

7/38774 DA 01049114



2.117

Septima 04

Republica de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Septima
Circulo de Medellin

FECHA: SEPTIEMBRE CUATRO (04) DE DOS MIL SEIS (2006)
 ESCRITURA NUMERO: DOS MIL CIENTO DIECISIETE (2117)
 NATURALEZA DEL ACTO: PROTOCOLIZACION DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL

PROCESO ARBITRAL

CONVOCANTE: EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR

CONVOCADAS: FAJARDO MORENO & CIA. S.A. Y CONSUPERIOR S.A.

----- paulina

En el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, a los cuatro (04) días del mes de septiembre del año dos mil seis (2006), ante el DESPACHO DE LA NOTARÍA SEPTIMA DEL CIRCULO NOTARIAL DE MEDELLÍN, cuya Notaria Titular es la doctora LUCIA MEJIA ZULUAGA, se presento el doctor ALFREDO TAMAYO JARAMILLO, mayor de edad, vecino de esta ciudad de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 70.548.468, quien obra en este acto en su calidad de Árbitro Único del Tribunal de Arbitramento y en tal calidad manifestó: -----

PRIMERO: Que presenta para su protocolización en esta Notaria EL EXPEDIENTE CONTENTIVO DEL PROCESO ARBITRAL promovido por EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR contra FAJARDO MORENO & CIA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., el cual se compone de tres (3) cuadernos, con un total de folios, el cual se describe así: -----

CUADERNO	TITULO	FOLIOS
1	Cuaderno principal, el cual se encuentra debidamente foliado de la página 1 a la página 452	1 a 452
2	Cuaderno N° 2 pruebas de la parte demandante EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR	1 a 24
3	Cuaderno N° 3 pruebas de la parte demandada FAJARDO MORENO & CIA. S.A. y CONSUPERIOR S.A.	1 a 149
-----	TOTAL	625

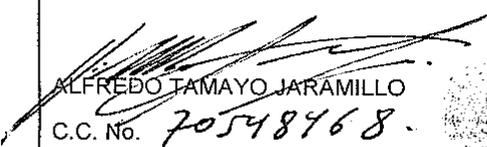
SEGUNDO: En atención a lo solicitado por el compareciente, la Notaria lo insertó desde ahora en el protocolo de esta Notaria, en el lugar, con la fecha y bajo el número que le corresponda, para que forme parte de él, surta efectos legales y los interesados puedan en cualquier momento solicitar las copias que necesiten y tengan a bien. -----

Leída la presente escritura por el compareciente, la encuentra correcta, la aprueba y la firma con la Notaria que da fe. -----

Derechos Notariales \$ 36.640.00 Resolución No. 7200 de diciembre 14 de 2005. -----

Recaudo Superintendencia y Fondo Especial \$6.110. IVA \$5.862.00 Ley 223 de 1995. -

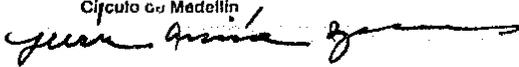
La presente escritura se elaboro en las hoja de papel Notarial N° DA 01049114. -----


ALFREDO TAMAYO JARAMILLO

C.C. No. 70548468.

ARBITRO UNICO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

República de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Séptima
Circulo de Medellín



LUCIA MEJIA ZULUAGA

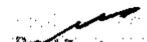
NOTARIA SEPTIMA

NOTARIA SEPTIMA

Es 13 y fiel copia de la escritura N° 2.117

Se expide en 01 hojas se destina para INTERESADO

Medellin 06 de SEPTIEMBRE de 2006


República de Colombia
LUCIA MEJIA ZULUAGA
Notaria Séptima
Circulo de Medellín

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
PROVOCANTE: EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR
PROVOCADOS: FAJARDO MORENO Y CÍA S.A. y CONSUPERIOR S.A.

LAUDO ARBITRAL

Medellín, dos (2) de agosto de dos mil seis (2006).

Agotado el trámite constitucional y legal, y estando dentro de la oportunidad procesal para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el Laudo Arbitral que pone fin al conflicto presentado por las partes, así:

TÍTULO ÚNICO
LA CONSTRUCCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL
CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES

1. EL PACTO ARBITRAL.

La señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, en calidad de Promitente compradora, y las sociedades FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., en calidad de Promitentes Vendedoras, celebraron el día veinte (20) de octubre de 2003, un "contrato de promesa de compraventa de unos bienes inmuebles", cuya Cláusula Compromisoria, reza así:

"CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA. TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
Cualquier diferencia que surja entre LA PARTE PROMETIENTEVENDEDORA y LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA, en razón del presente contrato, durante su constitución, ejecución, terminación o liquidación, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por un (1) árbitro designado por la Cámara de Comercio de Medellín. El árbitro fallará en derecho. El Tribunal de Arbitramento se regirá por lo dispuesto en el decreto 2297 de 1989, 2651 de 1991, la ley 23 de 1991, la ley 446 de 1998 y el decreto 1818 de 1998 y en las normas vigentes y complementarias. El Tribunal se sujetará a las reglas del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín. Las direcciones para este efecto son las indicadas en la cláusula anterior."

2. EL TRÁMITE ARBITRAL.

- A. No obstante el contenido de la cláusula compromisoria, la Jefe de la Unidad de Arbitraje, abogada Bibiana Bernal Mesa, exhortó a las partes para que procedieran directamente a elegir al árbitro único, quienes a través de sus apoderados los abogados Luis Fernando Pérez Gonzáles y Ángela Patricia Ramírez Giraldo, manifestaron su intención de modificar la cláusula compromisoria, en el sentido de que las partes, por mutuo acuerdo, designarían al árbitro único.

En consecuencia, el día 12 de abril 2005, por mutuo acuerdo y con las facultades a ellos conferidas de conformidad a los poderes visibles en el expediente, fue designado el abogado ALFREDO TAMAYO JARAMILLO, quien aceptó tal designación en el término legal¹.

Es de anotar que la parte demandante y los representantes legales de las sociedades demandadas ratificaron el nombramiento del árbitro por parte de los abogados².

De trascendental importancia es la designación y aceptación del árbitro, puesto que de este acuerdo surgió el fundamento de la justicia arbitral: el principio de la habilitación de las partes y, por tanto, de la decisión de este laudo arbitral.

- B. La señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, mediante apoderado judicial, presentó el día catorce (14) de marzo de 2005, unas pretensiones contenidas en una demanda arbitral ante la señora Directora de la Unidad de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- C. El día dieciséis (16) de mayo de 2005, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento³.

¹ Cfr. Fls. 43 a 52 del cuaderno principal.

² Cfr. Fls. 43, 50 y 77 del cuaderno principal.

³ Cfr. Fls. 78 a 81 del cuaderno principal.

Al respecto este Tribunal manifiesta: Para que un Tribunal tenga jurisdicción, más no competencia, en los términos del artículo 116 de la Constitución política y de la sentencia C-1038 de 2002, es necesario que el primer acto procesal que realice el Tribunal sea la audiencia de instalación pues es allí, y solamente allí, donde el Tribunal adquiere su función jurisdiccional transitoria debidamente habilitada por las partes. Debe entenderse que los actos jurisdiccionales constituyen el elemento objetivo del proceso y el conjunto organizado de esos actos jurisdiccionales integran la actividad procesal. Asimismo, la teoría del acto procesal enseña que ellos son manifestación de voluntad del Tribunal de Arbitramento con la finalidad de producir efectos jurídicos en el proceso de conformidad con la ley y en la oportunidad procesal que la ley establezca para ello.

Instalado el tribunal, se dio aplicación a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, expediente T-1100122030002004, del 10 de febrero de 2005, en lo que se refiere al momento procesal para la fijación de honorarios y gastos, esto es una vez transcurra el traslado concedido a la parte demandada⁴.

Es necesario advertir que el Juez Permanente o del Estado no requiere realizar un acto procesal previo para declarar que tiene jurisdicción, pues son la misma Constitución y la ley quienes le confieren Jurisdicción permanente mientras permanezca en su cargo, como quiera que la función jurisdiccional del Juez hace parte de los postulados y de la esencia misma del Estado Social de Derecho, el cual sería impensable sin la presencia de un juez permanente que dirima los problemas o conflictos que se suscitan en la sociedad. Con todo si se podría pensar en un Estado Social de Derecho o en cualquier otro esquema de estado sin la presencia de la función jurisdiccional temporal del proceso arbitral, ya que el arbitraje no hace parte esencial de dicho Estado, aunque sí es una elemento accidental y eficaz del mismo.

En conclusión, la audiencia de instalación es un acto unívoco de naturaleza esencial y trascendente que sirve de soporte o requisito a las partes para que el Tribunal adquiera la función jurisdiccional de manera temporal y excepcional en los términos del artículo 116 de la Constitución política.

- D. Una vez instalado, el Tribunal de Arbitramento, conformado por un (1) árbitro, mediante auto del día dieciséis (16) de mayo de 2005 inadmitió la demanda arbitral presentada por EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR y le concedió la oportunidad procesal para que se cumpliera con los requisitos pertinentes.

Mediante escrito visible a folio 82 del cuaderno principal, el apoderado especial de la parte demandante subsanó, dentro de la oportunidad que tenía para hacerlo, el requisito exigido por el Tribunal y, en consecuencia, mediante providencia del día veinticuatro (24) de mayo de 2005, se admitieron las pretensiones procesales contenidas en la demanda arbitral. En esta misma providencia se ordenó la notificación personal a los señores Representantes Legales de las sociedades demandadas FAJRADO MORENO Y CÍA S.A. y CONSUPERIOR S.A., y correr traslado por el término de diez (10) días para que ejercieran el derecho de defensa.

- E. La parte convocada, a través de su apoderada judicial, descorrió el traslado oportunamente, el día 9 de junio de 2005⁵, contestando la demanda y proponiendo excepciones de fondo, de las cuales se dio traslado a la parte convocante⁶.
- F. Dando aplicación a la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, expediente T-1100122030002004, del 10 de febrero de 2005, en audiencia celebrada el día 20 de junio de 2005, se fijaron los gastos y honorarios del tribunal, los cuales fueron reajustados mediante providencia del día 17 de mayo de 2006.
- G. Luego de ser decretados los honorarios y gastos, las partes convocante y convocada, en la oportunidad legal, consignaron la totalidad de ellos, dando así cumplimiento al *presupuesto procesal de la consignación*, cuya característica particular y especial es la de permitir que el Tribunal de Arbitramento resuelva sobre su propia competencia y evite declarar cesados los efectos del pacto arbitral⁷.

⁴ Cfr. Fls. 211 a 214 del cuaderno principal.

⁵ Cfr. fls. 88 a 210 del cuaderno principal.

⁶ Cfr. fl. 214 del cuaderno principal.

⁷ Artículo 144 inciso 4, decreto 1818 de 1998, el cual reza: "Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si esta no se realizare, el Tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria".

- H. Cumplido lo anterior, el Tribunal en audiencia del día veintitrés (23) de agosto de 2005 se reunió para efectos de llevar a cabo la audiencia de conciliación arbitral, la cual se desarrolló y fue suspendida hasta el día 6 de septiembre de 2005 y reanudada el día 9 de septiembre de 2005. En esta audiencia las partes llegaron a un acuerdo sometido a condición, evento futuro e incierto que habría de verificarse posteriormente.
- I. Mediante citación contenida en providencia del treinta (30) de enero de 2006, el Tribunal se reunió con las partes el día quince (15) de febrero del mismo año, a efectos de comprobar o confirmar la verificación de la condición a que se sometió el acuerdo. En la audiencia se encontró que la condición no se había cumplido y que, en consecuencia, debía declararse fallida para, como en efecto se hizo, dar paso a la celebración inmediata de la primera audiencia de trámite, de conformidad con el artículo 147 del decreto 1818 de 1998.
- J. En la primera audiencia de trámite se decretaron todas las pruebas solicitadas por las partes, las cuales fueron debidamente practicadas.
- K. Culminado el periodo probatorio, mediante providencia del día 27 de junio de 2006, se dio traslado a las partes para alegar, lo cual hicieron oportunamente a través de sus apoderados judiciales⁸.

3. LA SENTENCIA C-1038 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2002 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:

La Corte Constitucional por medio de esta sentencia resolvió lo siguiente:

"(...)

1. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-592 de 1992, respecto del artículo 13 y de los ordinales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

2. Declarar EXEQUIBLE el numeral 3º del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (C.P., art. 116), la expresión "en caso contrario el centro designará a los árbitros" es aplicable si las partes lo han autorizado previa y expresamente.

3. Declarar EXEQUIBLE el numeral 3º del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (C.P., art. 116), la expresión "El centro hará las designaciones que no hagan las partes" es aplicable si ha sido prevista en el compromiso o en la cláusula compromisoria.

4. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "Previo a la instalación del tribunal de arbitramento" y el párrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998. El resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 es declarado EXEQUIBLE, en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación.

5. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, excepto la expresión "y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial" que se declara INEXEQUIBLE.

"(...)"

En cuanto a los efectos en el tiempo de esta decisión, en su parte motiva, consideró lo siguiente:

"(...)

Efectos en el tiempo de la decisión.

33. Por razones de seguridad jurídica, la Corte precisa que esta decisión de inexequibilidad sigue la regla general, y tiene efectos sólo hacia el futuro, y por ello no afecta los procesos de arbitramento que ya hayan superado esta fase prearbitral. Sin embargo, esta corporación aclara que aunque este fallo no tiene proyección hacia el pasado, sus efectos son inmediatos, y por ello debe aplicarse a los procesos arbitrales que no hayan superado esa fase prearbitral. Además, es claro que esta decisión no impide el desarrollo de nuevos procesos arbitrales, pues se entiende que las partes procederán directamente a la convocación del

⁸ Cfr. fls. 372 a 392 del cuaderno principal.

respectivo tribunal, con el apoyo material y logístico, cuando sea necesario, de los centros de arbitramento. (...)"

Con fundamento en las consideraciones de la Honorable Corte Constitucional, este Tribunal de Arbitramento dio aplicación, en su integridad, a lo resuelto por esta corporación.

En conclusión: El trámite arbitral estuvo ceñido a las normas constitucionales, a los lineamientos prescritos en el decreto compilador 1.818 de 1.998 y demás leyes, implícitas o explícitamente positivas y, en especial, a la sentencia C-1038 de 2.002 de la H. Corte Constitucional, en el sentido que es al Tribunal de Arbitramento al que le corresponde realizar todas las actuaciones procesales que hacía el Director del Centro de Arbitraje.

CAPÍTULO SEGUNDO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPAL

El fundamento principal de este laudo arbitral⁹, lo constituyen, en esencia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso, el principio de la sana crítica y el sistema procesal dispositivo, los cuales encuentran su fundamento en el inciso último del artículo 116 de la Constitución política. Los dos primeros, son de raigambre constitucional y, por tanto, normas o principios de carácter imperativo fundantes de otros principios o reglas normativas o legales (Cfr. Arts. 229 y 29 de la Constitución Nacional). La naturaleza de estos principios dan cuenta de que para la construcción de este laudo, que no es otra cosa que una norma particular con efectos *inter partes*, deben garantizarse unas normas mínimas y deben respetarse unas garantías esenciales para todas las partes, puesto que la fuente o el camino de su construcción se debe ajustar a estos principios rectores.

