

LAUDO ARBITRAL

Medellín, quince de mayo de dos mil doce

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO**, por una parte, y, por la otra, **CENTRO COMERCIAL SANDIEGO P.H.**, profiere, por unanimidad, el siguiente laudo arbitral, luego de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 446 de 1998, en el Decreto 1818 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, y en virtud del cual decide el conflicto planteado en la demanda y en su contestación, previos los antecedentes que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1.1 PARTES Y APODERADOS

- 1.1.1 La parte convocante (actora) en el presente proceso es el señor **FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número, quien le otorgó poder judicial para llevar la vocería dentro del proceso arbitral a abogado inscrito, en los términos contenidos en el documento que obra en el plenario.

Para efectos del presente Laudo, cuando el Tribunal se refiera a la "Parte Convocante" o al "Convocante" o al "Demandante" se entenderá que hace mención al señor **FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO**.

El señor URIBE TORO falleció el día 11 de febrero de 2011, con posterioridad a la consolidación de la relación procesal. Desde ahora se anuncia que el óbito del Convocante en nada vicia la actividad *in procedendo* desplegada por el Tribunal con posterioridad a su deceso; situación que será objeto de análisis un poco más dilatado en otro aparte de esta providencia.

- 1.1.2 La parte convocada (opositora) en este arbitraje es la persona jurídica denominada **CENTRO COMERCIAL SANDIEGO -PROPIEDAD HORIZONTAL-**, cuyo reglamento vigente, ajustado a las prescripciones de la Ley 675 de 2001, fue solemnizado por medio de la escritura pública

número 1.515 del 3 de julio de 2002, extendida en la Notaría Diecisiete de Medellín, representada por la señora CECILIA WIEDEMANN B.

Actuó como su procurador judicial el abogado inscrito designado de conformidad con el acto de apoderamiento que consta en documento que milita en el expediente.

Para los fines del Laudo, **CENTRO COMERCIAL SANDIEGO P.H.** se conocerá como la "Parte Convocada" o la "Convocada" o la "Demandada" o "CENTRO COMERCIAL SANDIEGO" o simplemente "SANDIEGO" o "EL CENTRO COMERCIAL".

1.2 EL PACTO DE ARBITRAJE

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso, se encuentra contenido en la cláusula compromisoria incorporada en el "CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS FUTUROS", suscrito el 14 de septiembre de 2007, cuyo texto se copia:

"CLÁUSULA COMPROMISORIA: Las diferencias que ocurrieren entre las partes con motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato de promesa, serán sometidas a la jurisdicción de un tribunal de arbitramento, designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud escrita de cualquiera de las partes contratantes, que se sujetará a las normas vigentes para el arbitramento, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro o por tres (3) árbitros según sea la cuantía de las pretensiones, designados por el Director de ese Centro de Arbitraje. La facultad de designar incluye el reemplazo de árbitros.

b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.

c) El Tribunal decidirá en derecho.

d) El tribunal funcionará en Medellín, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín.

En lo no previsto en esta cláusula, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2279/89, la ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1.998 y las demás normas que las adicionen o modifiquen" (cláusula vigésima).

1.3 CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS. TRAMITACIÓN INICIAL.

La convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento, se dio y tuvo su desarrollo de la siguiente manera:

- 1.3.1 La solicitud de convocación al arbitraje, aunada con la demanda, fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Comercio de Medellín, el 5 de abril de 2010, por el señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO y la señora ADELAIDA URIBE LEMARIE, representada por el señor CARLOS URIBE TORO, en calidad de apoderado especial, quienes accionaron como litisconsortes facultativos.
- 1.3.2 El 9 de junio de 2010, La Jefe de la Unida del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, con la presencia del Asistente de la Revisoría Fiscal de la entidad, efectuó el sorteo de Árbitros que conocieran del proceso arbitral, habiendo resultado nombrados los suscritos abogados ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ, EDUARDO PINEDA DURAN e IGNACIO SANÍN BERNAL, los cuales, dentro del plazo legal establecido para el efecto, aceptaron fungir como jueces arbitrales.
- 1.3.3 El 27 de agosto de 2010 se instaló el Tribunal de Arbitramento, en audiencia en la cual los Árbitros se declararon sin impedimentos y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; se designó como presidente al Árbitro IGNACIO SANÍN BERNAL y como secretario al abogado ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, quien allí mismo fue posesionado; se reconocieron personerías procesales y se fijó sede de funcionamiento del Tribunal.
- 1.3.4 En la misma audiencia de instalación se rechazó la demanda con respecto a la señora ADELAIDA URIBE LEMARIE, por no serle aplicable a sus pretensiones la cláusula compromisoria invocada por ella como fuente de habilitación arbitral para decidir las frente a la parte convocada, CENTRO COMERCIAL SANDIEGO. Con relación al señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO, la demanda fue inadmitida, habiéndosele exigido reformularla en lo atinente a su propio y particular conflicto existente entre él y EL CENTRO COMERCIAL.
- 1.3.5 En atención a que el Convocante cumplió debidamente con lo requerido en el auto inadmisorio de la demanda, ésta fue admitida mediante providencia dictada el 8 de septiembre de 2010, mismo que se le notificó personalmente

