los derechos fiduciarios cedidos, y la mención de plazo de 5 días hábiles para respuesta, de modo que si no la hay, agrega, *"procederá la resolución del contrato por los incumplimientos presentados y de los cuales se ha dejado constancia en la presente reclamación (...)"*.

En la segunda comunicación, después de referirse de nuevo a incumplimientos que imputa a PÓRTICOS, en el ordinal séptimo se señala, en relación con el tema del IDEA,

que "Teniendo en cuenta que en el Otrosí a la Promesa de Cesión de derechos fiduciarios y otros acuerdos suscritos con la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S., se había definido como plazo máximo para la obtención de la autorización requerida de parte del IDEA para el desarrollo de la vía de acceso al proyecto, el término de UN (1) año contado desde la firma del mencionado otrosí, el cual ya se encuentra vencido, por lo tanto debe procederse como establece el mismo contrato: (...)". Y después de pedir en ordinal primero que en el término de 10 días se dé cumplimiento a las obligaciones denunciadas en numeral sexto del mismo escrito, en ordinal segundo se señala que si en el término indicado no es posible obtener el cumplimiento, "solicitamos de forma inmediata proceder de común acuerdo a la resciliación del contrato de promesa de cesión de derechos fiduciarios suscrito el día 09 de mayo de 2015 y su otrosí suscrito el 28 de octubre de 2016, para lo cual estaremos dispuestos a llegar a un acuerdo en la forma en que deban realizarse las restituciones mutuas derivadas de tal resciliación".

Al decir de la demanda -ordinal décimo cuarto de los "HECHOS"-, a la fecha de la misma no se había recibido respuesta a las reclamaciones efectuadas, ante lo cual, el escenario de desistimiento previsto en el Contrato, que en efecto podría ser de perfil convencional -como lo solicitó el Convocante a la Convocada en las comunicaciones reseñadas-, también podría eventualmente evaluarse en el campo de la manifestación unilateral de cualquiera de los contratantes, amparada en el designio convencional que la precede a manera de *justa causa* para la expiración del vínculo.

- Se estima oportuno, a juicio del Tribunal, advertir que respecto de la situación presentada en relación con el tema puntual que se examina, que el fallido resultado no tiene origen en conductas atribuibles a culpa -mucho menos dolo- de ninguno de los contratantes. Nótese, según acaba de reseñarse, que en la comunicación remitida por HENRY MADRID a PÓRTICOS con fecha 6 de mayo de 2019 se afirma que "no obstante haber intentado ambas partes de manera diligente, obtener por parte del IDEA las autorizaciones requeridas (...)"; y en el ordinal octavo de los "HECHOS" de la demanda, se afirma, sin formular reparo específico de conducta, que "a la fecha de presentación de esta convocatoria, y no obstante haber intentado ambas partes, obtener por parte del IDEA y del actual propietario del Lote 6A antes citado las autorizaciones requeridas para la servidumbre requerida, no ha sido posible obtenerla o la cesión de la faja a favor del Municipio de Sabaneta, lo cual ha ocasionado que no se haya dado inicio al desarrollo del Proyecto inmobiliario, que como se dijo inicialmente constituía la causa principal de la negociación, y por lo tanto se configura la causal establecida en el contrato para que opere la resolución del mismo".

En consecuencia, para el Tribunal razonablemente se impone concluir, de cara a las pretensiones de la demanda de declaración de resolución del contrato por incumplimiento, que no tiene cabal verificación el primer requisito exigido para su prosperidad -el de la validez y/o eficacia del mismo-, pues en virtud de lo sucedido con

la no obtención de la autorización o cesión requerida para la construcción de la vía de acceso al proyecto inmobiliario, no podría considerarse la presencia de un contrato ciertamente *eficaz* -en los términos y con el alcance que se ha puntualizado-, como caracterización de necesaria proyección en el tiempo posterior a la celebración misma del vínculo negocial⁷⁷ lo que da lugar al decaimiento, de los efectos del Contrato que ocupa la atención, se reitera, en el campo de lo fáctico.

- En este punto del análisis es preciso anotar que, para el Tribunal, la razón antes expuesta sería incluso suficiente para efectos de negar las pretensiones de la demanda, específicamente -se reitera- por el hecho de no verificarse el primero de los requisitos exigidos para la prosperidad de las pretensiones de responsabilidad civil contractual por incumplimiento como las que ocupan la atención en este proceso. Sin embargo, bajo el supuesto de que, por cualquier razón, se prescindiera por un momento de tal consideración, procederá el Tribunal a analizar los incumplimientos endilgados a la Convocada, para establecer si los mismos se verifican, y en caso afirmativo, si tendrían la entidad resolutoria requerida para, en esa perspectiva de análisis, examinar la eventual procedencia de estimación favorable del *petitum* de la demanda.