En cuanto a los otros dos principios (Cfr. Arts. 187 y 2º del Código de Procedimiento Civil), que son fundados por el principio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso, se considera que es a través de la formulación de la pretensión procesal y de la excepción que el Tribunal de Arbitramento, otorga o no, puesto que con esa formulación el Tribunal debe propender por la imparcialidad e imparcialidad frente a las partes en litigio.

CAPÍTULO TERCERO MATERIA DEL LITIGIO -Lo que se demanda y lo que se responde-

1. LA PRETENSIÓN:

- A. **Los fundamentos de la pretensión:** los motivos que dieron origen a la pretensión, también conocidos como causa petendi, fueron presentados por la parte convocante así:

"(...)

V. SON HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA SOLICITUD

1. El 20 de octubre de 2003, la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, en su calidad de prometedora compradora celebró con las sociedades comerciales domiciliadas en Medellín, denominadas FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., en calidad de promitentes vendedoras, un contrato de promesa de compraventa respecto de los siguientes bienes inmuebles situados en el EDIFICIO TWINS – PROPIEDAD HORIZONTAL- Torre 1- : apartamento bplex No. 804, Parqueadero 23, Parqueadero 24 y cuarto útil 26, ubicados en la calle 2 sur No. 20-250 de la actual nomenclatura urbana de ésta ciudad de Medellín, Transversal Superior, Sector Poblado, identificados con los folios de matrícula inmobiliarias Nos. 001-841315, 001-841509, 001-841510 y 001-841541 todos de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, cuya extensión y linderos aparecen en el respectivo documento que se anexa a este escrito de demanda.

2. Las partes acordaron como precio por inmuebles prometidos en venta la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$185.143.650), que la prometedora compradora, señora LONDOÑO ESCOBAR, pagó de la siguiente manera: a) La suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000) el día 18 de julio de 2003 b) La suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$52.668.774) el

⁹ El laudo arbitral es el acto procesal más importante del Tribunal de Arbitramento y el más esperado por las partes, por tanto, su hincapié en este momento procesal.

día 21 de agosto de 2003 c) La suma de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$129.474.876) el día 29 de septiembre de 2003 La señora LONDOÑO pagó además la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$2.478.726) el día 21 de julio de 2004, este último mediante cheque girado a favor de Andrés Fajardo para pagar las mejoras de los inmuebles, los demás a favor del FIDEICOMISO TWINS por instrucciones de la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, para un total pagado de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M.L. (\$187.622.376).

3. Se pacto en el contrato celebrado, en la cláusula quinta, que la fecha de entrega de los inmuebles objeto de la promesa de compraventa por parte de la prometiente vendedora sería el día 13 de septiembre de 2004 a las 2:00p.m. **Acordando además, en el párrafo de esa cláusula que, la fecha de entrega material de los inmuebles se estima con base en el programa que la parte prometiente vendedora elaboró para la construcción del proyecto.** (Resaltado es del original)

4. En el mismo párrafo de la cláusula quinta se dice: "...Sin embargo el desarrollo de esta clase de obras, está sujeta a las contingencias propias del suministro de materiales, cumplimiento de contratistas demoras, en la conexión de servicios, huelgas en el personal, contratistas o proveedores, etc., en general imprevistos ajenos a la parte PROMETIENTE VENDEDORA. En estos eventos LA PARTE PROMETIENTE VENDEDORA informará de esta circunstancia a LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA con 30 días de anticipación a la fecha de entrega pactada inicialmente, y el plazo para la entrega quedará prorrogado por el mismo tiempo que dure dicha situación; esta situación no podrá exceder de tres meses contados desde la fecha de entrega del inmueble...."

Las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A. nunca notificaron a la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO de alguna circunstancia extraordinaria que le permitiera prorrogar el plazo de la entrega.

5. Para efectos de la protocolización el negocio prometido, se fijó la Notaría diecinueve del Circulo de Medellín, y como fecha y hora el día 13 de septiembre a las 5:00 p.m. Llegado el momento, ningún representante de la sociedad FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A. se hizo presente en la Notaría Diecinueve del Circulo de Medellín a suscribir la correspondiente escritura pública que solemnizara el negocio jurídico prometido, tal y como se pactó.

6. Por el contrario, la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, concurrió a la Notaría Diecinueve del Circulo de Medellín, en la fecha y hora en punto, tal y como se desprende del Certificado de Comparecencia expedido por la señora Notaria Diecinueve del Circulo de Medellín, doctora Beatriz Elena Londoño de Botero, para cumplir con lo suyo.

7. A todas estas la señora LONDOÑO ESCOBAR le escribe una carta a las sociedades promitentes vendedoras con fecha 17 de septiembre de 2004, recibida por los destinatarios el día 20 del mismo mes, en donde manifiesta su inconformidad con la situación de incumplimiento y el trato displicente del que ha sido víctima por parte de la sociedad prometiente vendedora. Pero en forma olímpica se recibe como respuesta un "Otrosí a la promesa de Compraventa" prorrogando el plazo de la entrega material de los inmuebles y el del otorgamiento de la escritura pública que solemnizara el contrato de compraventa prometido, dando por obvio que la señora EUGENIA MARÍA hubiese aceptado los términos propuestos sin haberlos siquiera discutido.

8. La señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR no tiene interés en continuar con el contrato.
(...)"

- B. **Objeto de la pretensión:** Igualmente, la parte convocante expresó que el objeto de la pretensión procesal o petitum es el siguiente:

"VI. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos anteriores, previa ritualidad procedimental pertinente con citación y audiencia de las sociedades convocadas, solicito que

mediante laudo arbitral se acojan las siguientes o similares pretensiones debido al incumplimiento de la parte prometedora vendedora:

PRIMERA: Se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa de los inmuebles descritos en el hecho primero, celebrado el día 20 de octubre del año 2003 entre las sociedades comerciales FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., de una parte en calidad de promitentes vendedoras y la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, de otra parte, en calidad de prometedora compradora.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A. a devolver a favor de EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376) como restitución del precio pagado.

TERCERA: Como consecuencia de la pretensión primera, se ordene pagar a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., a favor de la señora ANA MERCEDES LONDOÑO DE R. los intereses bancarios corrientes máximos permitidos sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376), intereses que deberán ser liquidados desde las fechas en que fueron entregados los distintos instalamentos para pagar el precio pactado tal y como se relata en el hecho segundo de este escrito, hasta el día 13 de septiembre de 2004, fecha en la que el plazo se le venció a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., para entregar los inmuebles objeto de la promesa y para firmar la escritura pública que solemnizara el contrato prometido.

CUARTA: Como consecuencia de la pretensión primera, se ordene pagar a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., a partir del día 13 de septiembre de 2004, día en que se constituyen en mora, a favor de la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, los intereses moratorios máximos permitidos sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376), y hasta el día en que se realice el pago efectivo de la pretensión segunda.

SUBSIDIARIA DE LA PRETENSIÓN TERCERA Y CUARTA: Como consecuencia de la pretensión primera, se ordene a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., a pagar a favor de la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, la indexación monetaria sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376), a partir de las fechas en que la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, entregó los instalamentos para pagar el precio convenido, hasta el día 13 de septiembre de 2004 fecha en la que el plazo se le venció a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., para entregar los inmuebles objeto de la promesa y para firmar la escritura que solemnizara el contrato prometido. (...)"

2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Las sociedades convocadas ejercieron el derecho de defensa que le otorga la Constitución política y la ley mediante el ejercicio de la institución de la contestación a la demanda y la formulación de excepciones de fondo.

A. Manifestaciones frente a los hechos: Las demandadas en su escrito de defensa se pronunciaron sobre todos y cada uno de los hechos afirmados por la provocante, así:

AL PRIMERO:

"Parcialmente cierto. Pues como consta en la promesa de compraventa dicho contrato también fue firmado por FIDUCIARIA SUPERIOR S.A. en calidad de vocera del FIDEICOMISO TWINS".

AL SEGUNDO:

"Parcialmente cierto. Pues como más adelante lo argumentaré este es un contrato atípico y complejo, compuesto el negocio jurídico de varios actos que no son aislados sino que hacen parte en su integridad de un solo negocio siendo estos: a) el acuerdo de negociación PROYECTO TWINS en los que se configura el acuerdo de voluntades básicos y que fue suscrito por NICOLÁS VÁSQUEZ y EUGENIA MARÍA LONDOÑO el 8 de mayo de 2003. b) el contrato de encargo fiduciario celebrado entre EUGENIA MARÍA LONDOÑO y LA FIDUCIARIA SUPERIOR S.A. y c) El contrato de promesa de compraventa firmado como promitente compradora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, como promitentes FIDEICOMITENTES EJECUTORES Y promotores de venta del PROYECTO INMOBILIARIO TWINS las empresas MORENO FAJARDO Y CÍA. S.A. y Consuperior S.A. y FIDUCIARIA SUPERIOR S.A. en calidad de vocera del FIDEICOMISO TWINS. Es decir que un solo negocio jurídico o contrato está conformado por varios actos jurídicos y que para su correcta lectura e interpretación se deben estudiar en su integridad por lo tanto si observamos en este hecho el precio acordado para los inmuebles no fue solamente el pactado en la promesa de compraventa sino desde el acuerdo de negociación y en el encargo fiduciario se había estipulado esta forma de pago y fue ratificado en la promesa de compraventa".

AL TERCERO:

"Parcialmente cierto. Porque como lo dice la misma demandante en el hecho cuarto en el mismo párrafo determina la posibilidad de prórroga para la entrega y la indemnización al que hay lugar en caso de la demora de ésta. Digo entonces que parcialmente cierto porque si bien es cierto que se acordó un plazo para la entrega también se acordó la posibilidad de prorrogar dicho plazo inclusive la indemnización en caso de excederse también en esta prórroga".

AL CUARTO:

"No es cierto. Desde que el PROYECTO TWINS empezó a presentar problemas que retrazaron la obra, problemas que más adelante explicaré más ampliamente y obedecen a una fuerza mayor, se le informó de los retrasos que presentaría la entrega del inmueble por intermedio de sus empleados y de su hijo el Sr. NICOLÁS VÁSQUEZ LONDOÑO quien además había concurrido al acuerdo de negociación siendo por tanto informado de dicha situación. Obsérvese como lo transcribe el abogado la Cláusula Quinta Parágrafo Uno el informar las circunstancias del retraso de la obra o de la entrega no exigía ninguna informalidad especial. Personalmente me reuní con el abogado que apodera la parte actora para informar esta circunstancia de atraso de la obra; quien además se reunió con el representante legal de FAJARDO MORENO llegándose a un acuerdo en el que lo indemnizaban por el atraso de la obra, acuerdo que posteriormente se negaron a firmar las partes que él representaba".

AL QUINTO:

"Es cierto. Y eso es así porque se había acordado entre las partes el firmar otro si para prorrogar dicha firma pues a pesar de todos los esfuerzos y pedidas realizada por la promotora y constructora del Proyecto este presentaba retrasos pero no eran imputables a ellos".

AL SEXTO:

"No me consta que lo pruebe la parte actora de conformidad con el art. 177 del C. de P. C.".

AL SEPTIMO:

"Parcialmente cierto. Pues aunque se recibió por parte de la entidad que represento no fue en una forma olímpica como se le envió el OTRO SI sino que este correspondía a como se había desarrollado la obra y las conversaciones que había tenido con sus intermediarios".

AL OCTAVO:

"No me consta. Pero es claro que el móvil principal de esta acción es la pérdida del interés para continuar con el contratote parte de la Sra. EUGENIA MARÍA

LONDOÑO ESCOBAR. Pero si bien este móvil no debe ser la fuente de las responsabilidades por parte de quien represento, pues como lo explicaré después la demora en la realización de la obra no le ha generado ningún perjuicio a la demandante sino que por el contrario le ha originado beneficios".

B. Oposición a las pretensiones: En cuanto al objeto de la demanda, las sociedades convocadas manifestaron:

"Mis mandantes se oponen radicalmente a las pretensiones de la demanda, pues de ninguna manera se estructuran los requisitos o presupuestos legales, sustanciales y probatorios exigidos".

C. Excepciones. Finalmente los convocados propusieron las siguientes excepciones de fondo:

- 1). *"Fuerza mayor o caso fortuito".*
- 2). *"Consensualidad de las promesas de ventas comerciales y prórroga no escrita de ésta."*
- 3). *"Contratos complejos."*
- 4). *"Carácter supletivo de las normas de derecho comercial."*
- 5). *"Cumplimiento de la obligación."*
- 6). *"Incumplimiento no genera perjuicio."*

3. EL ASUNTO A DECIDIR (Thema Decidendum).

Una vez fijados los hechos a través de las afirmaciones y negaciones aportadas por las partes al proceso, el Tribunal de Arbitramento quiere identificar, desde un punto de vista general, cuál es el problema jurídico debatido y, por consiguiente, identificar qué es lo que se va a resolver. En tal sentido, se concluye que se trata de un problema de naturaleza contractual, referente a la solicitud de resolución de un negocio jurídico que, para el convocante, tiene la naturaleza de una promesa de compraventa (ver hecho 1 de la demanda), sin justificación alguna de incumplimiento por parte del deudor (ver hechos 5, 6 y 7 de la demanda), en tanto que, para los convocados tiene una *naturaleza compleja* (ver excepción 3 de la contestación), sin visos de incumplimiento (ver excepción 5 de la contestación) o, al menos, con una circunstancia exonerante de responsabilidad. (Ver excepción 1 de la contestación).

CAPÍTULO CUARTO EL JUICIO DE VALIDEZ Y EFICACIA DEL PROCESO

Toda vez que el proceso jurisdiccional es fuente de creación de una norma jurídica individual, este Tribunal de Arbitramento debe revisar nuevamente sus etapas de procesamiento, corroborando así su legitimidad y, en consecuencia, la del laudo o norma jurídica que por este acto procesal se creará de manera particular.

Si de un análisis institucional se concluye que un acto procesal viciado puede volverse a realizar y con su realización se puede dictar sentencia, esa institución o presupuesto será un requisito para la validez del proceso; pero si a pesar de volverse a realizar el acto viciado, se concluye que no puede dictarse sentencia, la institución o presupuesto será un requisito de eficacia procesal.

Conforme a lo anterior, se detendrán estas consideraciones preliminares en el examen de los presupuestos de validez y de eficacia del proceso.

1. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

A. La competencia del tribunal arbitral: Este requisito de constitucionalidad está asignado por la ley, la cual está inspirada en la intención de asegurar la imparcialidad y la igualdad de las partes. Para el caso particular que nos ocupa, la competencia está dada y así lo manifestó este tribunal en su providencia del día quince (15) de febrero de 2006. Remítase, por consiguiente, a dicha providencia para constatar allí las razones y los motivos de esa manifestación. (Cfr. Folios 273 a 283 del cuaderno principal).