al apoderado procesal de la Convocada el 29 de septiembre y se le corrió traslado del libelo por el término de diez (10) días.

- 1.3.6 Dentro de la oportunidad legal (13 de octubre de 2010), EL CENTRO COMERCIAL SANDIEGO dio contestación a la demanda y se opuso a las peticiones declarativas y de condena deducidas por el Demandante, *“pues no existió el incumplimiento contractual afirmado”*.
- 1.3.7 El 11 de noviembre de 2010 se regularon los honorarios de los Árbitros y del Secretario, los derechos administrativos del Centro de Arbitraje y los gastos procesales. Ambas partes depositaron, en manos del Presidente del Tribunal, las sumas de dinero que por tales conceptos competía pagar a cada una de ellas.
- 1.3.8 La audiencia de conciliación, programada para el 24 de febrero de 2011, no pudo realizarse en lo referente al objeto propio de la misma, como quiera que en la sesión respectiva el apoderado del Convocante dio a conocer al Tribunal y a la parte contraria el hecho de la muerte de su representado, ocurrido el día 11 de los mismos mes y año, con aducción del registro civil de defunción.
- 1.3.9 Con fecha 15 de marzo de 2011, el señor JULIO CESAR URIBE TORO, invocando su condición de albacea del Convocante, calidad que acreditó con acompañamiento de copia auténtica de la memoria testamentaria del Demandante, vertida en la escritura pública N° 4.530 del 24 de agosto de 2009, de la Notaría Veintinueve de Medellín, intervino en la causa arbitral solicitando la suspensión del proceso *“por un periodo de cuatro (4) meses, mientras finalizan los trámites de sucesión y las nuevas propietarias deciden sobre la representación del mismo”*. Este pedimento no tuvo eco en el Tribunal y fue rechazado, habida consideración de que no consultaba con ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y, en concreto, la solicitud no venía elevada con el consentimiento de la Parte Convocada, tal como lo contempla el numeral 3 del art. 170 ibídem (auto de mayo 4/11).
- 1.3.10 No existiendo óbice para impulsar el proceso, como que venía suspendido por voluntad conjunta de los apoderados de los partes, manifestada en la audiencia del 24 de febrero de 2011, por el término de dos meses, es decir hasta el 24 de abril, el Tribunal citó a audiencia de conciliación, la que tuvo

lugar el 26 de agosto de 2011, a la cual concurrió únicamente la representante legal del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO acompañada de su procurador procesal; circunstancia que imposibilitó, obviamente, una solución autocompositiva del litigio.