4.1.2. Otras consideraciones relacionadas con la participación de terceros respecto del Contrato Matriz

Un segundo tópico de análisis, antes de adentrarnos en el análisis de los incumplimientos, de perfil diferente, pero con también alta relevancia de cara al estudio del *petitum* de la demanda, es el que concierne a la estipulación de que da cuenta el Otrosí en el sentido de indicar, en forma concreta, la manera en que se realizó, parcialmente, la cesión de derechos fiduciarios objeto del negocio jurídico, y en la que habría de realizarse la prestación restante -en conjunto, la ejecución negocial-, contexto en el cual son igualmente pertinentes algunas reflexiones:

- En acápite anterior de esta parte motiva señaló el Tribunal que en el párrafo primero de la cláusula primera del referido Otrosí, después de dejar constancia del estado de cumplimiento del Contrato a ese momento, aludiendo a haberse efectuado ya la cesión del 66% -en realidad, 63.08%- de los derechos fiduciarios, se conviene que la cesión del 34% "restante" -en realidad, 36.92%- se realizaría de conformidad con lo pactado en el contrato de promesa de cesión celebrada entre Cien por Ciento Constructores S.A y PÓRTICOS. Reza el texto negocial:

⁷⁷ Nótese que por cuenta del decaimiento del escenario de desarrollo del proyecto inmobiliario, no sería posible la determinación objetiva del precio de la cesión de los derechos fiduciarios -al final, elemento esencial del negocio jurídico-, el cual se estipuló como determinable, en monto equivalente a un porcentaje de las ventas de las unidades del proyecto.

"PARÁGRAFO PRIMERO: CONSTANCIA DE CUMPLIMIENTO: LAS PARTES manifiestan que a la fecha de firma del presente otrosí, LA PARTE PROMITENTE CEDENTE, ya ha realizado todas las gestiones correspondientes al perfeccionamiento de la cesión de derechos fiduciarios prometida, habiéndose suscrito la cesión a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA sobre el 66% de los mencionados derechos fiduciarios y la instrucción a la ENTIDAD FIDUCIARIA para el registro de la cesión.

La cesión del 34% restante de los derechos fiduciarios, se hará en los términos que LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, tiene pactada con la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A., EN LIQUIDACION, mediante promesa de cesión de derechos fiduciarios suscrita el pasado 30 de diciembre de 2015".

- Obra en el expediente la información que da cuenta de que la ejecución negocial de cesión de los derechos fiduciarios así convenida, a partir del hecho incontrastable según el cual HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ, quien fungía como Promitente Cedente en el Contrato Matriz, no era el titular de tales derechos fiduciarios, se desarrolló con utilización del mecanismo de negociaciones y/o gestiones realizadas por el citado aquí Convocante con los titulares de dichos activos para procurar la transferencia de los mismos en forma directa desde la esfera patrimonial de los respectivos titulares a la de PÓRTICOS -Prometiente Cesionario-, lo cual constituye una opción legítima y admisible en lo legal, pero no desprovista de repercusiones en cuanto a la manera en que se configuran y desarrollan las relaciones jurídicas que convergen en el propósito de lograr el resultado querido en función de lo pactado como objeto contractual, a la manera de relaciones conexas o coligadas, pero con entidad jurídica propia, separable y diferenciable en múltiples aspectos del contenido prestacional.
- En la información rendida por la Fiduciaria Corficolombiana con comunicación del 9 de agosto de 2023⁷⁸, a instancias del decreto oficioso de pruebas dispuesto por el Tribunal en providencia del 6 de julio del mismo año, se advierte que después del fideicomitente inicial -la sociedad Caledonia S.A.S.-, titular de la totalidad de los derechos fiduciarios vinculados al Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia, ostentaron tal condición las sociedades Sinestesia y Cien por Ciento (sustituido luego por Inveremma), a quienes se les adjudicaron tales derechos, en proporción de 50% cada una, como consecuencia de la liquidación de la citada Caledonia S.A.S., según comunicación de fecha 13 de agosto de 2015, remitida por el Liquidador de esta sociedad a la Fiduciaria citada.
- Posteriormente, Sinestesia cedió la totalidad de su 50% de derechos fiduciarios a PÓRTICOS, y Cien por Ciento hizo lo propio en favor de la misma destinataria, pero sólo sobre el 13.08% de los derechos, manteniendo la titularidad sobre el 36.92% restante.

⁷⁸ Archivo "Sacned_from_a_Lexmark_Multifunction_Product10-08-2023-081333".

La Fiduciaria adjuntó a su Oficio las comunicaciones de 22 y 25 de enero de 2016, que dan cuenta de las aludidas cesiones.

- Obra en el plenario⁷⁹ la promesa de cesión de derechos fiduciarios del 30 de diciembre de 2015, celebrada entre Cien por Ciento como promitente cedente, y PÓRTICOS como promitente cesionaria, mencionada en la cláusula primera del otrosí de 28 de octubre de 2016, acto jurídico que no obstante tener evidente conexidad con el Contrato de Promesa de Cesión sobre el que versa el presente trámite, tiene entidad jurídica propia, separada y separable, con una estructura formal semejante pero dotada de contenido prestacional autónomo en aspectos tan relevantes como el precio y la forma de pago de los derechos fiduciarios objeto de la transferencia (cláusula tercera), y acompañada de su también propia cláusula compromisoria para resolver *"Las diferencias que se presenten entre las Partes con motivo de la interpretación, desarrollo, cumplimiento y ejecución de lo pactado en este documento (...)".* Mediante acto jurídico posterior, Cien por Ciento cedió su posición contractual en dicha promesa, radicándola en cabeza de Inveremma, según da cuenta la información remitida por FiduCorficolombiana.

Con base en esta promesa se realiza la cesión -primero por Cien por Ciento, luego por Inveremma- del 13.08% a que se ha hecho referencia, quedando pendiente la cesión del 36.92% a que también se ha hecho alusión.