- B. La capacidad para ser parte:** Se puede observar de las piezas procesales del expediente, más específicamente, de la persona natural que integra la parte convocante y de las personas jurídicas que conforman la parte convocada, previa la verificación del certificados de existencia y representación, que las partes tienen capacidad de goce, es decir, posibilidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, capacidad que es, finalmente, la exigida por la ley. En cuanto a este presupuesto, el tribunal arbitral trae los mismos argumentos esgrimidos en la primera audiencia de trámite cuando se pronunció respecto a la capacidad para ser parte (Cfr. Folios 274 y 275 del cuaderno principal).
- C. El derecho de postulación.** Se trata de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al derecho al debido proceso (Cfr. Art. 229 y 29 de la Constitución política). Cada una de las partes nombró al apoderado judicial que consideró idóneo para su defensa personal. Por no existir impedimento fundado en alguna causal de las expresadas por el Consejo Superior de la Judicatura para ejercer su profesión, el Tribunal reconoció personería dentro de los límites y facultades del apoderamiento otorgado a los abogados. (Cfr. Folios 81, 284 y 285 del cuaderno principal).
- D. Procedimiento y legalidad en las formas:** Respecto a las formas contenidas en la ley, el Tribunal actuó conforme a derecho, pues se ajustó, en primer lugar, al decreto 1818 de 1998 y demás normas concordantes y, en segundo lugar, a la sentencia C-1038 de 2.002, emanada de la H. Corte Constitucional.
- E. Demanda en forma:** La demanda, que contiene la pretensión procesal, se encuentra en forma, ya que contiene todos los requisitos establecidos en el artículo 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

2. PRESUPUESTOS DE EFICACIA

- A. Capacidad para comparecer al proceso.** Concluye el Tribunal que, ambas partes tienen capacidad para comparecer por sí mismos al proceso, puesto que pueden obligarse por sí mismos. De la misma manera se remite a la providencia del día quince (15) de febrero de 2006 en cuanto a lo dicho en la competencia por el factor subjetivo¹⁰.
- B. Legitimación en la causa.** Existe el presupuesto fundamental de legitimidad en la causa, como quiera que las partes demandante y demandada se relacionaron sustancialmente en virtud de la celebración del contrato a que aluden, tanto la demanda como su contestación. (Negocio del día 20 de octubre de 2003).
- C. Interés para obrar.** Existe un interés jurídicamente relevante y legítimo por parte de la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, quien asegura habersele incumplido un negocio jurídico celebrado con las sociedades FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., y de estas últimas, quienes discuten el supuesto incumplimiento o la responsabilidad que les quepa en él.
- D. Ausencia de cosa juzgada.** Ninguna de las partes advirtió, en el trámite del proceso, la existencia de una sentencia o laudo arbitral que ya hubiera puesto fin a este conflicto o problema entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto.
- E. Ausencia de prejudicialidad y de litispendencia.** Igualmente, ninguna de las partes advirtió la existencia de otro pleito donde se discuta algún hecho o elemento axiológico de este proceso arbitral.
- F. Ausencia de caducidad.** En este proceso arbitral no se ha dado el fenómeno extintivo de la caducidad puesto que la pretensión se presentó en el tiempo que, tanto el código civil, como el código de comercio colombiano, prescriben para ello.
- G. Ausencia de transacción.** Si el litigio actual hubiese sido compuesto de modo autónomo, mediante el contrato de la transacción, por sustracción de materia, no sería dable ni un proceso ni mucho menos una decisión. El Tribunal observó cada uno de los actos procesales y no encontró que las partes hayan aportado al expediente un contrato de tal naturaleza.
- H. Oportunidad del laudo.** El Tribunal se encuentra en la oportunidad procesal pertinente para expedir el fallo, con lo cual goza todavía de jurisdicción. En efecto, las partes en la cláusula compromisoria no pactaron el tiempo de duración del mismo

¹⁰ Cfr. Folios 274 y 275 del cuaderno principal

y, por tanto, el término del proceso será de seis (6) meses contados a partir desde la primera audiencia de trámite¹¹. De las piezas procesales se observa que la primera audiencia de trámite se realizó el día quince (15) de febrero de 2006. Por consiguiente, la fecha de los seis (6) meses para expedir el laudo arbitral vencería el día catorce (14) de agosto de 2006.

En conclusión, este proceso arbitral es válido y eficaz, y, por tanto, como su fuente o camino fue legítimo, se hace necesario estudiar el juicio sobre el mérito de la pretensión y la resistencia contra ella formulada, para determinar la norma jurídica particular con efectos *inter partes*.

CAPÍTULO QUINTO EL JUICIO SOBRE EL MÉRITO

Establecida la validez del proceso, la eficacia del mismo, la competencia del árbitro para decidir sobre el asunto y, no habiendo causales de nulidad que lo impidan, procede el Tribunal a examinar las pretensiones de la parte convocante y los hechos en que las funda, así como la oposición y las excepciones presentadas por la parte provocada.

Como que se discute en este proceso el cumplimiento o incumplimiento de un contrato celebrado entre convocante y convocados, procederá el Tribunal, en primer lugar, a hacer un análisis de todas las circunstancias de hecho y de derecho que rodean el negocio jurídico en discusión, con el fin de desprender de dicho análisis lo relativo a la existencia de la convención, su naturaleza, su carácter civil o mercantil, y sus elementos de validez.

Una vez realizado el diagnóstico de la figura en discusión, procederá el tribunal, en segundo lugar, a establecer si efectivamente el negocio jurídico fue objeto o no de un incumplimiento; si las circunstancias dentro de las cuales se produjo el posible incumplimiento exoneran de responsabilidad al deudor o si, por el contrario, no existe causal que justifique tal incumplimiento y, en consecuencia, proceden las pretensiones de la parte convocante en el sentido de decretar la correspondiente indemnización.

1. DEL NEGOCIO JURIDICO EN DISCUSION.

A. Naturaleza del negocio. Afirma la convocante, en su escrito de demanda, que el 20 de octubre de 2003 la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR celebró con FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A. un contrato de promesa de compraventa.

Revisada la contestación de la demanda encontramos que los convocados ponen en entredicho la configuración única y aislada de un negocio de promesa, como quiera que, aunque en algún momento sí se firmó un documento en tal sentido, éste obedecía al proceso integrador de una serie de figuras que terminaron creando un "*contrato complejo*" (Ver folio 99 del cuaderno principal). Incluso, cuando de apuntalar doctrinariamente tal afirmación se trata, se transcribe un párrafo de la cátedra de contratos de la Universidad Diego Portales, página Web www.derecho.udp.cl (ver folio 100 del cuaderno principal), en la que se habla de contratos atípicos. No queda del todo claro si dicha trascripción constituye simplemente una alusión a la existencia y forma de regular los contratos *coligados* (término usado por el párrafo) o si constituye, además, una apreciación indirecta de la parte demandada indicando que el negocio celebrado con la convocante es una figura atípica.

Con todo, cualquiera sea la intención, lo cierto es que el planteamiento formulado por los demandados sobre la naturaleza del negocio, aunado al hecho de que para la adquisición de unos bienes inmuebles se recorrieron diferentes etapas de un camino contractual, obliga a este tribunal a desentrañar la naturaleza jurídica de la convención cuya resolución por incumplimiento se discute.

En el propósito de desentrañar esa naturaleza se tendrán en cuenta dos normas fundamentales, a saber: de una parte, el artículo 1618 del código civil, según el cual "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*" y, de otra, el artículo 1501 de la misma obra, según el cual "*Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.*"

¹¹ Art. 126 del decreto 1.818 de 1.998, el cual expresa: "Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse hasta seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. A este término se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

En lo que a la nomenclatura se refiere, es lo cierto que al negocio celebrado el 20 de octubre de 2003 las partes lo denominaron "*Promesa de compraventa*" (Ver folio 15 del cuaderno principal) y que, como ya se indicó, tanto en la demanda como en la contestación, las partes lo identifican así; solo que las sociedades convocadas no lo desligan de otros compromisos y por esto, según ellas, se enrarece su naturaleza.

Como no se trata de estarse más a lo literal de las palabras que a la voluntad de las partes y, como se debe contextualizar el negocio discutido para saber si estamos en presencia de una figura autónoma o si, por el contrario, ésta no es más que parte de un negocio complejo e incluso atípico, procederemos en este orden de ideas.

- **Del acto celebrado el 20 de octubre de 2003.**

El elemento esencial que tipifica una promesa de contratar es su objeto. No dependerá, como puede suceder con otros actos jurídicos, de la calidad de las partes, ni de la formalidad, ni del móvil mediato que las llevó a prometer (Neocausalismo), lo que establece la tipicidad del negocio.

- En este orden de cosas tenemos que el objeto de una promesa, entendido como la operación jurídica que los contratantes pretenden realizar¹², es la manifestación de voluntad a través de la cual nace el derecho a exigir la celebración de un contrato futuro.

- Y si se entiende ese objeto, no ya como objeto del contrato, sino como objeto de la obligación emanada del mismo (Art. 1.518 del código civil), esto es, aquello que se trata de dar, hacer o no hacer, entonces se concluye que, para el caso especial de la promesa, el objeto de su obligación lo constituye precisamente un hecho: La celebración misma del negocio prometido. De allí que nuestro código de comercio señale en su artículo 861 que "*La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer.*" No se trata de dar algo, como sucedería en la compraventa, o de un no hacer, como sucedería en un pacto de confidencialidad, sino de celebrar un negocio posterior.

Para el negocio particular que nos ocupa, las partes hablaron del supuesto objeto del contrato en la cláusula *Primera* del mismo, expresándose en los siguientes términos:

"La PARTE PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a adquirir y LA PARTE VENDEDORA se obliga a transferir con arreglo a los términos y condiciones que a continuación se expresan el derecho de dominio y posesión sobre el(los) siguiente(s) inmueble(s)..."

Quien lea por fuera de contexto esta cláusula creería que ella no se refiere a un negocio de promesa, sino a una compraventa, pues ni la operación avizorada por las partes parece referirse a un compromiso de celebrar un negocio futuro, ni de la disposición parece desprenderse la obligación de contratar. Al decir que una parte *se obliga a adquirir* y la otra *a transferir* el derecho de dominio y posesión sobre unos inmuebles, se está hablando, más de un acto de enajenación, que de la promesa de celebración del mismo.

Por su parte, la cláusula *SEXTA* del contrato, en la que se establece el plazo para la firma de una escritura pública e ilustra acerca del objeto de la obligación contractual, reza así:

"La escritura que solemnice la presente promesa de compraventa se otorgará el día 13 del mes de septiembre de 2004 en la Notaría Diecinueve del Circulo de Medellín a las 5 P. M..."

Con esta otra disposición se puede incurrir en una confusión adicional, pues se da a entender que el documento en análisis es una especie de acto preparativo de promesa, la cual se solemnizará cuando efectivamente se firme una futura escritura pública.

O sea que, en principio, el negocio pareciera prometer unas prestaciones de dar, pero más adelante pareciera prometer la formalización, por escritura pública, de una promesa de compraventa.

No se detiene el Tribunal en este punto por el simple interés de hacer un ejercicio académico o de criticar un estilo, sino por la circunstancia, no soslayable, de un problema estructural que podría presentarse, ya que el legislador en el numeral 4° del artículo 1611 del Código Civil (Relativo a la promesa de contratar) exige, so pena de no producirse obligación alguna, "*que se determine de tal suerte el contrato, (prometido) que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa (Si el*

¹² Henry, Leon y Jean Mazeaud, Derecho Civil, Parte Segunda, volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1960; N° 231.

negocio prometido es consensual) o las formalidades legales" (Si el negocio prometido es solemne)" - Comentarios entre paréntesis nuestros -

De manera que, sin dejar pasar inadvertida la mencionada circunstancia, pero sin utilizarla como un argumento cómodo para proclamar la inexistencia del contrato y así despachar afanadamente el asunto, procede el Tribunal a hacer un ejercicio de interpretación buscando rescatar, no solo la eficacia del negocio, sino el verdadero querer de las partes (Art. 1618 del código civil) y, por consiguiente, el objeto contractual.

Con tal propósito se dará a las cláusulas comentadas el sentido en que ellas produzcan un efecto (Art. 1620 del código civil), pues se presume que es voluntad de los contratantes que sus manifestaciones tengan efectos jurídicos y no que se constituyan en disposiciones estériles. De igual forma, se dará a las cláusulas el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (Ver art. 1.622 del código civil).

Así las cosas, la cláusula PRIMERA puede leerse en dos sentidos:

a).- En un primer sentido, según el cual las partes están celebrando directamente un contrato traslativo (al parecer compraventa), del cual se desprenden unas obligaciones de dar.

b).- En un segundo sentido, según el cual las partes están previendo la celebración de un negocio futuro, a través del que se desencadene la transmisión y adquisición de la propiedad.

Para afirmar que la cláusula PRIMERA puede leerse en este segundo sentido hay que considerar que el lenguaje utilizado en ella no es oscuro, sino un lenguaje elíptico. La elipsis es un mecanismo, por lo demás bastante usado en el derecho, que consiste en omitir en oraciones extensas una o más palabras necesarias para su recta construcción gramatical, pero no necesarias para que resulte claro su sentido. De allí que, cuando leemos la cláusula en el segundo de los sentidos, es porque se reinserta a ella la frase "mediante el contrato de compraventa prometido", con lo cual quedaría del siguiente tenor:

"La PARTE PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a adquirir y LA PARTE VENDEDORA se obliga a transferir mediante el contrato de compraventa prometido, con arreglo a los términos y condiciones que a continuación se expresan el derecho de dominio y posesión sobre el(los) siguiente(s) inmueble(s)..."

Conforme al método propuesto y permitiendo la señalada incorporación, debe interpretarse la disposición en el segundo sentido, pues en el primero no se producirá ningún efecto, entre otras cosas porque un título traslativo sobre inmuebles no puede configurarse mediante escrito privado.

Por su parte, la cláusula SEXTA puede leerse también en dos sentidos:

a).- En un primer sentido, según el cual los contratantes están estableciendo el plazo dentro del cual se otorgará la escritura que solemnice una promesa prometida.

b).- En un segundo sentido según el cual los contratantes están estableciendo el plazo dentro del cual se otorgará la escritura que solemnice un título traslativo prometido.

Al igual que con la cláusula PRIMERA, para afirmar que la SEXTA puede leerse en este segundo sentido, hay que considerar que el lenguaje utilizado en ella también es elíptico. En este caso la frase omitida sería "el contrato prometido mediante", con lo cual la disposición quedaría del siguiente tenor:

"La escritura que solemnice el contrato prometido mediante la presente promesa de compraventa se otorgará el día 13 del mes de septiembre de 2004 en la Notaría Diecinueve del Circulo de Medellín a las 5 P. M..."

De acuerdo al método propuesto, se interpretará la disposición en el segundo sentido, pues interpretarla en el primero es ponerla a producir el efecto exótico de estarse celebrando, a través de un escrito privado, una promesa de celebrar, por medio de escritura pública, otra promesa futura.

Por supuesto que, para diseñar las frases omitidas, la anterior interpretación también se nutre del resto de disposiciones del contrato, las cuales dejan traslucir la idea de un negocio presente (la promesa) y otro futuro (la compraventa).

Aunado a que desde la introducción del contrato se dijo que las partes estaban celebrando una promesa de compraventa y que ellas habrían de llamarse "**PROMETIENTE VENDEDORA** y "**PROMETIENTE COMPRADORA**", ese resto de disposiciones aluden continuamente a un contrato de promesa, a unos bienes prometidos en venta y al precio de la venta prometida. En los párrafos de la cláusula PRIMERA, por ejemplo, se habla de los "*inmuebles que se prometen en*

venta"; en la cláusula SEGUNDA se habla de "los bienes que por este documento se prometen en venta" y en la QUINTA del "inmueble objeto de este contrato de promesa de compraventa". La cláusula TERCERA, por su parte, habla del "precio de la compraventa que se promete celebrar", en tanto que el PARÁGRAFO UNO de la cláusula CUARTA señala que "perfeccionada la compraventa prometida, las arras se imputarán al precio".