1.4 PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES.

- 1.4.1 En la primera audiencia de trámite, llevada a efecto el 26 de agosto de 2011, a continuación de la fallida etapa conciliatoria, el Tribunal declaró su competencia para el conocimiento, instrucción y juzgamiento del contencioso existente entre las partes; decisión que cobró ejecutoria al no haber sido impugnada.
- 1.4.2 Asumida la competencia, los Árbitros decretaron la totalidad de pruebas solicitadas por las partes. Con referencia a las documentales arrimadas con la demanda y la contestación, se decidió apreciarlas *“en el valor que corresponda, según las normas legales y las reglas de la sana crítica”*.
- 1.4.3 De las pruebas ordenadas, se practicaron las siguientes: **a)** El 8 de septiembre de 2011, se recibieron las declaraciones de CLARA INÉS ROJAS RESTREPO y JAIME ARANGO URIBE. Al señor apoderado de la parte convocada se le hizo entrega del oficio N° 01, librado con destino al señor Notario Diecisiete de Medellín, el cual fue debidamente auxiliado (escritura de permuta N° 2.368 del 22 de julio de 2009 de la Notaría 17 de Medellín). **b)** El 20 de octubre de 2011 se practicó diligencia de inspección judicial al Centro Comercial Sandiego y se recaudaron los testimonios de JAIME ÁLVAREZ GÓMEZ, RODRIGO GÓMEZ MONTOYA, GERMÁN ANTONIO CAMPUZANO MAYA, RAÚL DARÍO SALDARRIAGA ZAPATA, CARLOS ENRIQUE URIBE TORO y RUBY CECILIA PADILLA MANGA. En esta diligencia el apoderado de la convocada desistió de las restantes declaraciones de terceros decretadas a petición suya, lo cual fue acogido por el Tribunal; y, puesto que no había más pruebas pendiente de práctica, se declaró cerrada la etapa de instrucción procesal.
- 1.4.4 El 7 de marzo de 2012, el Tribunal escuchó las alegaciones de los apoderados de las partes, cuyas memorias fueron incorporadas al expediente. En esa audiencia se fijó el día 15 de mayo de 2012 para proferir el laudo arbitral.

1.5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

- 1.5.1 Por mandato de la ley, y en vista de que las partes no pactaron nada distinto al respecto, el término de duración del presente proceso es de 6 meses. Su cómputo se inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 26 de agosto de 2011; por lo cual el plazo de 6 meses para dictar el laudo venció el 26 de febrero de 2012.
- 1.5.2 Empero, al plazo legal se le adicionan *“los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”* (artículo 126 del Decreto 18181 de 1998).
- 1.5.3 El proceso se suspendió por solicitud conjunta de las partes, desde el 21 de octubre de 2011 y hasta el 20 de enero de 2012, es decir, por un lapso de noventa y dos (92) días comunes, que hay que adicionar a partir del 26 de febrero de 2012. Lo que quiere decir que el 28 de mayo de 2012 se extingue el término para emitir el laudo arbitral.
- 1.5.4 Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la Ley.

II. LA CONTROVERSIA

2.1 LA DEMANDA ARBITRAL.

2.1.1. HECHOS.

A continuación se hace una síntesis, concisa y precisa, de los HECHOS en los que se hicieron soportar las pretensiones de **FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO**:

- a) Se expone en la demanda que el Convocante fue propietario del local N° 064 de la antigua zona de comidas del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO de la ciudad de Medellín, en el cual funcionaba el establecimiento de comercio denominado Pizza World de propiedad de la señora ADELAIDA URIBE LEMARIE.
- b) Se manifiesta que la asamblea de copropietarios del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO — PROPIEDAD HORIZONTAL, el 29 de marzo de 2006 aprobó, según da cuenta el acta No. 48, la realización de construcciones y ampliaciones del centro comercial, denominado CUARTA ETAPA, que comprendía tres edificios: uno de

nombre FALABELLA, denominado etapa 4 fase 1 y el edificio TORRE CENTRO denominado etapa 4 fase 2, y un tercer edificio denominado Buffet comidas etapa 4 fase 3, de los cuales falta por construir el segundo.

c) Se asevera que por problemas financieros, la junta directiva del Centro Comercial decidió no ejecutar las obras de la TORRE CENTRO (actas Nos. 619, 620 y 621), sino hacer en forma acelerada la zona de comidas, pero OCULTANDO que no se iba a continuar con el proyecto de la "TORRE", para que los antiguos comerciantes de comidas firmaran un otrosí consistente en autorizar el traslado de los negocios al segundo piso, encima de la anterior zona en donde se encontraba el local y el establecimiento de comercio PIZZA WORLD y los restantes de dicha naturaleza.

d) Se dice que el señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO firmó, el 14 de septiembre de 2007, con la señora representante legal del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO "UN CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS FUTUROS", conforme al cual el señor URIBE cedería su local No. 064, ubicado en el primer piso, y en su lugar adquiriría, a título de permuta, otro local situado en la nueva zona de comidas, denominada " Buffet de Comidas", contrato que contiene las especificaciones del nuevo local y el precio que debe pagar para hacerse al dominio del mismo, pactado en la suma de \$354.222.000 millones de pesos, *"discriminados así: \$334.800.000 reconocidos en la entrega por el local 064 y \$19.422.000 en cuotas mensuales pagaderas cada 14 de cada mes contados a partir del 14 de septiembre de 2007, en cuotas variables, hasta el día 14 de junio de 2008"*. El precio así acordado fue pagado en su totalidad.