- Está demostrado en este trámite arbitral que, en relación con el contrato de promesa de cesión que viene de reseñarse -en el que figura Inveremma como Promitente Cedente-, existe un proceso declarativo radicado en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, promovido por Inveremma como demandante contra PÓRTICOS como demandada, en el cual, en esencia, se pretende *"Que se declare que la sociedad PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. es civil y contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios suscrito con la sociedad convocante el día 30 de diciembre de 2015 y modificado mediante otrosí de fecha 09 de octubre de 2017, al no haber efectuado el pago de todas las sumas pactadas en la Cláusula Tercera del Contrato"* (pretensión primera); *"Que en virtud de lo anterior se declare resuelto"* el referido contrato de promesa (pretensión segunda); *"Que como consecuencia de la resolución del contrato se ordenen restituciones mutuas, principalmente a favor de la sociedad INVEREMMA S.A.S. la restitución del porcentaje del 13.13% de derechos fiduciarios en el FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN que habían sido cedidos por dicha sociedad a favor de PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. (...)"* (pretensión tercera); y *"Que se reconozcan a la sociedad INVEREMMA S.A.S, los perjuicios que a la fecha se han ocasionado por parte de la sociedad PÓRTICOS S.A.S.",* los que hace consistir en intereses causados y no pagados en virtud de lo pactado en el

⁷⁹ Archivo "D.E.F. DOCUMENTOS FIRMADOS PORTICOS E INVEREMMA".

contrato sobre el que versa la reclamación judicial, y en el valor de la cláusula penal pactada en el mismo contrato, por valor algo superior a \$604 millones de pesos (pretensión cuarta)⁸⁰.

No sobra señalar que el referido proceso judicial estuvo precedido de uno de naturaleza arbitral, propuesto entre las mismas partes y con el mismo *petitum* principal, que no siguió su curso completo por no haberse atendido lo relativo a la partida de honorarios y gastos fijada para dicho trámite, lo que desembocó en la aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012⁸¹; por supuesto, el trámite arbitral mencionado se instauró con invocación de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de promesa de cesión celebrado entre Cien por Ciento -luego cedido a Inveremma- y PÓRTICOS.

- Como consecuencia de lo dicho, se advierte que a este Tribunal no le corresponde resolver controversias asociadas al referido contrato de promesa formalizado entre Cien por Ciento -luego Inveremma- y PÓRTICOS, cuestión respecto de la cual los allí contratantes pactaron cláusula compromisoria propia, que de resultar fallida -como ocurrió- dirige la competencia a la justicia ordinaria, como en efecto lo ha hecho Inveremma al instaurar contra PÓRTICOS la demanda declarativa que cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, antes referenciada.

En este orden de ideas, calificar el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones a cargo de PÓRTICOS para con Cien por Ciento y/o con Inveremma, derivadas de la promesa de cesión celebrada por la primera con la segunda -y cedida por ésta a la tercera-, es cuestión que escapa a la competencia de este Tribunal, que necesariamente supone y exige que ese debate ha de surtirse entre los contratantes vigentes en dicho negocio jurídico, uno de los cuales -Inveremma- no interviene en este trámite arbitral, con razón pues la coligación no comporta, en lo pertinente, el desconocimiento de la entidad jurídica propia de los distintos negocios coligados en aspectos tan relevantes como la incorporación, en cada uno de ellos, de cláusula compromisoria independiente, además de contenido prestacional también propio, cláusula penal propia, etc.

- En la misma línea temática, también está demostrado en el proceso que la transferencia del primer 50% de derechos fiduciarios efectivamente cedidos por Sinestesia a favor de PÓRTICOS fue realizada en desarrollo de un contrato de promesa de cesión celebrado entre Álvaro Zuluaga Giraldo como promitente cedente y HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como promitente cesionario, de fecha 8 de mayo de 2015⁸². Como la titularidad

⁸⁰ Archivo “DEMANDA Y ANEXOS INVEREMMA VRS PÓRTICOS”.

⁸¹ “Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso”.

⁸² Archivo “PROMESA DE CESION ALVARO ZULUAGA-HENRY MADRID”.

de los derechos fiduciarios estaba radicada en cabeza de Sinestesia, no de Álvaro Zuluaga Giraldo, mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2015 el representante legal de la mencionada sociedad *ratifica* lo manifestado en la reseñada promesa de que se viene hablando, de modo tal que, incluso, en el documento se afirma que *"...la presente ratificación confiere a SINESTESIA PUBLICIDAD S.A.S. los derechos como PARTE PROMITENTE CEDENTE, y a HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ los derechos como PARTE PROMITENTE CESIONARIA, en el contrato de cesión de derechos fiduciario (sic), desde el momento de la firma de dicho contrato, es decir, desde el ocho (8) de mayo de dos mil quince (2015)"*.

- En este contrato se estipula expresamente que la cesión convenida se efectuaría *"en favor de quien indique la PARTE PROMITENTE CESIONARIA"*, vale decir, de quien indicara HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ; en este contexto, Sinestesia Publicidad S.A.S., mediante la comunicación de 22 de enero de 2016, ya reseñada por el Tribunal, manifestó hacer efectivamente cesión del 50% de los derechos en el Fideicomiso Lote Sabaneta Caledonia a PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A., tal como lo señala FiduCorficolombiana en la información remitida al Tribunal.
- Se aprecia que no obstante guardar similitudes -y también conexidad con el Contrato Matriz-, en el contrato de promesa que vincula a Sinestesia, a diferencia del que celebró Cien por Ciento, la relación comercial se formaliza con el propio HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como promitente cesionario, no con PÓRTICOS, por lo que el perfil de la relación, en lo sustancial, tiene esa caracterización diversa, con vocación también diversa en punto a propiciar una eventual habilitación al mencionado MADRID GÓMEZ para aspirar a planteamientos restitutorios ante PÓRTICOS, previa consideración de las variantes procesales que podrían incidir en ese escenario, en particular sobre la necesidad o no de vincular a Sinestesia como sujeto procesal, lo que en el presente trámite no requiere definición ante la carencia de vocación de prosperidad de las pretensiones incoadas en el ámbito de la responsabilidad civil deprecada, por las demás razones que se advierten a lo largo de la parte motiva de la providencia.