De todo este juego interpretativo va concluyéndose, pues, que las partes pudieron utilizar en las cláusulas PRIMERA y SEXTA un lenguaje oscuro, pero no carente de los efectos jurídicos que voluntariamente querían. Y esos efectos son precisamente los relativos al objeto del negocio, esto es, la posibilidad de ser partes enajenante y adquirente, de acuerdo a un contrato futuro, el cual se celebraría por haber adquirido previamente el compromiso de formalizarlo. Dicho de otra forma, hubo una promesa de celebrar un negocio traslativo futuro.

• **Del tipo de promesa celebrada el 20 de octubre de 2003.**

Habiendo concluido que se trata de una promesa de celebrar un negocio traslativo futuro y concientes del cuestionamiento que la parte demandada ha hecho acerca de la naturaleza del contrato, de que va a estarse más a la voluntad de las partes que a lo literal de las palabras, y de que la mencionada cláusula PRIMERA utiliza en forma general los términos "adquirir y transferir", es procedente indagar por el tipo contractual de dicho título.

El contrato objeto de análisis utiliza el nombre de "Promesa de compraventa" y, como ya lo hemos anotado anteriormente, en la mayoría de su clausulado se acude a tal terminología. Es cierto que la compraventa es el título traslativo por excelencia, pero también lo es que la actividad inmobiliaria ha acudido a una serie de figuras novedosas para la adquisición de finca raíz. Es el caso de la adjudicación como participe en un proyecto asociativo inmobiliario o la adjudicación como consecuencia de una liquidación de sociedad inmobiliaria. Como en este tipo de figuras nuevas se requiere con frecuencia de una fiduciaria y en el asunto que nos ocupa está presente una de estas instituciones, conviene saber si lo que efectivamente se proponían las partes en el futuro era celebrar una compraventa, o si el título traslativo proyectado era otro, pero con una denominación equívoca.

Lo que tipifica una compraventa es lo que ambas partes tienen que dar.

El vendedor debe transmitir la propiedad de una cosa y el comprador debe pagarla en dinero. Por consiguiente, cuando se trata de una promesa de venta, en ella deben determinarse de tal suerte esas dos obligaciones que no quede duda a cerca del negocio prometido y para su perfeccionamiento solo quede faltando la escritura.

Las cláusulas de la promesa en discusión, referentes a las prestaciones emanadas del contrato prometido, son:

a).- *Las del supuesto Prometiente vendedor:*

- ☞ La cláusula PRIMERA, que describe los inmuebles a cuya transferencia en propiedad se obliga, así como los linderos y la cabida de los mismos.
- ☞ La cláusula CUARTA, que señala la obligación de salir al saneamiento por evicción; de entregar los inmuebles libres de pleitos, embargos, limitaciones, condiciones resolutorias, gravámenes y arrendamientos por escritura pública, así como a paz y salvo por toda clase de impuestos, tasas y contribuciones.
- ☞ La cláusula QUINTA, que indica la fecha y la hora en que se hará la entrega material de los inmuebles objeto del negocio prometido.
- ☞ La cláusula SEPTIMA, que obliga a cubrir la mitad de los gastos notariales y su respectivo IVA, así como la mitad del impuesto de renta departamental.
- ☞ La cláusula OCTAVA, que obliga finalmente a entregar con los inmuebles objeto del negocio prometido sus servicios, cosas o usos conexos.

b).- *Las del supuesto Prometiente comprador:*

- ☞ La cláusula TERCERA, que señala un precio en dinero, a cuyo pago se obliga, equivalente a CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES, CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS
- ☞ La cláusula SEPTIMA, que obliga a cubrir la otra mitad de los gastos notariales y su respectivo IVA; la otra mitad del impuesto de renta departamental; la totalidad de gastos de registro de la supuesta venta y la totalidad de gastos notariales y de

registro de la hipoteca que se llegase a constituir individualmente por el adquirente a favor de terceros.

Vistas las cosas desde el ángulo de las partes contratantes, nada indica que sus obligaciones futuras sean otras distintas a las de un vendedor y un comprador. Para el caso del primero *la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida*. (Art. 1880 del código civil); para el caso del segundo, *pagar el precio convenido* (ART. 1928 del código civil), entendiéndose que, en materia de compraventa, se trata del *dinero que el comprador da por la cosa vendida* (ART. 1849 del código civil). Si lo anterior es así, el negocio en discusión no es otra cosa que una promesa de compraventa.

B. De otros acuerdos que precedían a la promesa

Con todo y la conclusión de que el negocio en discusión es una promesa de compraventa, hay un párrafo que amerita una conexión entre tal promesa y un documento que figura en el expediente (folio 108 frente), relativo a un acuerdo celebrado entre la Fiduciaria SUPERIOR S. A. y la supuesta prometiente compradora, señora EUGENIA MARIA LONDOÑO. Dicho párrafo es el CUATRO de la cláusula TERCERA, que a la letra dice:

"LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a girar todos los dineros que debe entregar en virtud de esta cláusula a favor de FIDUCIARIA SUPERIOR, vocera del FIDEICOMISO TWINS..."

La presencia de FIDUCIARIA SUPERIOR S. A. en todo esto es lo que probablemente lleve a un intérprete a sospechar que el negocio en análisis no es una simple promesa de venta, sino un contrato de naturaleza diferente. Veamos:

- Para el momento de la promesa el verdadero dueño del inmueble prometido es un patrimonio autónomo llamado FIDEICOMISO TWINS, (Ver cláusula SEGUNDA), cuya personería, para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, la lleva precisamente FIDUCIARIA SUPERIOR S. A. O sea que FAJARDO MORENO & CIA S. A. y CONSUPERIOR S. A. están celebrando una promesa de cosa ajena.

- A la firma de la promesa concurre el verdadero dueño a través de FIDUCIARIA SUPERIOR S. A., quien se acredita en la introducción del negocio como vocera del FIDEICOMISO TWINS (Ver folio 15 del cuaderno principal), y en tal calidad firma también el documento de promesa. (Ver folio 24 del cuaderno principal).

- En la promesa se advierte que LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA se obliga a girar todos los dineros que debe entregar en virtud del contrato prometido a favor de FIDUCIARIA SUPERIOR, vocera del FIDEICOMISO TWINS.

- Sin embargo, en la promesa se deja expresa constancia, tanto en el párrafo UNO de la cláusula PRIMERA como en el párrafo CUATRO de la cláusula TERCERA, que FIDUCIARIA SUPERIOR S. A. no asume la calidad de vendedora. No es muy claro el papel de parte de la fiduciaria en la promesa, porque aunque se advierte que no concurre como vendedora, ni dice expresamente que ratifica la promesa, ni dice que los prometientes vendedores son sus mandatarios, sí parece hacerle un guiño al negocio. No otra cosa se desprende de que concorra como vocera del fideicomiso propietario de los inmuebles, de que sea la beneficiaria del pago derivado del contrato prometido y de que previamente (18 de julio de 2003) a la fecha de celebración de la promesa (20 de Octubre de 2003), hubiere celebrado con la PROMETIENTE COMPRADORA el acuerdo obrante a folios 108 del cuaderno principal.

Es por todo este entramado que el Tribunal encuentra necesario destruir cualquier sospecha y procede a hacer una conexión entre la promesa en análisis y el aludido acuerdo. Ese documento revelará la verdadera relación entre FIDUCIARIA SUPERIOR S. A. y la PROMETIENTE COMPRADORA, así como entre ésta y los prometientes vendedores.

• Contenido del acuerdo celebrado en julio 18 de 2003

a).- Denominación del acuerdo

Para comenzar, las partes han denominado al acuerdo Contrato de *Encargo Fiduciario* y a la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO *La Encargante*. Esta terminología reviste interés, porque si el objeto del contrato se compadece con esta denominación, y no con el de una *Fiducia Mercantil*, no se constituiría un patrimonio autónomo a órdenes del encargante, a pesar de estar presente una fiduciaria en el acuerdo. Incluso en el numeral 9 del *Preámbulo* se dice que *"el presente contrato no forma un patrimonio autónomo..."*

b).- Causa del acuerdo

De los antecedentes relacionados en el preámbulo del acuerdo se extrae que el móvil que llevó a la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO a celebrar el contrato con *FIDUCIARIA SUPERIOR S. A.* lo constituía la necesidad de hacer el pago de unos inmuebles que quería comprar.

A grandes rasgos, esos antecedentes dan cuenta de lo siguiente:

- En la ciudad de Medellín se desarrollaría la construcción de un proyecto inmobiliario denominado TWINS. (Ver numeral 5 del preámbulo del encargo fiduciario).
- El gerente del proyecto sería la empresa FAJARDO Y CIA S.A., y el constructor sería CONSUPERIOR S.A. (Ver numeral 6 del preámbulo del encargo fiduciario).
- El propietario del proyecto sería un fideicomiso a constituirse por su gerente FAJARDO Y CIA S.A. dentro los 180 días siguientes al momento de la firma del acuerdo, a través de un contrato de fiducia mercantil, con la finalidad de manejar los recursos y transferirle el inmueble sobre el cual se levantaría el mismo. El fideicomiso se denominaría TWINS. (Ver numeral 5 del preámbulo del encargo fiduciario).
- El contrato de fiducia mercantil para la constitución del fideicomiso TWINS también se celebraría con FIDUCIARIA SUPERIOR S. A. (Ver numeral 5 del preámbulo del encargo fiduciario).
- La señora EUGENIA MARIA LONDOÑO tenía interés en adquirir un apartamento de la torre 1 del proyecto inmobiliario TWINS, con un parqueadero doble lineal y un cuarto útil. (Ver numeral 1 del preámbulo del encargo fiduciario).
- Para tal efecto, la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO suscribiría una promesa de venta con el constructor del proyecto. (Ver numeral 3 del preámbulo del encargo fiduciario).
- Las condiciones de precio, y plazo para adquirir y entregar el inmueble requerido las pactarían la encargante (EUGENIA MARIA LONDOÑO) y el constructor del proyecto (CONSUPERIOR S.A.), en la respectiva promesa de venta. (Ver numeral 2 del preámbulo del encargo fiduciario).
- La ENCARGANTE, señora EUGENIA MARIA LONDOÑO se obligaría, mediante el acuerdo de encargo fiduciario, a entregar sumas de dinero, de acuerdo con la forma de pago contenida en anexo. (Ver numeral 4 del preámbulo del encargo fiduciario).
- Por su parte, los dineros depositados con ocasión del encargo, serían transferidos por la fiduciaria al fideicomiso TWINS, en nombre y por cuenta de La ENCARGANTE, señora EUGENIA MARIA LONDOÑO, una vez se diesen las condiciones señaladas en la cláusula cuarta del acuerdo. (Ver numeral 5 del preámbulo del encargo fiduciario).

c).- *Objeto del acuerdo*

- De un lado, aquello a que se obligaba la encargante señora EUGENIA MARIA LONDOÑO, lo constituía la transferencia de que da cuenta la cláusula primera del acuerdo, la cual señala:

PRIMERA: transferencia. El encargante por medio del presente acto transfiere a FIDUCIARIA SUPERIOR S.A. la suma de tres millones de pesos.

El encargante se obliga de manera expresa y clara a entregar en las oficinas de ventas del proyecto mediante dineros girados a la fiduciaria las sumas de dinero en las fechas y cantidades que se indican en el anexo 1, denominado entrega de recursos (ver anexo 1) de este contrato.

- De otro lado, aquello a que se obligaba la FIDUCIARIA SUPERIOR S. A., lo constituía la destinación de los dineros recibidos de que da cuenta la cláusula CUARTA del acuerdo, la cual indica:

CUARTA: FINALIDAD. La finalidad del presente contrato que determina la orientación de la actuación del fiduciario es que éste, entregue los recursos recibidos en virtud de

este encargo al fidecomiso TWINS, si se dan las siguientes condiciones dentro del plazo de doce meses siguientes a la firma del siguiente contrato:

A- Si el encargante ha cumplido oportunamente con los pagos para este encargo.

B- Si el gerente del proyecto presenta a la fiduciaria copia autentica de la radicación ante la alcaldía de Medellín de los documentos exigidos para desarrollar el proyecto inmobiliario según lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 9ª de 1969, modificado por el artículo 120 de la Ley 386 del 87.

C- Si se presenta a la fiduciaria copia autenticada del contrato de promesa de venta del bien inmueble descrito en el numeral primero del preámbulo, suscrito entre el encargante y gerente del proyecto.

- **Naturaleza del acuerdo celebrado en julio 18 de 2003**

Del análisis del objeto contractual se extrae que, efectivamente, el acuerdo se refiere a un encargo fiduciario, no a una fiducia mercantil, en el que la FIDUCIARIA SUPERIOR es una especie de mandatario encargado de recibir unos dineros, para luego entregarlos a un tercero, en este caso un patrimonio autónomo denominado TWINS, por lo demás, constituido con la misma fiduciaria.

No se extrae del negocio que la encargante estuviese constituyendo con sus dineros un patrimonio autónomo o que estuviese adhiriendo a un patrimonio autónomo ya constituido, el cual le impusiese otras obligaciones y al cual le perteneciesen los inmuebles a adquirir.

La distinción entre encargo fiduciario y fiducia mercantil es trascendental ya que, es en virtud de la fiducia mercantil, y la consecuente participación como fideicomitente en patrimonios autónomos, que se celebran contratos complejos y, si se quiere, atípicos de promoción inmobiliaria.

El encargo fiduciario, en cambio, puede ser utilizado únicamente como un sistema de intermediación, que no modifica en nada un negocio principal de adquisición y que, como tal, se asimila al mandato. De aquí que sea la propia introducción al preámbulo del acuerdo (ver folio 108 del cuaderno principal) el que señale que, conforme a lo previsto en el estatuto orgánico del sector financiero, el contrato se registrará subsidiariamente por las normas del mandato.

- **C. Inalterabilidad de la promesa**

Como se trata de saber si de la relación entre un contrato de promesa celebrado el 20 de octubre de 2003 y un acuerdo previo celebrado el 18 de julio del mismo año se extrae una posible simulación, una falsa denominación o una desnaturalización de dicha promesa, pasa, entonces, el Tribunal a sacar algunas conclusiones.

- **La promesa de compraventa conserva su naturaleza**

En efecto, ni fue simulada, ni nada ha alterado la naturaleza de la promesa de celebrar un contrato de compraventa el día 13 de Septiembre de 2004.

Por el reenvío de la prometiente compradora a una fiduciaria no se le modificaron las reglas de una futura compraventa. Se le estaba enviando a pagar el precio de dicha compraventa. Si al llegar a la fiduciaria la convocante se hubiese encontrado con que debía participar como fideicomitente adherente en un patrimonio autónomo, o si por el envío hubiese adquirido una serie de obligaciones y derechos de manejo, o si hubiese asumido los riesgos propios del resultado del proyecto, entonces la promesa celebrada habría sido otra cosa y su forma de adquisición futura habría sido a un título de adquisición diferente; su adquisición no sería en calidad de futura compradora.

Leyendo el encargo fiduciario, queda claro que los dineros tenían una finalidad de pago y por ello el numeral 9 del preámbulo dice que *"El presente contrato no forma un patrimonio autónomo, y los dineros que posea la fiduciaria serán dineros tenidos por cuenta de terceros"*.