e) Se afirma que en las especificaciones técnicas del local objeto de permuta se contemplaba que éste se entregaría con *"OTROS EQUIPOS COMUNES"*, a saber: *"Cinco ascensores con capacidad de 17 personas cada uno, y 1.150 kg, además tres escaleras eléctricas entre niveles de comercio"*; pero que al no haberse construido LA TORRE CENTRO, los cinco ascensores y las tres escaleras eléctricas quedaron reducidos solamente a *"dos ascensores y una escalera eléctrica para el servicio de los restaurantes de mantel y no de la zona en que se encuentra el local"*. Se explica que *"en realidad los accesos para la zona de comidas denominado Buffet de comidas quedaron truncados y en su lugar ante la falta de la construcción de la torre centro, se improvisó la realización de una conexión, en la cual se ubicaron unas escalas de pie y de paso construyeron tres locales comerciales que no estaban contemplados. En conclusión sólo quedaron dos accesos uno por las escalera eléctricas del fondo sur (que siempre han existido y*

lejanas al local de mis mandantes) y otro bastante escondido por uno de los costados, que es precisamente el improvisado”.

f) Se sostiene que lo anterior constituye un grave incumplimiento del contrato celebrado por parte del Centro Comercial Sandiego y que, además, la Convocada incurrió en *“una grave violación al principio de igualdad”*, si se atiende a que *“El valor del metro cuadrado por el cual compró mi mandante fue de \$19.800.000, sin embargo el local No. 2367 fue vendido por un valor de metro cuadrado de \$5.923.000”*.

g) Se destaca, finalmente, que en en la cláusula DÉCIMO NOVENA del contrato de promesa de celebración de negocios jurídicos futuros y de permuta se estipuló *“una indemnización por incumplimiento de un 20% sobre el valor del contrato, que debe pagar la parte incumplida frente a la cumplida, sin necesidad de requerimiento alguno”*.

2.2. LAS PRETENSIONES.

En su escrito de demanda, FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO formuló las siguientes pretensiones en contra del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO PROPIEDAD HORIZONTAL:

DECLARACIONES:

1. Solicito respetuosamente se declare que se ha presentado un incumplimiento grave por parte del CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO PROPIEDAD HORIZONTAL del contrato de promesa de celebración de negocios jurídicos futuros y de permuta celebrado entre mi mandante, el señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO y el mencionado centro comercial, acorde con lo establecido en los hechos y pruebas, de de esta demanda.

2. Se declare que se presentó un tratamiento desigual frente a otros compradores, en virtud de que se cobró el metro cuadrado del cual muy por encima de cómo se le cobró a otros copropietarios del Centro Comercial Sandiego en la zona de comidas. En virtud de las anteriores declaraciones, consecuentemente solicito las siguientes....

CONDENAS:

1. Se condene al CENTRO COMERCIAL SANDIEGO - PROPIEDAD HORIZONTAL de Medellín, al pago de la multa o cláusula penal del 20% del valor total del contrato de negocios futuros y permuta, firmado entre mi mandante el señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO y el mencionado centro comercial, lo que asciende a la suma SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PEOS (\$70.844.400) (lo anterior teniendo en cuenta que el valor total del contrato es la suma de \$354.222.000)

2. Se condene al demandado a la devolución o restitución de los dineros que pagó mi mandante el señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO sobre el justo precio,

por metro cuadrado, por el que se vendió efectivamente a otro comprador de los locales de comidas, específicamente del local en donde funcionaba el establecimiento comercial "sánduche cubano" de propiedad del señor JAIME ALVAREZ, a quien tal como se expresó en los hechos se le permitió realizar la permuta con un valor por metro cuadrado de \$ CINCO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$5.900.000), un valor infinitamente menor al de mi mandante. Devolución que asciende a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$248.259.530) cifra que surge de la resta entre el valor comercial del local mencionado y el valor real pagado en el local de mi mandante, teniendo en cuenta el área relativa a cada local.

3. Se ordene al centro comercial demandado, a realizar los accesos prometidos al BUFFET DE COMIDAS en el que se encuentra su local incluyendo la escalera eléctrica que se había acordado a fin de solucionar el grave incumplimiento en que ha incurrido el CENTRO COMERCIAL SANDIEGO con mi mandante

4. Se condene al CENTRO COMERCIAL SANDIEGO PROPIEDAD HORIZONTAL al pago de las costas y de las agencias en derecho, que genere este proceso.