4.1.3. Del análisis de los incumplimientos endilgados.

Procede entonces el Tribunal, haciendo abstracción de la desestimación de las pretensiones que se anuncia al amparo de las razones antes expuestas, a referirse puntualmente a los incumplimientos invocados en la demanda como sustento de la declaración de responsabilidad civil contractual impetrada, tercer tópico de consideración, el cual, por su relevancia de cara al específico planteamiento de la demanda, se desarrolla en apartado separado.

Así, la pretensión primera de la demanda es clara al señalar los incumplimientos que imputa a la Convocada, que hace consistir en (i) *"no haber efectuado el pago en la forma pactada*

en el Contrato”, (ii) “no haber efectuado el registro de HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como acreedor preferente en el Fideicomiso”, y (iii) “no haber dado inicio al desarrollo del Proyecto Inmobiliario”, asuntos que se procederá a analizar de manera individual.

4.1.3.1. Incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada en el contrato.

En relación con el incumplimiento referido al no pago “en la forma pactada en el contrato”, debe reafirmarse el Tribunal en el sentido de indicar que el análisis se centrará en los dos reclamos expresados en la demanda, pues finalmente son las que generan el reproche que se invoca, vale decir, los referidos al incumplimiento del Contrato de Promesa suscrito entre Cien por Ciento -cedido a Inveremma- y PÓRTICOS (numeral 11.1 de la demanda), y a la no escrituración de algunos de los bienes inmuebles cuyos derechos se entregaron como parte de pago (numeral 11.2 de la demanda).

Ahora bien, está dicho que el precio total de la cesión convenida no estaba determinado, sino que era determinable en una cuantía equivalente a un porcentaje de las ventas de las unidades que conformaban el proyecto inmobiliario, precio con cargo al cual estipularon el pago de un anticipo, que fue objeto de regulación tanto en el clausulado original como en el Otrosí de octubre de 2016, con un monto inicial de \$5.500.000.000, luego ajustado a la suma de \$6.080.908.806, distribuido en cifras y conceptos específicos que ya han sido reseñados.

De cualquier manera, y conforme a lo tantas veces expresado, el Tribunal se detendrá únicamente en el incumplimiento descrito en el numeral 11.2 de la demanda, como quiera que respecto del referido al numeral 11.1 el Tribunal no puede hacer pronunciamiento material alguno, por estar referido a la demanda que actualmente está adelantando Inveremma en contra de PÓRTICOS con base en un contrato diferente al que delimita la competencia para este trámite, el cual, valga insistir, tiene conexidad con el Contrato Matriz pero tiene entidad jurídica propia, situación a la que se ha hecho alusión de manera reiterada en este Laudo.

Pactaron las partes en el literal d) de la cláusula tercera del Otrosí lo siguiente: d. \$1.091.669.974 “en bienes terminados y acabados disponibles de forma inmediata del inventario de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA”, respecto de lo cual esta última declara que “ya se hizo la cesión de derechos de los inmuebles seleccionados y se encuentran pendientes los trámites de escrituración”, en relación con lo cual se agrega, en mención que no se advierte dotada de plena claridad, que “LA PARTE PROMITENTE CEDENTE continuará gestionando hasta que se encuentren debidamente registradas las escrituras de transferencia de dominio a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA o de quien esta indique”.

Tal y como se anticipó previamente, el Convocante manifestó en el hecho décimo primero -numeral 11.2- de la demanda que, en lo principal⁸³, PÓRTICOS incumplió con el pago de este rubro del anticipo, *"debido a que no se han escriturado los inmuebles entregados como parte de pago"*, que identifica como tres apartamentos pertenecientes al Edificio Torre Humanitas -con sus garajes y, en un caso, con cuarto útil-. Frente a estos inmuebles habrá que decir que en el expediente obran, aportados como anexos de la demanda, unos certificados de tradición y libertad identificados con los Nos. 1213337, 1213431 y 1213426 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur⁸⁴, que dan cuenta acerca de la titularidad del derecho dominio en cabeza de Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso Torre Humanitas, de quien tendrían que provenir los actos de tradición de tales activos -escrituración y registro-, realidad jurídica pública, que se presume conocida por quienes celebran actos jurídicos vinculados a tales bienes.

En este contexto, considera el Tribunal que tiene relevancia la manifestación que se hace en el Otrosí en punto a que *"ya se hizo la cesión de derechos de los inmuebles seleccionados"* -acto propio del ámbito fiduciario en el que se ubicaba la propiedad de los inmuebles, por la vía de derechos en el respectivo fideicomiso, que se dice fueron cedidos en relación con los inmuebles seleccionados-, sin que medie prueba de algún incumplimiento jurídicamente atribuible o imputable a PÓRTICOS respecto de la transmisión del derecho de dominio propiamente tal, acto formalmente ubicado en la órbita del patrimonio autónomo titular de dicho derecho real⁸⁵, sobre lo que nada adicional puede decir el Tribunal.

⁸³ Porque una mención adicional de una escrituración tardía de un inmueble -apartamento, con parqueadero y cuarto útil- en el Edificio Arboleda de la Estrella.

⁸⁴ Confrontar Anexo L de los Anexos de la Demanda.