Las frases *"El presente contrato no forma un patrimonio autónomo"* y *"los dineros que posea la fiduciaria serán dineros tenidos por cuenta de terceros"*, dan clara muestra de una gestión de intermediación y no de una apropiación de dicho dinero.

Lo anterior coincide también con los Parágrafos PRIMERO y SEGUNDO de la cláusula CUARTA.

PARÁGRAFO PRIMERO: "Se considera que el fideicomiso, recibe como parte QUE SE ABONARA AL PRECIO DEL INMUEBLE UNA VEZ CUMPLIDA LAS CONDICIONES QUE ADELANTE SE SEÑALAN la suma entregada por el encargante a la fiduciaria, por concepto de capital. Los rendimientos obtenidos por la inversión se entregaran al FIDEICOMISO TWINS como contraprestación por la conservación de las condiciones de venta pactadas con el CONSTRUCTOR DEL PROYECTO. (Mayúsculas son del texto)

Nótese en la disposición transcrita la frase "QUE SE ABONARA AL PRECIO DEL INMUEBLE"

Y continúa el párrafo Segundo:

PARAGRAFO SEGUNDO: es finalidad secundaria del contrato que vencido el plazo antes fijado, si no se dan estas condiciones, se le transfieran al encargante las sumas de dinero que haya entregado junto con los rendimientos que haya producido, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que éste los solicite, previos los descuentos a que haya lugar si son procedentes

Nótese en el párrafo transcrito, como el dinero encargado no tenía más que una finalidad de pago, ya que si no se daban las condiciones de la cláusula cuarta (todas ellas relacionadas con la firma de la promesa de venta y el desarrollo del proyecto Twins), el dinero volvía a manos de la encargante, pues su único objetivo era cancelar el pago de un inmueble en dicho proyecto

- **El pago se anticipa a la promesa**

Cuando se lee el párrafo CUATRO de la cláusula TERCERA de la promesa, el cual obliga a la parte prometedora a girar todos los dineros a favor de FIDUCIARIA SUPERIOR, queda la impresión de que esos dineros no se han entregado aun y que, incluso, a la Fiduciaria deberá anunciársele la futura llegada del comprador.

La realidad es que, para el día 20 de octubre de 2003, fecha en que se firma la promesa, ya los dineros estaban depositados en la fiduciaria. Por eso el párrafo CUATRO de la cláusula TERCERA no estableció una fecha futura para el pago sino que se limitó a hablar del deber de girar todos los dineros a favor de FIDUCIARIA SUPERIOR. Entre otras cosas, el párrafo no estableció una fecha futura, porque el literal "a)" de la cláusula TERCERA había dicho, unos renglones antes, que el dinero estaba ya en manos de la fiduciaria.

Al cuestionarse sobre la validez de este fenómeno no se encuentra ninguna irregularidad que afecte la existencia, la validez o la naturaleza de la promesa. Aunque en las reglas del pago la ley guarda silencio al respecto, esa forma anticipada de extinguir la obligación no va contra el orden público o las buenas costumbres. Por el contrario, el artículo 1.929 del código civil dice que "el precio deberá pagarse en el lugar y el tiempo estipulados", sin que diga que ese tiempo debe ser obligatoriamente posterior a la venta.

- **La promesa es causa del encargo.**

En el negocio que ahora nos ocupa se presentó una situación circular. De un lado, el encargo fiduciario decía que la encargante habría de celebrar una promesa de venta con el constructor de un proyecto y, de otro, en la promesa se decía que el pago derivado del contrato de compraventa se haría en la fiduciaria SUPERIOR.

Los hechos posteriores demostraron que el evento futuro de constitución de la promesa sí se dio:

- Las partes prometedoras eran las mismas que, según el encargo fiduciario, habrían de celebrarla: De una parte, la que fuera encargante, señora EUGENIA MARIA LONDOÑO y, de otra, el que fuera señalado prometedora vendedor CONSUPERIOR S. A. (Ver numerales 2, 3 y 7 del preámbulo del acuerdo.);
- La fiduciaria escogida en la promesa para depositar el pago era la misma en la que el depósito y encargo de tal pago ya se habían hecho, esto es, la fiduciaria SUPERIOR. La corroboración la hace el literal "a)" de la cláusula TERCERA, cuando indica que los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS, que constituían el precio de la venta, estaban pagos a la firma de la presente promesa y que, dicha cifra, estaba contenida en la cuenta N° 904- 478992-5 del fondo común ordinario de FIDUCIARIA SUPERIOR, cuenta por lo demás, perteneciente a la parte prometedora compradora EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR, quien autorizaba fuesen girados directamente por la fiduciaria al FIDEICOMISO TWINS.

De todo lo anterior se concluye que el encargo fiduciario solo tenía una motivación, y era la recepción del pago derivado de una compraventa prometida y su correspondiente traslado a un patrimonio autónomo. Ese deseo contractual se vio correspondido con la efectiva celebración de la promesa prevista en él y con el cumplimiento de las demás condiciones señaladas en su cláusula CUARTA.

D. Del camino contractual

Es innegable que para lo que sería la adquisición de un inmueble se dieron diferentes pasos. Corresponde ahora examinar el sentido de esos pasos para saber si entre todos ellos dieron lugar a una figura de naturaleza especial o si, simplemente, se trató de una serie de asuntos preparatorios y complementarios de un solo negocio principal.

- **De la etapa conocida como acuerdo de negociación proyecto Twins.**

A folio 107 del cuaderno principal aparece un documento de fecha Mayo 8 de 2003, denominado "*Acuerdo De Negociación Proyecto Twins*", con los membretes "*Diseño y Gerencia Fajardo Moreno*".

En una primera parte aparece el nombre, la identidad, la dirección y los teléfonos de NICOLAS VASQUEZ y EUGENIA MARIA LONDOÑO, a quienes el documento denomina "*compradores*".

Seguidamente, aparece la relación de unos inmuebles (un apartamento, 2 parqueaderos y un cuarto útil) y, más adelante, una casilla denominada "*valor total*" con la cifra de \$181.543.650 y la palabra "contado".

Finalmente aparece la indicación "*el comprador hace constar que a la firma de este documento, da por conocidas las especificaciones particulares y generales el (sic) proyecto*".

Este documento, aunque utiliza la palabra "*acuerdo*", se refiere a una especie de constancia sobre unos tratos precontractuales. No reviste las condiciones de una promesa (Compromiso inequívoco de celebrar un negocio futuro, un plazo o condición, una notaría y un prometiende vendedor) y menos las de una compraventa directa (escritura pública).

El documento, por consiguiente, no produce obligaciones contractuales de ninguna índole. Se trata de una prueba acerca de la entrega de dineros que simbolizan la reserva de unos inmuebles por parte de los futuros compradores. Del irrespeto a esta conversación previa se desprendería la lógica devolución de unos dineros dados en razón de un contrato inexistente y una posible responsabilidad precontractual, lo cual implica una responsabilidad extracontractual con culpa probada.

El análisis de este documento es importante porque, como eslabón en la cadena contractual, no implica en sí mismo un negocio jurídico y, por lo tanto, no altera en nada la naturaleza del negocio que finalmente se hubiese celebrado entre las personas y respecto de los inmuebles señalados en él.

En conclusión, el primer paso dado por la convocante y lo que, según el documento en cuestión, se denominaba Proyecto Twins, no hace parte de un contrato mixto ni altera la tipicidad de un contrato posterior.

- **Del encargo fiduciario.**

Cronológicamente la convocante continuó con un encargo fiduciario.

Fue analizado el documento que da cuenta de tal encargo y se concluyó que, del negocio celebrado, no se desprendía ninguna otra obligación para la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO, distinta a lo que ya había hecho, esto era, el depósito de unos dineros con la instrucción de entregarlos, una vez cumplidas unas condiciones, al FIDEICOMISO TWINS.

¿Significó este encargo fiduciario un eslabón que alterase la naturaleza del negocio posterior en la cadena contractual?

No. El encargo fiduciario, respecto de la convocante EUGENIA MARIA LONDOÑO no significó otra cosa que una forma de hacer un pago derivado de una promesa de compraventa. El encargo no se traducía en la adquisición de obligaciones nuevas o en la modificación de las contraídas en virtud de la promesa. Para efectos de acudir a una notaría y suscribir una escritura pública de compraventa no se requería otra cosa distinta a haberse comprometido a ello y haber hecho un pago a un tercero por órdenes de los propios prometiende vendedores.

Es posible que se tratase de un pago sofisticado, pero no por ello de algo que alterase el rumbo de una tipicidad contractual.

De un lado, se dice sofisticado, pues el pago no se debía realizar a los promitentes vendedores FAJARDO MORENO Y CIA S. A y CONSUPERIOR S. A., sino a un tercero. Pero el pago a un tercero es válido y, por lo demás, suficientemente regulado por el legislador civil. Es lo que se conoce como "pago por diputación".

Reza así el artículo 1634 del Código Civil:

Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro. (Subraya y resaltado nuestros).

Cuando en el párrafo CUATRO de la cláusula TERCERA se dijo que "LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA se obligaba a girar todos los dineros a favor de FIDUCIARIA SUPERIOR, vocera del FIDEICOMISO TWINS, se estaba señalando a un tercero para tal efecto.

Y si bien el pago al tercero se realizó con anterioridad a la firma de la promesa, ese pago quedó ratificado con el literal a) de la mencionada cláusula TERCERA, cuando señaló que los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS, que constituían el precio de la venta, estaban pagos a la firma de la presente promesa y que, dicha cifra, estaba contenida en la cuenta N° 904- 478992-5 del fondo común ordinario de FIDUCIARIA SUPERIOR, cuenta perteneciente a la prometedora compradora EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR, quien autorizaba fuesen girados directamente por la fiduciaria al FIDEICOMISO TWINS.

En cuanto a la diputación, esta no adolecía de ningún problema, pues estaba conferida por poder dado a la fiduciaria para recibir el pago y suficientemente comunicada al deudor. Era tan claro lo del poder dado al diputado que cuando la encargante acudió a la fiduciaria a depositar los dineros, allí mismo se le advirtió de una promesa futura y de la destinación que se daría a los mismos. Como si esto fuera poco, la propia promesa ratificó tácitamente las facultades dadas a la fiduciaria para recibir, al señalar que los dineros objeto de la obligación de la prometedora compradora eran los que ya estaban depositados en FIDUCIARIA SUPERIOR.

Se cumplió de esta forma con lo dicho en los artículos 1.638 y 1.635 del Código Civil:

"ART. 1638.—La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor."

"ART. 1.635. —El pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el artículo precedente, es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito..."

De otro lado, se dice que el pago puede resultar sofisticado por el hecho de dar lugar a un encargo fiduciario. Esto no es más que una cuestión accidental, derivada de la naturaleza del tercero diputado para el pago, en este caso una fiduciaria.

Como el pago hecho a un tercero facultado para recibir crea, de alguna forma, una relación entre deudor y diputado, entonces ese diputado puede exigir constancias o recibir instrucciones del propio deudor. Pero las instrucciones a una fiduciaria no se dan de cualquier forma. Fiducia significa confianza y, en tal sentido, las fiduciarias son instituciones vigiladas que se encargan de bienes ajenos, en ocasiones recibiendo para la constitución de patrimonios autónomos, en otras recibiendo para tenerlos a órdenes de terceros. En el primer caso celebran contratos de fiducia mercantil; en el segundo, encargos fiduciarios.

Si se acudió a una fiduciaria fue en prenda de garantía de ambas partes: la una porque el dinero derivado de su acreencia quedaba guardado en una institución vigilada; la otra porque su dinero quedaba depositado en un fondo para que se le entregase al fideicomiso Twins o para que se devolviese si el gerente del proyecto no presentaba a la fiduciaria copia auténtica de la radicación, ante la alcaldía de Medellín, de los documentos exigidos para desarrollar el proyecto inmobiliario, y si no presentaba, igualmente, a la fiduciaria copia autenticada del contrato de promesa de venta del bien inmueble descrito en el numeral primero del preámbulo (Ver cláusula CUARTA del encargo fiduciario).

El encargo fiduciario fue, entonces, una consecuencia del contrato de promesa; algo establecido para cumplir las obligaciones emanadas de dicho contrato, pero no para modificar la naturaleza

de lo uno o lo otro. A este respecto conviene transcribir una norma del código civil, relacionada con el pago hecho a un tercero, según la cual la obligación inicial está incólume.

ART. 1691. — Si el deudor no hace más que dimitir una persona que haya de pagar por él, o el acreedor una persona que haya de recibir por él, no hay novación. (Subraya fuera de texto)

Si el primer documento constituía un trato precontractual, sin efectos sustanciales frente a la promesa, el encargo fiduciario constituía un asunto post contractual relacionado con el cumplimiento de ella, pero no con su naturaleza. Que el pago se hubiese hecho de esta u otra forma o, incluso, que no se hubiese hecho, no modificaba en nada la autonomía de la promesa.

- **De la promesa.**

El tercer paso en el camino contractual lo constituyó la promesa, de la que ya hemos dicho, cumplió las veces de tal. Esa promesa, si bien tuvo unos antecedentes y produjo una obligación cuyo pago debía hacerse a un diputado, no por ello perdió su individualidad, ni se fundió en una extraña mezcla contractual.

En este último sentido este tribunal descartará la idea de un contrato mixto, del que harían parte una serie de figuras contractuales, no desligables las unas de las otras. No es lo mismo que para una adquisición a título de compraventa se den diferentes pasos (selección, promesa, escritura y pagos), a que para adquirir se utilice una forma contractual compleja, de la que al final no quede claro con qué figura típica se negoció, como lo sería por ejemplo, la adquisición a título de leasing, en donde las cosas van desde una solicitud de comprar un bien (lo que la doctrina ve como mandato), pasando por un arrendamiento (en cuyo canon va envuelta la amortización del objeto), hasta hacer efectiva una opción de compra (por un precio residual).

En conclusión, el negocio discutido es una promesa; autónomo; creador de una obligación de hacer, cual es la de celebrar un contrato de compraventa y, como tal, objeto de un régimen de responsabilidad que se pasa a examinar.

2. DEL CUMPLIMIENTO O INCUMPLIMIENTO DEL NEGOCIO JURIDICO EN DISCUSION.

Habiendo hecho un pormenorizado examen del negocio, descartada la idea de un contrato mixto y ubicado el asunto como una simple promesa de compraventa, pasa el tribunal a la segunda parte de estas consideraciones, enfocada a establecer si efectivamente se incumplió o no el mencionado contrato de promesa.

A. De la celebración del contrato prometido.

Establecía la cláusula SEXTA de la promesa que las partes habrían de celebrar un contrato de compraventa, mediante el otorgamiento de escritura pública, el día 13 de septiembre de 2004.

A través de la demanda, de su contestación y de la prueba recogida en el proceso quedó claramente establecido que la escritura de compraventa no se otorgó en la fecha señalada en la promesa y que, hasta el momento, continúa sin ser otorgada.

Ante el hecho consumado de la no celebración del contrato prometido, resta por establecer si, para el día 13 de septiembre de 2004, la obligación de otorgar la escritura era efectivamente exigible y si, de haber sido exigible, hay o no responsabilidad por parte de los convocados.

B. Del evento a que estaba sometida la promesa.

Como la cláusula SEXTA del contrato habla de un evento cierto y determinado para otorgar una escritura, podría afirmarse, a primera vista, que el negocio está sometido a un plazo y que como tal era ese el momento para cumplirlo.