2.3. Respuesta de la Convocada.

Seguidamente se resume la posición del CENTRO COMERCIAL SANDIEGO P.H. frente a la causa petendi, en relación con la cual admite como ciertos algunos de los HECHOS y niega otros o dice no constarle, haciendo precisiones en cuanto a lo relatado por el accionante, así:

a) Admite la aprobación de las construcciones y ampliación del Centro Comercial por parte de la asamblea de propietarios, pero indicando que lo que se decidió fue *"la aprobación del marco jurídico general para darle viabilidad al proyecto de ampliación del Centro Comercial, conocido como cuarta etapa"*, cuarta etapa que comprendía los tres edificios mencionados en la demanda.

b) Conviene en que la obra se llevó a cabo y se lograron construir el Edificio denominado *"Falabella"* y la zona de comidas, y que por motivos financieros no se ha construido la Torre Centro, aunque *"de ello no se sigue que no se vaya a construir"*.

c) Concuerta en la celebración del negocio de permuta de los locales *"viejos por nuevos"*.

d) Niega en forma categórica que la Convocada hubiera ocultado que no se continuaría con la construcción de la TORRE CENTRO; por el contrario, aduce que *"las dificultades que se presentaron para llevar a cabo el proyecto en la forma originalmente previsto fueron comunicadas a todos, en forma responsable y asertiva. No hubo, pues, ocultamiento alguno para lograr la firma de los otrosies;*

éstos se firmaron, en todos los casos, con pleno conocimiento y entendimiento de las nuevas circunstancias del proyecto y de la forma como se emprendería”.

e) Manifiesta que se atiene a la literalidad del documento mediante el cual se instrumentó el *“CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS JURIDICOS FUTUROS”*, y acepta lo referente al precio y forma de pago. Y dice atenerse al tenor literal del documento en cuanto a los accesos, ascensores y escaleras incluidos en el negocio como *“OTROS EQUIPOS COMUNES”*.

f) Precisa que lo relacionado con el asunto sobre el que versa el literal precedente que *“por razones financieras, conocidas suficientemente por todos los copropietarios del Centro Comercial San Diego PH., el Consejo de Administración determinó, con el conocimiento y autorización de la Asamblea de Copropietarios, dividir la etapa IV en dos subetapas, aún no culminadas”*.

g) Niega el incumplimiento endilgado a la demandada, *“puesto que los acuerdos y decisiones emitidos por la Asamblea General y el Consejo de Administración son, respecto del demandante, por su condición de propietario, vinculantes, tanto más cuanto él no expresó su inconformidad con aquéllos o éstas, ni los impugnó en sede jurisdiccional. Es necesario anotar, además, que en la cláusula octava de la escritura pública 2.638 del 22 de julio de 2009, otorgada en la notaria 17 de Medellín, que es el título de su derecho de dominio, declaró el demandante haber recibido el inmueble a satisfacción desde el día 2 de marzo de 2009, hecho éste que ahora permite concluir, inequívocamente, que procede contra sus propios actos”*. Y en lo atinente a la diferencia de precios de locales negociados con otros propietarios, lo que se imputa como *“grave violación al principio de igualdad”*, apunta que *“La enajenación del local No. 2367 estuvo enmarcada en circunstancias muy diferentes a las del local del demandante, razón por la cual los dos actos no son comparables. Y si no lo son, no cabe hablar de tratamientos desiguales”*.

h) Por último, hace remisión al documento contractual en lo que toca con la indemnización convencional ajustada por las partes para el caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio por cualquiera de los contratantes. Por contera, niega la causación de todo perjuicio.

2.4. Oposición.

Como corolario de su postura en el litigio, CENTRO COMERCIAL SANDIEGO manifestó resistencia *“a la prosperidad de las pretensiones invocadas en la demanda y en consecuencia me opongo a que se efectúen las declaraciones y condenas allí planteadas, por carecer de sustento fáctico y jurídico”*.

III. LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

3.1. En el momento procesal adecuado, el Tribunal oyó las alegaciones finales de las partes. Ambas fueron insistentes y reiterativas en sus respectivos puntos de vista expresados en la demanda y en la contestación.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES Y DE FALLO DE MÉRITO

Los presupuestos procesales, como competencia, capacidad y representación de las partes y demanda en forma, así como los que deben concurrir para una decisión de fondo (legitimación en la causa e interés para obrar) se hallan configurados en este proceso, sin que, de otro lado, se observe vicio de nulidad que pueda invalidar la actuación arbitral.