⁸⁵ A instancias del interrogatorio de parte absuelto dentro de este trámite, el representante legal de la Convocada manifestó sobre el particular: *"PREGUNTA #11. Agradezco informar al Despacho, si se hizo transferencia real de dominio sobre los apartamentos o inmuebles aportados como parte de pago. CONTESTÓ: Pues básicamente se hizo solamente una entrega con escrituración de parte de ellos. Lo que fue el de Torre Guayacán se logró entregar; se logró entregar el de Arboleda de La Estrella, también se logró entregar escriturado. Faltaron por entregar, o faltaron por escriturar, más bien, los que eran relacionados con Torre Humanitas, que eran tres apartamentos, que aún al día de hoy no han podido escriturar ningún apartamento en ese edificio. (...) INTERROGA EL TRIBUNAL, ÁRBITRO DOCTOR JUAN DAVID PALACIO BARRIENTOS. PREGUNTADO: ¿Cuál es el estado de ese proyecto Torre Humanitas? Es decir, ¿está habitado hoy, no está habitado?, ¿qué sabe usted? CONTESTÓ: Está habitado y super habitado; es un proyecto que si el éxito fuera por la habitabilidad, eso está muy habitado, y es un proyecto que gustó mucho y eso. Te digo, pero que no suene esto como disculpa ni nada: nosotros le entregamos a Bancolombia un bien, por \$26.000.000.000, que era un Call-Center en Puerto Seco. Dentro de esos \$26.000.000.000 nosotros pagamos lo que nos correspondía a nosotros pagar en Torre Humanitas, que eran \$2.700.000.000, aproximadamente se descontaron ahí, y eso daba para que ellos nos escrituraran. Eran fuera de estos tres apartamentos, otros tres locales, y nunca lo quisieron hacer. Es más, este año los llamamos, les pusimos un Tribunal, los llamamos a la cosa, y no quisieron; alegaron casi que un problema con Néstor Palacio, que no había pagado otra cosa y que entonces que no estipulaban nada"*.

Sin que haya necesidad de entrar en detalle sobre el estado final de ejecución de las partidas descritas como componentes para el pago del anticipo pactado, el panorama general que se ha reseñado en punto a la imposibilidad de abordar la consideración de uno de tales rubros -el primero-, el Tribunal objetivamente descarta la presencia de un incumplimiento de magnitud o gravedad que pudiera justificar una declaración judicial de resolución, sin perder de vista, adicionalmente, que no obstante reconocerse la importancia cuantitativa del anticipo pactado, el mismo termina referido al precio de una cesión que no se llegó a determinar -recuérdese que era determinable- por razón de la frustración en el desarrollo del proyecto inmobiliario, cuyas ventas, en su cuantía, habría de constituirse en el referente para la determinación del precio a la que nunca se llegó.

4.1.3.2. Respeto de la Obligación de registrar al Promitente Cedente como Acreedor Beneficiario Preferente.

Respecto del incumplimiento que se pregona en punto al no registro del Promitente Cedente -HENRY MADRID- como Acreedor Beneficiario Preferente en el Fideicomiso, es necesario recordar que en la cláusula segunda del Otrosí de octubre 28 de 2016 se indica que *"En virtud de la cesión del 66% de los derechos fiduciarios a favor de LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA, esta se compromete a suscribir el contrato de prenda de derechos fiduciarios, y a gestionar la firma del mismo por parte de la sociedad CIEN POR CIENTO CONSTRUCTORES S.A.S. y a dar la instrucción irrevocable a la Fiduciaria a más tardar a los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de suscripción del presente otrosí (...)"*, ante lo cual también se estima pertinente poner de presente, de nuevo, que obra en el proceso el "CONTRATO DE PRENDA CERRADA SIN TENENCIA EN PRIMER GRADO SOBRE DERECHOS FIDUCIARIOS", de fecha 28 de octubre de 2016 -la misma fecha de formalización del Otrosí del Contrato-, suscrito por PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A. en calidad de Deudor Prendario y HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ como Acreedor Prendario, el cual, según reza la cláusula primera, *"recae sobre el 100% de los derechos fiduciarios que posee actualmente y que llegará a adquirir el DEUDOR PRENDARIO en el denominado FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA (...)"*.

Sea lo primero advertir que aunque el Convocante, en el hecho décimo de la demanda, manifiesta que la negativa de Cien por Ciento a firmar el referido contrato de prenda se debió a los incumplimientos de PÓRTICOS, dicha circunstancia no quedó acreditada en el proceso, máxime si el contrato de prenda que se suscribió tiene la misma fecha del Otrosí de 28 de octubre de 2016, en el que, de paso, las partes incorporaron la "CONSTANCIA DE CUMPLIMIENTO" que fue reseñada en su momento por el Tribunal.

Así las cosas, el hecho de haberse suscrito el contrato de prenda a que se hizo referencia, inequívocamente denota la voluntad de cumplimiento por parte de PÓRTICOS en esa materia, reiterando que el pretendido registro ante la Fiduciaria no se obtuvo, no por una conducta de PÓRTICOS, sino por la no concurrencia de la autorización de Cien por Ciento,

situación cuya evaluación se ubica ya en la esfera de la relación comercial formalizada entre dicha sociedad y PÓRTICOS, sobre la cual este Tribunal no se puede inmiscuir en punto a hacer calificaciones de cumplimiento o incumplimiento. De cualquier manera, llama la atención el hecho que no obra en el proceso ninguna prueba posterior a la negativa de la Fiduciaria a registrar el contrato de prenda por el motivo aludido, que dé cuenta de la trascendencia que, en abstracto, tendría el cumplimiento de dicha obligación.