De todas formas, la mayoría de la prueba recogida en el proceso parece estar dirigida a demostrar que para el 13 de septiembre de 2004 había motivos suficientes que impedían la entrega del inmueble prometido y que, por consiguiente, el otorgamiento de la escritura de venta debía postergarse en el tiempo. Ese continuo debate en el proceso y el especial interés que la parte accionada puso en el punto, llevan a este tribunal a plantearse el problema de saber si la promesa estaba sometida, no solo al plazo del 13 de septiembre de 2004, sino, además, a la condición de que el inmueble prometido en venta se pudiese entregar en dicha fecha.

La verdad es que de una promesa de compraventa se desprende la obligación de celebrar un contrato de compraventa y no de entregar el bien objeto del contrato prometido. De lo primero se desprende una obligación de hacer. De lo segundo una obligación de dar. El prometiende vendedor cumple su promesa otorgando la escritura del contrato prometido. Otra cosa sucederá con las obligaciones derivadas del contrato celebrado. Quien prometió en venta y luego vendió verá como cumple la obligación de traditar, pero este es otro régimen de responsabilidad y otra discusión.

De todas formas, si las partes entendieron que la promesa no se cumplía hasta tanto no fuese factible el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato prometido, entonces la promesa no solo estaba sometida a plazo, sino a condición.

Es esto último de lo que se trata ahora. De saber cuál era el alcance que las partes le daban a la entrega del inmueble vendido. Para ello debemos revisar la promesa nuevamente y ver si de su redacción y del resto del negocio se deriva la voluntad inequívoca de someter su cumplimiento a la entrega del inmueble prometido en venta.

- **Sobre una condición suspensiva expresa**

En el ánimo de encontrar una condición suspensiva expresa se aludirá a las disposiciones de la promesa que se refieran a la obligación de entregar y la forma como ellas deben leerse.

- ⇒ *De la cláusula alusiva a la obligación de entregar.*- La obligación de entregar los inmuebles esta planteada en la cláusula QUINTA.

Es de tal sencillez la cláusula QUINTA que, por sí misma, no permite concluir que ella esté hablando del evento futuro de la entrega del inmueble como una condición. Es una cláusula que plantea el deber de entregar los inmuebles vendidos con la misma frialdad con que la CUARTA plantea el deber de pagar el precio. Dice así la disposición:

"QUINTA: ENTREGA REAL Y MATERIAL DEL INMUEBLE: el inmueble objeto de este contrato de promesa de compraventa, será entregado por LA PARTE PROMETIENTE VENDEDORA, el día 13 de septiembre de 2004 a las 2:00 PM."

- ⇒ *Del aplazamiento en la entrega.*- Las partes previeron en el parágrafo UNO de la cláusula QUINTA del contrato de promesa que la entrega de los inmuebles vendidos podría postergarse.

El caso es que de la redacción del mencionado parágrafo tampoco se desprende que la entrega material de los inmuebles fuese de tal manera una condición que, aplazada la entrega material, aplazado el otorgamiento de la escritura.

Reza así el parágrafo:

"PARAGRAFO UNO: los contratantes acuerdan expresamente que esta fecha se estima con base en el programa que la parte PROMETIENTE VENDEDORA elaboró para la construcción del proyecto. Sin embargo el desarrollo de esta clase de obras, esta sujeto a las contingencias del suministro de materiales, cumplimiento de contratistas, demoras en la conexión de servicio, huelgas en el personal, contratistas o proveedores, etc. en general imprevistos ajenos a la parte PROMETIENTEVENDEDORA. En estos eventos la parte PROMETIENTE VENDEDORA informara de esas circunstancias a la parte PROMETIENTE COMPRADORA con treinta días de anticipación a la fecha de entrega pactada inicialmente, y el plazo para la entrega quedará prorrogado por el mismo tiempo que dure dicha situación; esta situación no podrá exceder de tres meses contados desde la fecha de la entrega del inmueble, en el evento de que se supere este plazo y no se haya hecho efectiva la entrega material, la parte PROMETIENTE VENDEDORA reconocerá el valor equivalente a un canon de arrendamiento mensual por cada mes de atraso, esté canon se calculará de acuerdo a los valores que de la lonja de propiedad raíz sobre inmuebles de condiciones similares."

- ⇒ *De la cláusula que consagra el plazo para la escritura.*- De un mutismo similar al de las disposiciones anteriores, es el de la cláusula que consagra el plazo para otorgar la escritura de compraventa. Y es que, aunque ella se refiera a un plazo, no por esto tenía que ser ajena a una condición.

En materia de condiciones suspensivas es frecuente hablar de un plazo dentro del cual debe cumplirse la condición, so pena de tenerse por fallida. Con todo, el plazo de la cláusula SEXTA

solamente se refería a una fecha para firmar una escritura y no para cumplirse también una condición. El siguiente es el texto de la cláusula.

"SEXTA: OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA: la escritura que solemnice la presente promesa de compraventa se otorgara el día 13 del mes de septiembre del 2004 en la Notaria 19 del Circulo de Medellín a las 5:00 p.m., obligándose las partes a presentar los certificados de paz y salvo y demás documentos requeridos para tal efecto. Sin embargo, previo convenio escrito, dicho plazo puede modificarse "

No aparece de todo lo revisado, ni de ninguna otra disposición del contrato de promesa, que las partes hayan manifestado expresamente su voluntad inequívoca de aplazar el otorgamiento de la escritura hasta tanto se realizare la entrega material del bien prometido en venta.

- **Sobre una posible condición suspensiva tácita**

Como del laconismo de las cláusulas estudiadas no se desprende una condición expresa, entonces puede suceder que de los demás términos del contrato se desprenda la presencia de una condición suspensiva tácita.

- ◉ *Inclusión en la promesa de la obligación de entregar.*- Tal como se anotó, la cláusula QUINTA del contrato consagró la obligación de entregar. Esto puede ser un indicio de la importancia que las partes le daban a esta obligación y, por tanto, de la calidad de condición que le asignaban a la misma.

De cualquier forma, no basta con que en la promesa aparezca la obligación de entregar el bien objeto del contrato y la fecha de la misma para que se entienda que el evento futuro de la entrega es una condición. Esa obligación y la fecha en que debe hacerse no aparecen como un elemento accidental o intencional en la promesa. Aparecen porque la mención de los extremos del contrato prometido es obligatoria, sea que se trate de una promesa civil o de una mercantil. Aunque por cuenta de la jurisprudencia se ha posicionado fuertemente la tesis de la consensualidad de la promesa de contrato mercantil, no por ello han desaparecido otros requisitos esenciales de dicho negocio. Así se admita que la promesa se celebra verbalmente, las partes deben ponerse de acuerdo, al menos, en un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato prometido y deben, igualmente, determinar de tal suerte el contrato prometido, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

- ◉ *De la fecha y la hora en que debía hacerse al entrega.*- Hay, finalmente, un indicio de lo condicional que podía ser la entrega material de los inmuebles prometidos en venta. Se trata de la fecha y la hora en que debía hacerse la entrega de los inmuebles y la fecha y la hora en que se otorgaría la escritura pública de compraventa. Resulta que ambos fenómenos se debían realizar el 13 de Septiembre de 2004. El caso es que la entrega estaba presupuestada para las dos de la tarde de ese 13 de septiembre y la firma de la escritura para las cinco P. M. del mismo día. Si la entrega antecedía a la firma de la escritura era porque probablemente a esa entrega se le daba una connotación especial.

Aunque las horas planteadas para el cumplimiento de las conductas aludidas despiertan un mínimo de suspicacia, se trata de un indicio muy débil, que no permite, por sí solo, considerarse lo suficientemente contundente para reflejar la estipulación de una condición suspensiva. Así como puede entenderse que sin entrega no había escritura, así mismo puede entenderse que la entrega material era a las dos de la tarde porque la recepción de un inmueble es dispendiosa, en tanto que, una escritura simplemente se firma a las cinco de la tarde y termina la gestión.

Por lo visto hasta acá, no puede, sin correrse el riesgo de cometer una ligereza, presumirse de indicios tan frágiles la presencia de una condición suspensiva tácita. Es cierto que conocida claramente la voluntad de las partes se está más a ello que a lo literal de las palabras. Pero para el caso que nos ocupa, es la sola voluntad de los promitentes vendedores la que pareciera concebir el negocio de promesa como sometido, no solo a plazo, sino a condición. Acá el problema no es de terminología equivocada, sino de falta de terminología. Sin una terminología, al menos incipiente o simbólica, no es posible desentrañar la verdadera voluntad común de las partes. En tratándose de algo tan delicado como una promesa y de algo tan preciso como lo debe ser una condición, no podrá este Tribunal, por simples indicios frágiles, resolver dudas a favor de la tesis según la cual en el negocio está presente una condición suspensiva tácita.

- **Sobre una condición suspensiva pactada consensual y posteriormente.**

Una de las excepciones de la contestación de la demanda, y a una de las cuales se le dio mayor importancia desde el punto de vista probatorio, fue la de "Consensualidad de las promesas de ventas comerciales y prórroga no escrita de ésta."

Se dijo en el proceso que los promitentes vendedores habían notificado en continuas ocasiones a la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO de la necesidad de prorrogar por motivos de fuerza mayor la entrega del inmueble. Estas afirmaciones, aunadas a la excepción de las sociedades convocadas, según la cual el Tribunal debe *concluir que la voluntad de las partes se dirigió a prorrogar la ejecución del contrato, aunque no por escrito, sí por otros medios*", exige que se analice detenidamente el efecto de las conversaciones informales que con posterioridad a la firma de la promesa hubo entre las partes.

- ⇒ *De la existencia de otras conversaciones entre las partes.*- Se trata de saber si las conversaciones informales existieron.

Los contratantes habían indicado en la parte final de la cláusula SEXTA que, aunque el plazo para firmar la escritura era el 13 de septiembre de 2004, dicho plazo podía modificarse, es sí, previo convenio escrito."

De igual manera, se dijo en el PARAGRAFO UNO de la cláusula QUINTA que la parte PROMETIENTE VENDEDORA informaría a la parte PROMETIENTE COMPRADORA de ciertas circunstancias que podían retrasar la obra, con treinta días de anticipación a la fecha de entrega pactada inicialmente, y que el plazo para la entrega quedaría prorrogado por el mismo tiempo que durara la situación.

Tal como se desprende de la redacción de las cláusulas QUINTA y SEXTA de la promesa, los plazos para el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos en juego, es decir de la promesa y de la venta prometida, se podían prorrogar.

- La prórroga del plazo para otorgar la escritura de venta debía operar por acuerdo mutuo entre prometiende comprador y prometiendes vendedores, de forma solemne, ya que se exigía previo convenio escrito.

- La prórroga del plazo para entregar los inmuebles objeto de la compraventa, en cambio, operaría por una simple notificación de los vendedores a la compradora, indicándole con treinta días de anticipación al momento de dicha entrega, que ello no sería posible dentro del término presupuestado, pues se habían presentado las contingencias y, en general, los imprevistos ajenos a la parte VENDEDORA, relacionados en el parágrafo *Uno* de la cláusula QUINTA.

De los testimonios y declaraciones de parte recogidos en el proceso queda claro que los promitentes vendedores se comunicaron con la prometiende compradora y que hubo conversaciones y notificaciones informales sobre mejoras y desarrollo de la construcción de los inmuebles vendidos.

Las declarantes SARA PEREZ HIGUITA y MARIA DEL PILAR BARRIENTOS GOMEZ así lo establecen en sus declaraciones del 27 de Marzo de 2.006. (Ver folios 75 y 76, y folios 81 y 82 respectivamente, del cuaderno de pruebas de la parte demandada). Lo propio hace el señor RODRIGO FAJARDO en el interrogatorio de parte que absolvió el día 13 de marzo de 2006 (ver folio 3 y siguientes del cuaderno de pruebas de la parte demandante).

- ⇒ *Efecto concreto de las conversaciones.*- De todos los testimonios transcritos se concluye que a la PROMETIENTE VENDEDORA se le hicieron, al menos consensualmente, una serie de advertencias sobre la situación futura del proyecto.

Vamos a admitir, en gracia de discusión, que la promesa mercantil es consensual y que las partes que ahora nos ocupan podían modificar los términos de una promesa solemne a través de una serie de tratos consensuales. Sobre la base de esta premisa, convine saber qué significado tuvieron las conversaciones posteriores.

¿Significaron esas conversaciones que el plazo para la firma de la escritura de venta estaba prorrogado como consecuencia de una prórroga en la entrega del inmueble?

Recordemos que las notificaciones prorrogando la entrega material del apartamento podían hacerse informal y unilateralmente por los vendedores. Pero recordemos, igualmente, que el señalamiento de una nueva fecha y hora para firmar la escritura de venta era de convenio mutuo y por escrito.

Volvemos aquí al mismo problema inicial. Es que en todo este negocio se confunde continuamente la obligación emanada del contrato prometido con la obligación emanada de la promesa. Desafortunadamente, las conversaciones posteriores, que pudieron haber sido una oportunidad perfecta para aclararlo, no establecieron tampoco si la entrega material condicionaba la firma de la escritura.

Toda la información que poseemos hace relación a una serie de advertencias sobre la situación futura del proyecto y la correspondiente necesidad de aplazar la entrega, pero de esas conversaciones posteriores no se concluyó categóricamente que las partes dejaban consignado, aunque de manera consensual, que sin entrega no habría escritura pública de compraventa ya que lo primero sería condición suspensiva de lo segundo.

- *Del problema de bilateralidad.*- Es posible que la promesa mercantil sea consensual, pero no por ello unilateral. La anotación se hace porque en el negocio que nos ocupa, una cosa era el aplazamiento de la entrega por las circunstancias en que se encontraba el proyecto, lo cual podían hacer unilateralmente los promitentes vendedores, como efectivamente lo hicieron, y otra distinta el aplazamiento para otorgar la escritura de venta, lo cual exigía acuerdo previo escrito.

El escrito indicando el aplazamiento de la fecha para la firma de la escritura de venta no existió. Está claro en el proceso que el convenio previo escrito exigido por la cláusula SEXTA de la promesa para aplazar el cumplimiento de la misma no se firmó. Si no hubo acuerdo, no hubo modificación de la promesa. Se sabe y quedó claro en el expediente que a la promitente compradora se le envió un otrosí respecto al cual ella no adhirió. Consta a folios 222 del cuaderno principal copia de comunicación de la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO, enviada a RAUL FAJARDO y FRANCISCO JAVIER GAVIRIA el día 1 de octubre de 2004, en la que se lee:

"He recibido de parte de ustedes un "otrosí a la promesa de compraventa" relacionada con el negocio del apartamento 804 del denominado "proyecto Twins"..."

Y agrega más adelante la comunicación:

En efecto, no entiendo como todavía sin contestarme la comunicación enviada por mi con fecha 17 de septiembre pasado y recibida por ustedes el día lunes 20 del mismo mes me hacen llegar un otrosí, precisamente sobre el problema que estoy reclamado, como si mi reclamación no tuviera importancia y dando por obvio que yo hubiera aceptado los términos de unas nuevas cláusulas que no han sido siquiera discutidas.

Se concluye, además de que no hubo respuesta favorable al respecto, que el otrosí fue enviado con posterioridad al día en que debió cumplirse la promesa (13 de septiembre de 2004), pues la comunicación transcrita es del 1 de octubre, y en ella la convocante se refiere al dicho otrosí en términos molestos, como quiera que le llegó sin aun haberle contestado sus quejas del 17 de septiembre. En conclusión, la intención escrita de modificar la promesa llegó con posterioridad al 17 de septiembre y antes del 1 de octubre.