En efecto, acerca de la competencia, el criterio del Tribunal quedó expuesto en los considerandos que sirvieron de fundamento para declararla afirmativamente en este caso concreto, en la primera audiencia de trámite, los cuales se reafirman aquí. Se apunta como relevante que ninguna de las partes protestó contra dicha declaración positiva de competencia para procesar y fallar el pleito o destrabar la contención.

En relación con las partes, aprecia el Tribunal que la persona jurídica que compareció al proceso por pasiva actuó por conducto de su representante legal. Dicho sujeto de derecho tiene capacidad para ser parte procesal, como que ella se deriva de su personalidad jurídica, sin que se advierta prohibición o limitación, legal o estatutaria, para resistir las pretensiones del litigio que se desata por árbitros y haber sido sustraído de los jueces naturales, en virtud del pacto de arbitraje. La exigencia del ius postulandi estuvo cumplida.

Lo propio se predica de la persona natural convocante, quien era mayor de edad, según atestación del Notario ante quien hizo presentación del poder judicial, exhibiendo su cédula de ciudadanía.

No sólo es conveniente sino que es necesario aludir a la muerte del convocante.

El señor FRANCISCO OCTAVIO URIBE TORO falleció el 11 de febrero de 2011, esto es luego de haberse constituido la litispendencia, lo cual significa que el convocante ya tenía incorporado en su patrimonio el derecho litigioso (*"evento incierto de la litis"*) disputado en este proceso: *"Se entiende litigioso un derecho ... desde que se notifica judicialmente la demanda"* (inciso segundo, art. 1969 del C.C.).

Obra en el expediente copia auténtica del testamento otorgado por el señor URIBE TORO (escritura pública N° 4.530 del 24 de agosto de 2009, de la Notaría Veintinueve de Medellín), a través del cual dispuso de sus bienes con efecto para después de sus días. No aparece en el testamento disposición alguna que vincule dispositivamente los derechos litigiosos o contingentes (por activa o por pasiva) que se derivan de este proceso.

No corresponde a este Tribunal interpretar las disposiciones testamentarias del *de cuius* ni las normas que gobiernan la sucesión *ab intestato*, para singularizar la persona o personas que tengan vocación, a título de herederos o legatarios, por virtud del testamento o por llamamiento de la ley, para recoger lo que en particular se provea como condenas de contenido económico en el presente laudo a favor del convocante, caso de accederse, total o parcialmente, a lo pedido en la demanda.

Ni herederos, ni legatario ni cónyuge comparecieron al proceso arbitral como sucesores procesales del causante, invocando alguna de aquellas calidades exigidas por el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1, numeral 22 del Decreto 2282 de 1989): *"Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador"* (inciso 1°).

Mas, ello no era de rigor que aconteciera, puesto que el proceso continuaba, habida cuenta de que por la muerte del actor no se generaba interrupción ni suspensión del trámite arbitral, como que proseguía con el apoderado del demandante constituido por él para representarlo judicialmente (ver artículos 168 y 170 CPC).

A los sucesores procesales enlistados en la norma transcrita no había necesidad de citarlos o emplazarlos, en atención de que dicho precepto no impone como requisito *sine qua non* el hacerlo para haberle dado impulso y avance a la actuación.

De todas maneras, el albacea, señor JULIO CESAR URIBE TORO, aduciendo su carácter de ejecutor testamentario, comprobado con la copia del testamento, tuvo conocimiento de la existencia del arbitramento, como quiera que elevó al Tribunal solicitud unilateral de suspensión del proceso, la que le fue despachada desfavorablemente.

De suerte que una eventual condena que el Tribunal fulmine en contra de CENTRO COMERCIAL SANDIEGO P.H. y a favor del Convocante, quedará radicada en el patrimonio relicto, y serán los sucesores mortis causa de éste quienes procederán a obtener la adjudicación de los bienes y derechos que la Convocada deba pagar y satisfacer.

La demanda fue admitida por considerarse como apta para dar apertura al proceso.

Las pretensiones deducidas por el demandante, así como las excepciones propuestas por la parte convocada, son susceptibles de transacción y arbitraje legal, por lo cual, es procedente su conocimiento y decisión mediante el procedimiento arbitral.