A lo dicho, que apunta a desestimar el incumplimiento que se atribuye a PÓRTICOS, hay que agregar que la relevancia relativa de la inscripción en cuestión cobró un matiz diferente, a la baja, en el Otrosí de marras, en cuanto si bien es cierto se reitera la manifestación de que *"en el FIDEICOMISO LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, deberá quedar expresa la instrucción de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE o quien esta indique, tendrá la condición de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE con los derechos económicos que se establecen en las cláusulas TERCERA y CUARTA del contrato de promesa de cesión que mediante este documento se modifica"*, también lo es que tal calidad ya no se ostentaría en los fideicomiso inmobiliarios que derivarían de aquél ya en la fase de desarrollo del proyecto inmobiliario, pues expresamente se conviene que *"en los fideicomisos inmobiliarios que se desprendan del fideicomiso LOTE SABANETA CALEDONIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, deberá quedar expresa la instrucción de que LA PARTE PROMITENTE CEDENTE tendrá los derechos económicos que se establecen las cláusulas TERCERA y CUARTA, sin adquirir la calidad de ACREEDOR BENEFICIARIO PREFERENTE (...)"*.

Y, además, está visto que, en relación con los derechos económicos asociados al anticipo estipulado a favor del Promitente Cedente, cuyo pago en algo se ampararía con el registro en cuestión, no permitiría en ningún caso, aún si se supusiera un incumplimiento de gestión en cabeza de PÓRTICOS, hablar de un incumplimiento de la entidad o magnitud requerida para justificar una resolución del Contrato al amparo de tal circunstancia.

4.1.3.3. El incumplimiento asociado a no haber dado inicio al proyecto inmobiliario.

En cuanto al incumplimiento que, según la demanda, se configura por *"no haber dado inicio al desarrollo del proyecto inmobiliario"*, para el Tribunal es clara la desestimación de dicho planteamiento, pues aunque, como ya se dijo, es verdad que se surtieron con éxito algunas de las relevantes etapas previas de índole técnica para el propósito que constituía la causa principal del Contrato, como la aprobación del Plan Parcial y del Proyecto Urbanístico General -PUG-, no es posible desconocer que no se agotaron en su totalidad, pues pasos como la subdivisión del inmueble y la constitución del Fideicomiso Inmobiliario al que haría tránsito el inicialmente constituido como Fideicomiso de Administración no tuvieron ejecución, ya que nunca se superó la condición previa relativa a la necesidad de contar con la autorización de intervención o la adquisición de la franja de terreno requerida para la construcción de la

vía de acceso al Proyecto, o su sustitución por alguna solución alternativa -jurídica y técnica procedente-.

En esta línea temática, en el párrafo tercero (sic) de la cláusula segunda del Otrosí de 28 de octubre de 2016 se estipuló que *"Una vez que LA PARTE PROMITENTE CESIONARIA realice la subdivisión del inmueble según el PUG aprobado por Resolución N° 663 del 28 de diciembre de 2015 de la Secretaría de Planeación y Desarrollo Territorial del Municipio de Sabaneta, se obliga a iniciar el desarrollo inmobiliario de los diferentes lotes, constituyendo un fideicomiso inmobiliario para cada uno de los lotes a desarrollar"*, previo a lo cual, en el párrafo quinto de la cláusula primera del mismo acuerdo se advierte *"que para el desarrollo del Proyecto Inmobiliario, que como ya se indicó en el párrafo anterior, constituye la causa principal de esta negociación, se requiere obtener la autorización de intervención o la cesión por parte del INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA en adelante IDEA, del Lote denominado A6 (...)"*, hasta el punto de regular, como ya se puntualizó a espacio en párrafos anteriores, las consecuencias de una escenario -hipotético en ese momento- de no logro o superación del requerimiento explicitado en forma incontrastable.

Ya ha señalado el Tribunal que respecto de la situación presentada en relación con la problemática asociada a la vía de acceso al Proyecto, el resultado fallido no tuvo origen en conductas atribuibles a culpa -mucho menos dolo- de ninguno de los contratantes, como lo puso de presente el propio HENRY MADRID a PÓRTICOS en la comunicación de fecha 6 de mayo de 2019, en la que se refiere a la actuación diligente de ambas partes en esa materia, y también se advierte en lo dicho en el numeral octavo de los "Hechos" de la demanda, documentos de los que se resaltaron los apartes pertinentes.

Para el Tribunal, consideradas las circunstancias fácticas y convencionales reseñadas, no es admisible abrir paso al reconocimiento de un incumplimiento -no haber iniciado el desarrollo del proyecto inmobiliario- que no se configura.

Debe señalar el Tribunal que las conclusiones obtenidas en punto a la no configuración de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento deprecada en la demanda no se alteran por cuenta de la previsión consagrada en el artículo 97 del Código General del Proceso, a cuyo tenor, *"La falta de contestación de la demanda (...) harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto"*, disposición en la cual, ha dicho a Corte Suprema de Justicia, *"El legislador deduce de una omisión procesal una consecuencia específica consistente en derivar una confesión ficta de los hechos pasibles de la misma que se contemplan en el libelo introductorio (...) "*⁸⁶.

⁸⁶ Sala Civil, Sentencia SC505 de 17 de marzo de 2022.