Recapitulando, hecha una notificación unilateral sobre las circunstancias que obligaban a aplazar una entrega, no significaban la modificación automática de un convenio anterior. El término "convenio" significa declaración bilateral de voluntad, cosa esta que, por lo menos solemnemente, como lo exigía la promesa, no se presentó.

Y es que si el escrito hubiese existido y hubiese sido posterior a las notificaciones verbales que hablaban de la necesidad de prorrogar la entrega, se podría concluir, incluso, que lo uno estaba ligado a lo otro, y que ese aplazamiento mutuo y por escrito era prueba de que para las partes la entrega era condición para la firma de la escritura.

Ahora, podría decirse que de las conversaciones posteriores se desprendió una derogación directa, aunque consensual, de la cláusula SEXTA de la promesa, indicando con ello que el aplazamiento de la fecha para la firma de la escritura había quedado acordado sin necesidad de convenio escrito. El caso es que tampoco se extrae de las conversaciones que la cláusula que exigía el escrito se haya modificado consensualmente, entre otras cosas, por que la prometedora compradora contestó las notificaciones en los términos ya transcritos.

Los diferentes testimonios dan clara idea del silencio desplegado por la prometedora compradora cuando se le notificó el aplazamiento para la entrega. Ese silencio no se puede entender como aceptación del cambio de condiciones de un negocio anterior, pues el silencio solo produce efectos jurídicos en los casos expresamente señalados en la ley y este no es uno de ellos. Mucho menos cuando la notificación se refería a las obligaciones emanadas del contrato de venta y no al aplazamiento de la escritura de compraventa.

De todo lo anterior se concluye que, la afirmación según la cual "la voluntad de las partes se dirigió a prorrogar la ejecución del contrato", contenida en la excepción segunda de la contestación de la demanda es probablemente cierta respecto de la prórroga para entregar, pero no para cumplir las obligaciones emanadas de la promesa de venta.

C. De las consecuencias por la no celebración del contrato prometido.

En este estado de las consideraciones del presente laudo va quedando claro que el contrato de compraventa no se celebró dentro del plazo señalado en la promesa, debiendo ser así, pues no había ninguna condición o evento futuro adicional que permitiese a las partes sustraerse al compromiso del 13 de Septiembre de 2004 en la Notaría 19 del círculo de Medellín. Por ello este laudo está dirigido a reconocer el incumplimiento del negocio de promesa en análisis, todo dentro de las condiciones de responsabilidad civil que pasan a examinarse.

• De la responsabilidad civil.

No habiendo llegado a feliz término el contrato prometido, deberá hacerse un juicio sobre las circunstancias que llevaron a los deudores para no cumplir con las prestaciones a que se comprometieron. Se observará entonces lo relativo a la excepción de fuerza mayor o caso fortuito presentada en la contestación de la demanda, se examinará lo relativo al comportamiento de la parte convocante para saber si hubo un incumplimiento recíproco y, finalmente, se determinarán las consecuencias de un pacto de arras consagrado en la promesa.

- ⇒ *De la causa extraña como causal de exoneración.*- La parte prometedora vendedora argumentó como causal justificativa para no comparecer a la notaría a firmar escritura de venta una fuerza mayor o caso fortuito.

A fe que el esfuerzo probatorio y argumentativo de los demandados en el sentido de demostrar la imposibilidad de entregar los inmuebles prometidos en venta fue encomiable. El caso es que ese esfuerzo partía de haber entendido que el otorgamiento de esa escritura estaba aplazado por estar aplazada la entrega de los inmuebles prometidos en venta. Si, en efecto, la promesa hubiese estado sometida a condición, el tema de la fuerza mayor o caso fortuito en la entrega de los inmuebles habría incidido directamente en el término para firmar la escritura de venta y, consecuentemente, para justificar la inasistencia a la notaría. Pero como ya se anotó, la promesa estaba solo sometida a plazo y en ese plazo no se cumplió.

Toda la prueba encaminada a demostrar la fuerza mayor y el caso fortuito habría sido de gran valor si la escritura de compraventa se hubiera otorgado, pues dicha prueba hubiera servido para justificar el incumplimiento de la obligación de entregar emanada de tal compraventa. Pero como no es del incumplimiento de la compraventa de lo que ahora se trata, sino del incumplimiento de la promesa, este fallo se abstendrá de hacer una valoración de la prueba recogida en tal sentido. Como la obligación emanada de la promesa es una obligación de hacer (firmar una escritura), lo que corresponde al Tribunal es averiguar cuáles fueron las razones que tuvo la parte demandada para no asistir a la notaría.

De la respuesta a la demanda y de la prueba recogida en el proceso se concluye que esas razones no son otras que las de haber dado una interpretación particular a un contrato. Repetimos que, si en la promesa no era clara la estipulación de una condición suspensiva, no debió confundirse el contrato de promesa con el contrato prometido. Hubo, desafortunadamente, una especie de error de derecho por parte de FAJARDO MORENO Y CIA S. A. y de CONSUPERIOR S. A., seguramente de buena fe, pero este tipo de error no sirve de excusa.

- ⇒ *Excepción de contrato no cumplido.* De lo recogido en el proceso no puede tampoco declararse probada una excepción de contrato no cumplido que exonere de responsabilidad a los convocados.

No hubo una mora de la prometedora compradora que purgase la mora de los prometedores vendedores. La señora EUGENIA MARIA LONDOÑO concurrió a la notaría 19 del círculo de Medellín en la fecha y hora oportuna, tal como lo señala la constancia obrante a folio 8 del cuaderno principal.

- ⇒ *Del pacto de arras.*- Se encuentra consagrado en el parágrafo UNO de la cláusula TERCERA del contrato de promesa un pacto de arras. Se trata de las arras que la doctrina denomina penitenciales y que permiten el retracto.

Habían acordado las partes como arras de la promesa la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL (\$37.028.000) PESOS y habían señalado, igualmente, que ese pacto de arras se regularía conforme al artículo 866 del código de comercio.

Así las cosas, las partes quedaron facultadas para retractarse del negocio prometido, perdiendo las arras la prometedora compradora, si fuere ella la del retracto (descontadas del precio que ya había pagado), o restituyéndolas dobladas los prometedores vendedores, si fueren ellos quienes se retractaren.

Sobre el plazo que había para retractarse, tratándose de los promitentes vendedores, este era el espacio de tiempo que existía entre el momento del perfeccionamiento del contrato (Octubre 20 de 2003) y el momento en que debió cumplirse la promesa (Septiembre 13 de 2004).

Era un espacio de tiempo holgado (once meses), que dejaba las cosas con alguna incertidumbre, pero ni las partes pactaron un tiempo menor para retractarse, ni podía aplicarse la norma del código civil (Art. 1860), según la cual *"no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención"*. No se aplica la norma civil por el mismo argumento no remisionista según el cual la promesa mercantil es consensual. Dicho de otra forma, el código de comercio reguló el pacto de arras, aunque de forma igualmente recortada, pero esa es la consecuencia de admitir que, en un caso como éste, el asunto no se regule conforme a las normas civiles. Incluso podría sostenerse que la regulación mercantil eliminó directamente el plazo de los dos meses al indicar que la única frontera de la retractación era la ejecución (puntual o adelantada) del negocio objeto del pacto. Reza así la parte final del artículo 866, citado por la misma promesa:

"Celebrado el contrato prometido o ejecutada la prestación objeto del mismo, no será posible la retractación y las arras deberán imputarse a la prestación debida o restituirse, si fuere el caso."

Lo que queda por analizar, a este respecto, es lo tocante a la forma en que los promitentes vendedores podían expresar su retracto. Dicho de otra forma, se trata de saber si el retracto debía expresarse de manera explícita o si se podía inferir de una omisión por parte de los vendedores.

Una cosa quedó clara en todo el proceso contractual y es que los promitentes vendedores no se retractaron expresamente del negocio.

Por su parte, en la promesa se dijo claramente que la señora EUGENIA LONDOÑO se podía retractar tácitamente, pues el párrafo segundo de la cláusula TERCERA señaló que *"el incumplimiento de LA PARTE PROMETIENTE COMPRADORA en el pago de las sumas que conforman el precio, en los plazos se entenderá como manifestación de retracto..."* Respecto al significado de la inasistencia de los promitentes vendedores a la notaría o de la no entrega oportuna del inmueble prometido no se dijo nada.

¿Tenían, entonces, los promitentes vendedores la misma facultad de retractarse tácitamente del negocio prometido?

¿Significó la no comparecencia de los promitentes vendedores al otorgamiento de la escritura de venta un retracto de la promesa?

Aparentemente, no se ve porqué, si el incumplimiento de una de las partes se entiende retracto, no se entienda lo mismo del incumplimiento de la otra. Pero tampoco se entiende porqué, si la intención de las partes era darle al incumplimiento de ambas un significado de retracto, se habló expresamente de la prometedora compradora y se guardó silencio respecto a la prometedora vendedora.

Para facilidad de este proceso, el dilema encuentra una respuesta práctica en los hechos posteriores al 13 de Septiembre de 2004. La verdad es que los promitentes vendedores no hicieron uso de un retracto expreso, pero tampoco dieron a su inasistencia a la notaría el significado de un retracto tácito, así hubiesen estado facultados para ello.

En efecto, los propios promitentes vendedores renunciaron a un retracto tácito y, por el contrario, manifestaron su voluntad expresa de continuar en el negocio. En el expediente obran comunicaciones, documentos y testimonios que hablan de esa intención y, de hecho, la posición adoptada en la contestación de la demanda es la de unos contratantes que tienen la intención de mantenerse en el contrato.

Además del envío del otrosí antes mencionado, a folios 122 del cuaderno principal obra la copia de una carta fechada 6 de Diciembre de 2004 (84 días después del momento en que debió otorgarse la escritura), firmada por el gerente del proyecto Twins, en la que se expresa el interés de continuar con el negocio de compraventa y se ofrece una especie de compensación por el retardo en la entrega de los inmuebles prometidos.

De manera aun más categórica, obra a folios 124 y siguientes del cuaderno principal un acta de entrega de los inmuebles objeto del contrato, fechada 5 de abril de 2005 (19 meses después del momento en que debió otorgarse la escritura) firmada por personal de Fajardo Moreno y Cia S. A. y de Consuperior S. A., (mas no de la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO), la cual tiene el siguiente encabezamiento:

"INTERVINIENTES FAJARDO MORENO Y CIA S. A. y de CONSUPERIOR S. A., obrando en calidad de PROMITENTES VENDEDORES DEL PROYECTO TWINS, y EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR, con el fin de hacer entrega real y material de los siguientes inmuebles: apartamento numero (sic) 804 ubicado en la dirección calle 2 sur, N° 20- 185 de Twins, destinado a vivienda, con un área total construida aproximada de 138,60 Mts 2, parqueaderos 23 y 24 ubicados en el sótano 1 y útil 26 ubicado en el sótano 1"

Se concluye de todo lo visto que, antes que retractarse del contrato de promesa, los promitentes vendedores quisieron permanecer en él y reconocerle todos sus efectos, razón por la cual no hay en la ausencia de otorgamiento por parte de los convocados una utilización del pacto de arras que les permita a estos últimos retirarse de todo este asunto, devolviendo el precio y la suma de TREINTA Y SIETE MILLONES VEINTIOCHO MIL (\$37.028.000) PESOS y exonerándose así de toda responsabilidad.

En conclusión, este laudo esta dirigido a declarar resuelto, por incumplimiento injustificado, el contrato de promesa en discusión, pasando, entonces, a considerar lo relativo a los efectos de tal declaratoria.

D. De los efectos de la resolución

La demanda que ahora nos ocupa ha hecho uso de la condición resolutoria tácita envuelta en todo contrato bilateral, consagrada en el artículo 870 del código de comercio, según el cual "en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios".

- **Efecto retroactivo.**

La retroactividad de la condición resolutoria tácita produce el efecto de reponer las cosas en el estado que tenían como si el contrato no se hubiera celebrado.

De allí que el contrato de promesa resuelto en virtud de esta declaratoria judicial quedará en un estado de ineficacia tal, que la obligación de hacer desaparece y deja a las partes sin el compromiso de celebrar la compraventa que ellas se habían propuesto.

Por un lado, la parte convocada podrá disponer tranquilamente de sus inmuebles, sin el temor de verlos afectados por algún compromiso pendiente.

Por otro, la convocante se situará en el momento previo a la promesa y, además de gozar de su libertad contractual, tendrá derecho a que se le restituya todo aquello que ha entregado en virtud o con ocasión de la promesa.

A este último respecto, tenemos que la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO había realizado el pago del precio derivado de una compraventa que, como consecuencia de la destrucción de la promesa, tampoco llegó a tener ningún efecto. Ese pago queda carente de toda causa y deberá ser devuelto a la promitente compradora.

⇒ *Del deudor del monto a restituir.*- Las personas obligadas a restituir el dinero entregado por la promitente compradora son los promitentes vendedores.

La apreciación, aunque pareciera ser muy obvia, se hace porque, si bien el dinero consignado por la promitente vendedora se entregó a una fiduciaria, ese dinero se entiende pagado a la parte convocada, en razón de la diputación hecha para el pago de que se habló anteriormente en las consideraciones de este escrito.

En este punto es importante dejar en claro la situación, ya que el dinero entregado a título de encargo fiduciario por la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO le sería devuelto, no por los ahora convocados, sino por la propia fiduciaria, en caso de que se hubiesen incumplido unas condiciones establecidas en la cláusula CUARTA de dicho encargo, (Ver parágrafo SEGUNDO de la cláusula CUARTA).

Una de esas condiciones toca precisamente con la promesa y es allí donde la situación pudo haberse vuelto confusa. Por la declaración de resolución de la promesa las cosas vuelven a una especie de estado anterior y, en tal caso, podría haber fallado una de las condiciones de la cláusula CUARTA del encargo fiduciario.

Para facilidad de las cosas, la condición no se refería a la estabilidad perpetua de la promesa, derivada de un eficaz cumplimiento de la misma, sino al hecho futuro e incierto de que a la fiduciaria se le llevase una constancia de la celebración entre la señora LONDOÑO y los

convocados del negocio de promesa de venta de los inmuebles a que se refería el numeral 1 de su preámbulo. La cláusula CUARTA del encargo fiduciario y su literal "C", son del siguiente tenor:

CUARTA FINALIDAD: la finalidad del presente contrato, que determina la orientación de la actuación del fiduciario, es que este, entregue los recursos recibidos en virtud de este encargo al FIDICOMISO TWINS, si se dan las siguientes condiciones dentro de un plazo de doce (12) meses siguientes a la firma del presente contrato.

(...) C.- Si se presenta a la FIDUCIARIA copia autentica del contrato de promesa de venta del inmueble descrito en el numeral 1 del preámbulo, suscrito entre el encargante y el gerente del proyecto.

Como a la fiduciaria si se le llevó la constancia de la promesa dentro de los doce meses siguientes a la celebración del acuerdo fiduciario, entonces el hecho futuro e incierto si se cumplió y, por consiguiente, quedo relevada de devolver los dineros a la encargante para, en su lugar, entregarlos al FIDICOMISO TWINS. El cumplimiento de la condición quedo, por demás, ratificado por la propia FIDUCIARIA, quien concurrió a la firma de la promesa.

Es que si la condición consintiese en la estabilidad de la promesa y no en su simple celebración, a la fiduciaria se le crearia un problema, pues tendria que responder personalmente por dineros que ya no están en su poder, sino en manos del FIDEICOMISO TWINS, y todo porque un negocio que si se celebró, pero que dependía de un tercero no llegó a feliz término.

En conclusión, la FIDUCIARIA SUPERIOR era apoderada de los promitentes vendedores para recibir el pago, al punto tal que su representante suscribió también la promesa como vocero del FIDEICOMISO TWINS. Será, entonces, entre fiduciaria y convocados que se realice internamente una rendición de cuentas, derivada de la intermediación contratada por ellos, pero la devolución del dinero a la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO correrá por cuenta de FAJARDO MORENO y CIA S. A. y CONSUPERIOR S. A. Sobra agregar que, si el dinero pagado está ahora en manos del fideicomiso Twins, contra este último están incólumes las acciones del caso.

- ☉ *Del monto a restituir.-* Con relación a la suma exacta entregada por el convocante a los convocados, obran en el proceso tres cifras diferentes, a saber

- De una parte, el encargo fiduciario y el anexo de entrega de recursos habla de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$181.543.650) PESOS M.L. (Ver folio 107 y 114 del cuaderno principal)

Esta suma es lo que supuestamente pagó la señora convocante a través del encargo fiduciario y, aunque no coincide con el precio relacionado en la promesa, de todas formas el literal a) de la cláusula TERCERA de esta última, dice que el precio equivalente a CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS M.L. se encuentra ya depositado en la fiduciaria SUPERIOR, más concretamente en la cuenta N° 904- 478992-5 de su fondo común ordinario, cuenta perteneciente a la prometedora compradora EUGENIA MARIA LONDOÑO ESCOBAR, quien autoriza sean girados directamente por la fiduciaria al FIDEICOMISO TWINS.

Como los demandados no objetaron el precio de la promesa, ni hicieron aclaración alguna relacionada con lo que inicialmente se entregó a la FIDUCIARIA y lo que efectivamente recibieron, el Tribunal descartará como precio definitivo pagado por la convocante la suma que aparece en los anexos del acuerdo fiduciario, esto es, la suma de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$181.543.650) PESOS M.L.

- De otra parte, el hecho 2 y las pretensiones de la demanda hablan de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$187.622.376) PESOS M. L.

Esta cifra, según el hecho 2 de la demanda, aparece de sumar a los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS M.L. de que habla la promesa, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS (\$2.478.726) PESOS, pagados a un tercero llamado Andrés Fajardo.

Como el tercero no fue demandado en el proceso, ni existe prueba de que haya sido también diputado por los promitentes vendedores para recibir los DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTISEIS (\$2.478.726) PESOS, no se tendrá en cuenta, para efectos de este laudo, la cifra inicialmente indicada en el citado hecho 2 y en las pretensiones de la demanda, quedando, eso sí, a salvo la posibilidad de la convocante de hacer el reclamo pertinente al señor ANDRES FAJARDO.

.- Finalmente, la promesa de contratar y los literales a, b y c del hecho 2 de la demanda hablan de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS M.L. (Ver folios 2 y 18 del cuaderno principal), cifra esta que será la tenida en cuenta para efectos del monto a devolver por parte de los promitentes vendedores, quienes, como ya se anotó, no hicieron objeción alguna sobre el precio que aparecía en dicha promesa ni lo negaron al contestar el hecho 2 de la demanda.

- *De la actualización de la cifra.*- Los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS M.L. se llevarán a valores indexados hasta el día 13 de septiembre de 2004, fecha en que se debió firmar la escritura del contrato prometido. De allí en adelante, como consecuencia del incumplimiento, se accederá a lo solicitado en la pretensión CUARTA de la demanda.

El factor de indexación utilizado para tal efecto será el del índice de precios al consumidor, y no el del interés bancario corriente, como se solicitó en la TERCERA de las pretensiones, pues la causa que dio origen al encargo fiduciario hecho por la convocante no fue la de un mutuo, o la de una figura especulativa similar que llevase a los convocados a pagar réditos de un capital.

Tampoco se utilizará como factor de actualización hasta el mencionado 13 de septiembre el rendimiento que los dineros depositados hayan tenido en el fondo común de la FIDUCIARIA SUPERIOR, pues desde que se cumplieron las condiciones de la cláusula CUARTA del encargo fiduciario, dichos dineros pasaron a manos del FIDEICOMISO TWINS, perdiéndose para la encargante la posibilidad de solicitar allí su devolución y los respectivos rendimientos obtenidos. En otros términos, de la misma forma en que el cumplimiento de las condiciones sirvió a la convocante para cobrarle la devolución del precio a los convocados, y no a la fiduciaria, de esa misma forma se hará caso omiso de esos rendimientos como factor de actualización del dinero.

Conforme a lo dicho, tenemos tres cantidades entregadas en tres oportunidades distintas por la convocante: TRES MILLONES (\$3.000.000) DE PESOS el día 18 de julio de 2003; CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO (\$52.668.774) PESOS el 21 de Agosto de 2003 y CIENTO VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$129.474.876) PESOS el 29 de Septiembre de 2003.

La actualización se realiza con base en las cifras del IPC, debidamente consultadas al DANE. De acuerdo a la fórmula utilizada, el valor del saldo a pagar de cada mes es igual al del mes inmediatamente anterior multiplicado por (1 + el IPC de dicho mes). El cálculo se hace sobre todos los meses hasta llegar a septiembre de 2004.

Las tres cantidades entregadas, por efectos de la indexación arrojan el siguiente resultado.

Jul-03	\$ 3.000.000		
Ago-03	\$ 2.995.800	\$ 52.668.774	
Sep-03	\$ 3.005.087	\$ 52.832.047	\$ 129.474.876
Oct-03	\$ 3.011.698	\$ 52.948.278	\$ 129.759.721
Nov-03	\$ 3.013.505	\$ 52.980.047	\$ 129.837.577
Dic-03	\$ 3.024.052	\$ 53.165.477	\$ 130.292.008
Ene-04	\$ 3.042.499	\$ 53.489.786	\$ 131.086.789
Feb-04	\$ 3.069.577	\$ 53.965.845	\$ 132.253.462
Mar-04	\$ 3.106.412	\$ 54.613.435	\$ 133.840.503
Abr-04	\$ 3.136.855	\$ 55.148.647	\$ 135.152.140
May-04	\$ 3.151.285	\$ 55.402.331	\$ 135.773.840
Jun-04	\$ 3.163.260	\$ 55.612.860	\$ 136.289.781
Jul-04	\$ 3.182.239	\$ 55.946.537	\$ 137.107.519
Ago-04	\$ 3.181.284	\$ 55.929.753	\$ 137.066.387
Sep-04	\$ 3.182.239	\$ 55.946.532	\$ 137.107.507

Según todo esto, los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS, se habían aumentado, a septiembre 13 de 2004, en un total de ONCE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO (\$11.092.628) PESOS (\$182.239 de \$3000.000; \$3.277.758 de \$52.668.774 y \$7.632.631 de \$129.474.876), cifra que se tendrá en cuenta al final, para sumarla al resultado de otra operación subsiguiente.

- De la indemnización de perjuicios.

Del contrato de promesa surge una obligación de hacer.

En las obligaciones de hacer el acreedor puede solicitar que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Para el caso que nos ocupa, la demandante no invocó ningún perjuicio en particular derivado de la inexecución del contrato de promesa. No habló de las consecuencias negativas que para ella había tenido el haber perdido la vocación a ser dueña del inmueble. No demostró ningún daño derivado de la frustración de una enajenación posterior del bien o derivado de la pérdida de alguna otra oportunidad contractual.

Pero si bien, de una promesa se deriva una obligación de hacer y no de dar, con ocasión de la promesa en discusión la convocante entregó anticipadamente el precio derivado del contrato prometido. Como esa compraventa prometida se frustró a consecuencia del incumplimiento de la promesa, entonces el dinero entregado a los promitentes vendedores quedó en manos de ellos sin ninguna causa legal y esto los obligaba a devolverlo desde el día del incumplimiento.

La resolución del contrato, sea en virtud de una condición resolutoria expresa (que opera de pleno derecho), sea en virtud de la condición resolutoria tácita, tiene efectos retroactivos. De allí lo dicho por el artículo 1.544 del código civil: "*Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición*".

De modo que si los promitentes vendedores habían recibido el precio anticipado a condición de cumplir la promesa y dicha promesa no se cumplió, entonces esos promitentes vendedores han adquirido una obligación de devolver el dinero pagado a título de precio. Como se trata de una obligación dineraria, y la indemnización de perjuicios por la mora en el cumplimiento de las obligaciones de dar dinero se traduce en el pago de intereses moratorios, este laudó concederá el pago de tales intereses, todo conforme a la pretensión CUARTA de la demanda, que es del siguiente tenor:

CUARTA: *Como consecuencia de la pretensión primera, se ordene pagar a las sociedades FAJARDO MORENO & CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., a partir del día 13 de septiembre de 2004, día en que se constituyen en mora, a favor de la señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, los intereses moratorios máximos permitidos sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376), y hasta el día en que se realice el pago efectivo de la pretensión segunda.*

Se advierte, eso sí, que los intereses moratorios se liquidarán, como lo solicita la convocante, desde el 13 de septiembre de 2004, pero sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS, y no sobre la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIDÓS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$187.622.376), ya que, como se anotó anteriormente, de dicha cifra se descontará lo que se pago al tercero ANDRES FAJARDO, quien no aparece como demandado ni mandatario en el proceso.

La actualización se realiza hasta julio de 2006, con base en los intereses moratorios, que son iguales a una vez y media el interés corriente bancario. A partir de Septiembre de 2004, el valor adeudado de un mes es igual al del mes anterior multiplicado por (1 + interés de mora de dicho mes).

Sep-04	\$ 185.143.650
Oct-04	\$ 189.144.928
Nov-04	\$ 193.155.268
Dic-04	\$ 197.347.494
Ene-05	\$ 201.609.919
Feb-05	\$ 205.957.764
Mar-05	\$ 210.388.512
Abr-05	\$ 214.863.182
May-05	\$ 219.441.543
Jun-05	\$ 224.079.722
Jul-05	\$ 228.778.813
Ago-05	\$ 233.495.874
Sep-05	\$ 238.249.482
Oct-05	\$ 243.095.094
Nov-05	\$ 247.969.345
Dic-05	\$ 252.911.412
Ene-06	\$ 257.870.409

Feb-06	\$ 262.890.163
Mar-06	\$ 268.050.127
Abr-06	\$ 273.240.924
May-06	\$ 278.393.570
Jun-06	\$ 283.449.980
Jul-06	\$ 288.464.180

De todo esto resulta que, al mes de agosto de 2006 y desde septiembre 14 de 2004, los intereses moratorios producidos por los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS, equivalen a la suma de CIENTO TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS TREINTA (\$103.320.530) PESOS M. L.

- ⇒ De las costas procesales. Estatuye el artículo 154 del decreto 1818 de 1998 (art. 33 del decreto 2279 de 1989) que, "(...) En el mismo laudo se hará la liquidación de costas y de cualquier otra condena".

Para este efecto tendrá en cuenta el Tribunal que las pretensiones estarán llamadas a prosperar y, por tanto, las costas serán a cargo de la parte demandada en calidad de vencida en este proceso arbitral.

El total de honorarios y gastos, teniendo en cuenta el reajuste realizado mediante auto del día 17 de mayo de 2006, ascendió a la suma de doce millones ciento cincuenta y seis mil doscientos treinta y ocho pesos (\$12.156.238) y, como consta en el proceso estas partidas fueron consignadas por ambas partes en iguales proporciones. Como quiera que la parte vencida ha resultado ser la parte demandada FAJARDO MORENO Y CÍA S.A. y CONSUPERIOR S.A., esta será condenada a restituir a la parte convocante la suma que ella aportó al proceso, esto es la suma de cinco millones seiscientos treinta y cinco mil quinientos setenta y nueve pesos (\$5.635.579).

Como agencias en derecho se incluirá en la liquidación la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) que deberá ser reconocida por las sociedades demandadas FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A. a favor de la parte demandante señora EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR.

CAPÍTULO QUINTO DECISION

Por las razones expuestas, EL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara resuelto el contrato de promesa de compraventa de los inmuebles distinguidos como apartamento 804, parqueaderos 23 y 24, y cuarto útil 26 del EDIFICIO TWINS – PROPIEDAD HORIZONTAL – Torre I, ubicado en la calle 2 Sur N° 20 - 250 de la ciudad de Medellín, celebrado el día 20 de octubre del año 2.003 entre la promitente vendedora EUGENIA MARIA LONDOÑO, y las sociedades promitentes vendedoras FAJARDO MORENO Y CIA S. A. y CONSUPERIOR S. A.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena a la parte demandada FAJARDO MORENO Y CIA S. A. y CONSUPERIOR S. A. restituir a la señora EUGENIA MARIA LONDOÑO el precio pagado anticipadamente por ella con ocasión del contrato de promesa ahora resuelto, equivalente a la suma de CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA (\$185.143.650) PESOS.

TERCERO: Igualmente, se ordena a la parte demandada pagar a la convocante la suma de ONCE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$11.092.628), a título de indexación hasta el 13 de septiembre de 2004, de los dineros recibidos por los convocados desde julio, agosto y septiembre de 2003 por concepto del precio a que se alude en el numeral inmediatamente anterior de estas declaraciones.

CUARTO: De la misma forma, se ordena a la parte demandada pagar a la convocante la suma de CIENTO TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS TREINTA (\$103.320.530) PESOS M. L., equivalente a los intereses moratorios legales comerciales producidos, desde Septiembre 13 de 2004 y hasta la fecha, por los CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$185.143.650) objeto de la devolución a que se refiere el numeral SEGUNDO de estas declaraciones.

QUINTO: Se condena a la parte demandada y a favor de la parte convocante, al pago de las costas procesales, las cuales se liquidan así:

CONCEPTO	VALOR
Honorarios y gastos del proceso	\$5.635.579
Agencias en Derecho.	\$5.000.000
TOTAL A PAGAR	\$10.635.579

SEXTO: Por el Presidente del Tribunal se protocolizará el expediente arbitral en una de las notarías de Medellín.

SÉPTIMO. El Presidente del Tribunal, conforme a la regulación legal, hará la liquidación final de los gastos y, por tanto, rendirá cuentas a las partes.

El árbitro único,

ALFREDO TAMAYO JARAMILLO

El secretario,

NICOLÁS HENAO BERNAL

En la fecha de expedición de este laudo arbitral, el Tribunal de Arbitramento para dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 154 del decreto 1.818 de 1998 en concordancia con el artículo 115 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, certifica que el presente laudo es *copia autentica* o es fiel reproducción del original visible en el expediente arbitral promovido por EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR en contra de las sociedades FAJARDO MORENO Y CÍA. S.A. y CONSUPERIOR S.A., el cual consta de cincuenta y cinco (55) páginas, y que es primera copia con destino a la PARTE DEMANDANTE EUGENIA MARÍA LONDOÑO ESCOBAR, el cual presta mérito ejecutivo.

El árbitro único,

ALFREDO TAMAYO JARAMILLO

El secretario,

NICOLÁS HENAO BERNAL