En este orden de ideas, respecto de la *confesión ficta*, como modalidad que es de tal medio demostrativo, aplica su caracterización en cuanto a que, como también lo advierte la jurisprudencia de la misma Corte, "***debe recaer forzosamente sobre hechos y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho***"⁸⁷ (la negrilla es del texto), pues -agrega invocando algún pronunciamiento anterior-, "*La prueba (de confesión) siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al juez a quien corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas*". Se trata, además, de una presunción de tipo legal o *juris tantum* -admite prueba en contrario-, que no releva al demandante de la carga probatoria que de ordinario le incumbe, y que no libera al juzgador de considerar el acervo probatorio en su conjunto y de apreciarlo siguiendo los derroteros propios de la *sana crítica* (artículo 176 del CGP), tal como lo ha hecho este Tribunal para arribar a las conclusiones desestimatorias del *petitum* de la demanda, las cuales se imponen y deben prevalecer, aún mediando el hecho procesal objetivo consistente en la extemporaneidad de la contestación de demanda presentada por la Convocada.

4.2. El pronunciamiento específico sobre las pretensiones de la demanda.

De conformidad con lo que ha quedado expuesto, en la parte resolutive de la providencia se consignará la desestimación o negación de las pretensiones de la demanda, pues, por las distintas razones suministradas a lo largo la parte motiva, no se configuran los requisitos requeridos para la configuración de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento impetrada en la demanda, lo que comprende la desestimación o negación de la reclamación (i) de la declaración de responsabilidad por incumplimiento propiamente tal (pretensión primera), (ii) de la resolución contractual que derivaría de los incumplimientos imputados (pretensión segunda), (iii) de las restituciones mutuas que se piden como consecuenciales de la fallida resolución (pretensión tercera) y (iv) del reconocimiento de la suma de dinero estipulada a título de cláusula penal (pretensión cuarta), dado su carácter meramente accesorio y condicional -se causa sólo si ocurre el incumplimiento prestacional al que se asocia-, sin que sea necesario entrar en consideraciones específicas sobre la que fue estipulada en el Contrato. Sobre "costas" (pretensión quinta), se hará el correspondiente pronunciamiento en capítulo separado de esta misma providencia.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima conveniente precisar que el alcance de la decisión anunciada, como es natural, está referido exclusivamente a la desestimación de las pretensiones incoadas en la demanda, ubicadas en el campo de la responsabilidad civil por

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, STC21575 de 15 de diciembre de 2017, Radicación n.º 05000-22-13-000-2017-00242-01.

incumplimiento en los términos en que se ha señalado, sin que, por razón del principio de congruencia perfilado en apartado anterior de esta providencia, pueda hacerse pronunciamiento decisorio en relación con otros escenarios jurídicos que podrían hipotéticamente considerarse para establecer la realidad jurídica definitiva del Contrato Matriz sobre el que versa este litigio arbitral, delimitado por el *petitum* reseñado en forma reiterada-, con los consecuentes efectos que de tales otros escenarios se pudieran derivar.

5. Otros pronunciamientos del Tribunal.

5.1. El juramento estimatorio.

El artículo 206 del CGP, modificado por la Ley 1743 de 2014, establece:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación. (...)

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

(...)

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".

Como se observa, la norma consagra la aplicación de una sanción a cargo de quien realiza el juramento estimatorio, cuando lo estimado exceda en un 50% la suma que finalmente

resulte probada, o cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, siempre que ello se deba al actuar negligente o temerario de la parte, con apego a los parámetros señalados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-157 de 2013, C-279 y C-332 de 2013, a cuyo contenido basta con remitir.

En la demanda arbitral sobre la que se decide en esta providencia se estimó juramentadamente la cuantía en \$5.150.000.000, suma compuesta por los siguientes conceptos: i) \$150.000.000, correspondientes al 50% de los derechos fiduciarios del Fideicomiso 352470 – Lote Sabaneta Caledonia S.A.S. en liquidación, de acuerdo a certificación emitida por Fiduciaria Corficolombiana; y ii) \$5.000.000.000 correspondientes a la cláusula penal pactada por las partes de este proceso en el Contrato de Promesa de Cesión de Derechos Fiduciarios.

En esta materia cabe indicar que en el presente asunto la no prosperidad de las pretensiones de la demanda tiene origen en la no concurrencia de los requisitos sustanciales exigidos para la configuración de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento cuya declaración se solicita, en el entendido que los pedimentos efectuados, si bien no se acogieron -por las razones expuestas ampliamente en esta providencia-, no lucen arbitrarios ni temerarios.

Adicionalmente se estima admisible señalar, bajo una arista puntual del litigio, que en las pretensiones de la demanda se incluye una vinculada a la causación de la cláusula penal convenida en el Contrato, frente a lo cual cabe anotar que cuando la reclamación judicial consiste en procurar la efectividad de una estipulación de esa estirpe, respecto de la cual se invoca el valor de lo convenido por las partes sobre el particular, la petición, desde la óptica de lo cuantitativo, con independencia de si cumple función indemnizatoria o de apremio, tiene justificación y sustento en el propio pacto, expresión legítima del postulado de la autonomía de la voluntad privada, desde luego dentro de los límites y parámetros consignados en los artículos 1596 y 1601 del Código Civil, y 867 del Código de Comercio, por lo que, incluso haciendo abstracción de que en eventos de ese perfil hay razonabilidad para admitir que es inoperante la exigencia legal de estimación juramentada, lo cierto es que efectuada ella en el marco de lo convenido en la respectiva estipulación, no hay propiamente reproche para formular desde esa arista de la actuación, con independencia del resultado mismo de prosperidad o no de las pretensiones de incumplimiento obligacional a las que se vincula la cláusula penal correspondiente.

Por último, valga preciar que para el Tribunal es claro que, a voces del artículo 206 del CGP, el juramento estimatorio tiene virtualidad para servir, en los términos y con el alcance señalado en la misma disposición, como prueba del monto del perjuicio o compensación que se reclama, no como prueba de la existencia del derecho sustancial pretendido, por lo que ninguna consecuencia se produce en ese campo de lo sustancial por razón de la no objeción

del juramento, en el asunto *sub-lite* acaecida por cuenta de la no contestación en tiempo de la demanda.

5.2. La conducta procesal de las partes.

La frase final del primer inciso del artículo 280 del Código General del Proceso, referente al contenido de las sentencias -aplicable en materia arbitral, y por consiguiente a los laudos arbitrales, artículo 1º *ibídem*-, establece que *"El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas"*.

El Tribunal manifiesta que durante todo el proceso, las partes y sus apoderados obraron, en el ámbito de lo formal, con apego a las prácticas de una adecuada conducta procesal, lo que no le impide señalar que, como es evidente en distintos sucesos del trámite, no compartió posturas asumidas por la parte demandada en torno a tópicos como la petición infundada de declaraciones de nulidad de lo actuado, al cuestionamiento reiterado de temas tratados y decididos en oportunidades anteriores y al manejo del derecho de postulación en parte final del proceso; el Tribunal, respetuoso del derecho al debido proceso, incluido el de defensa y contradicción, mantuvo -como lo mantiene y mantendrá hasta el final del proceso- adecuada disposición para la conducción del trámite con apego a la legalidad, sin perjuicio de disentir respecto de actuaciones como las mencionadas.

Lo anterior, sin embargo, no tiene virtualidad para deducir, en la esfera del derecho sustancial y probatorio aplicable en este caso, indicios en contra de la parte demandada que pudieran alterar el sentido de la decisión de fondo sobre la controversia; la naturaleza y alcance de los argumentos sustanciales, procesales y probatorios que fundamentan la decisión desestimatoria de las pretensiones de la demanda, deben prevalecer.

CAPÍTULO III COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso prevé:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

En este proceso, la totalidad de las partidas de honorarios y gastos fijadas para el funcionamiento del Tribunal fueron sufragadas por el Convocante, como se señaló en el acta de la audiencia surtida el 7 de marzo de 2023, por un valor total de \$747.850.000; y por no haberle reembolsado la Sociedad Convocada la porción que le correspondía en dichos honorarios y gastos, la parte actora solicitó la certificación de que trata el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la cual se expidió el 16 de agosto de 2023, por valor \$373.925.000. En el expediente no hay constancia de que luego expedida y entregada la certificación haya ocurrido el reembolso o se haya iniciado reclamación en sede judicial o concursal.

Está anunciado el resultado desestimatorio de todas las pretensiones de la demanda, y está visto que el mismo se produce por la no configuración de los requisitos exigidos para la configuración de la responsabilidad civil contractual por incumplimiento que se alega como eje de la reclamación, en un contexto caracterizado, además, por la no oposición material de la parte demandada en cuanto al fondo de la controversia, respecto de cuya gestión judicial se aprecia que no presentó oportunamente la contestación de la demanda -con la consecuente no petición de pruebas-, ni alegó de conclusión al no designar apoderado para suplir la ausencia generada por su propio acto de revocación del poder otorgado a su vocera inicial⁸⁸, a lo que se une, en la dirección contraria, que fueron desestimadas las varias actuaciones de la Convocada tendientes a cuestionar, sin fundamento a juicio del Tribunal, la legalidad del trámite, adelantado por el Tribunal garantizando los derechos de ambas partes.

⁸⁸ Se trata de los actos procesales de mayor espectro en el ejercicio del mandato judicial, por lo que no se advierte fundamento para causar agencias en derecho.

Como consecuencia de todo lo dicho, no habrá condena en costas a favor ni a cargo de ninguna de las partes, de modo que, conforme a lo recién indicado sobre la forma en que fueron cubiertas las partidas de honorarios y gastos fijadas para el funcionamiento del Tribunal, el Convocante debe asumir la proporción a su cargo (50%), y la Sociedad Convocada otro tanto (50%), por lo que el derecho al reembolso de este último componente, aludido en párrafo anterior, conserva vigor.

CAPÍTULO IV DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre HENRY ALONSO MADRID GÓMEZ, Parte Convocante, y PÓRTICOS INGENIEROS CIVILES S.A.S. -hoy en Liquidación-, Parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1. Negar** las pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta de la demanda arbitral, en los términos, por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.
- 2. Abstenerse** de imponer condena en costas (pretensión quinta), en los términos, por las razones y con el alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.
- 3. Abstenerse** de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.
- 4. Disponer** que se expidan copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.
- 5. Declarar** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. Las Partes expedirán los respectivos certificados de retención, según corresponda.
- 6. Ordenar** que se rinda a las partes, por la Presidenta del Tribunal, la cuenta razonada de lo depositado para honorarios y gastos, y que se proceda a devolver las sumas no

utilizadas de esta última partida, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

- 7. Disponer** que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012).

El presente Laudo Arbitral queda notificado en estrados, en audiencia celebrada por medios electrónicos el treinta (30) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Tribunal



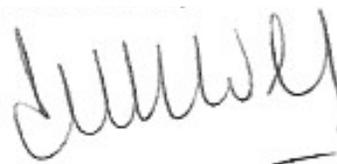
MARÍA ISABEL VANEGAS ARIAS

Presidente



JOSÉ ARMANDO BONIVENTO JIMÉNEZ

Árbitro



JUAN DAVID PALACIO BARRIENTOS

Árbitro



CARLOS MANUEL OSSA ISAZA

Secretario