El trámite impartido es el que corresponde al del arbitramento legal, conforme a las disposiciones vigentes, y, se repite, no se advierte vicio o irregularidad que hubiere podido afectar el rito debido y el derecho de defensa de los litigantes.

Así pues, para el Tribunal, se encuentran reunidos los presupuestos formales o de validez del proceso.

En lo concerniente a los requisitos materiales de la sentencia de fondo, el Tribunal advierte que encuentra acreditada la legitimación en la causa para pronunciarse sobre todas las pretensiones; legitimación que consiste en la afirmación de coincidencia hecha por la parte actora entre los sujetos de la relación sustancial conflictiva y los de la relación jurídico-procesal. De otro lado, las peticiones declarativas y de condena impetradas por el demandante y la oposición a ese reclamo formulada por la demandada, constituyen suficiente interés de ambas partes para obrar en el proceso.

De esta suerte, entonces, el Tribunal no halla óbice alguno para decidir de fondo la litis sometida a su juzgamiento.

El laudo se profiere en derecho y, se repite, por unanimidad de los Árbitros.

V. CONSIDERACIONES

5.1. EL CONTRATO Y LA CAUSA

Es el contrato, y ha sido así desde el Derecho Romano, una de las principales fuentes de obligaciones consistente, en términos generales, en el acuerdo de voluntades encaminado a generar obligaciones, para los civilistas; y de conformidad con la definición que de él trae el Código Civil en su artículo 1495, se da a la acepción contrato el mismo significado de convención, hecho este criticado por alguna parte de la doctrina pero que obedece al desdoblamiento del Derecho Romano cuando sí había precisión en el significado de cada uno de estos institutos. Para el derecho comercial, el concepto de contrato a la luz de lo normado por el artículo 864 del Código de Comercio, tiene una connotación más amplia al definirlo como acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir entre las partes una relación jurídica patrimonial.

De todas maneras y cualquiera sea la forma como se entienda, el contrato constituye un acto jurídico a través del cual sus intervinientes expresan su voluntad y esta voluntad necesariamente se materializa en un acto volitivo que debe ser consciente y libre, además de que sus creadores deben ser plenamente capaces para su validez final.

Pero tratándose de un acto de voluntad de personas con capacidad de raciocinio, el acto contractual debe ser producto de una motivación que finalmente se traduzca en la creación del mismo, lo que constituye uno de sus elementos estructurales que la ley, en el caso del Código Civil Colombiano, denomina causa, bien en su concepción clásica y allí entendido el concepto como motivo próximo a la declaración de voluntad, en este caso el contrato, que es de carácter abstracto e integrante del mismo, o bien en la concepción moderna de Louis Josserand, entendida como los móviles determinantes que llevan a las partes a contratar, y que son individuales, concretos y por ende, en principio, ajenos a la estructura contractual, pero que en un momento determinado y por voluntad de las partes puede integrarse con ella y así hacer parte de su esencia para tener influencia determinante en la formación y desarrollo del contrato mismo.

Es así como la doctrina ha distinguido entre la causa de la obligación y la causa del contrato, para entender que la primera es parte sustancial de la relación obligacional sin la cual no puede existir, consistiendo en la contraprestación que cada una de las partes recibe como consecuencia de la prestación a que se obliga, en los contratos bilaterales, y la segunda es meramente accidental y que si bien en principio no hace parte del acto jurídico llamado contrato pues son motivos individuales, por voluntad de las partes y ante la realidad de que el acuerdo se celebró en gran parte como consideración a dicha motivación, pasa a ser de la estructura contractual y por ende a influir determinadamente en ella.

Es decir que las dos concepciones de causa en las circunstancias planteadas, la clásica y la moderna, cuando los móviles mediatos que constituyen la segunda entran a ser parte estructural del contrato por voluntad de sus creadores, influyen en su generación y en la ejecución del mismo.

La validez, cumplimiento o incumplimiento de un determinado contrato tiene que emanar necesariamente, entonces, del análisis que de él se haga a la luz de esas concausas, motivos y móviles que fueron determinantes en el consentimiento expresado.

5.2. EL CONTRATO CELEBRADO Y LA APLICACIÓN DE ESTOS CONCEPTOS

Con anterioridad a la celebración del contrato sometido al análisis de este Tribunal en cuanto a su cumplimiento, la persona jurídica Centro Comercial San Diego Propiedad Horizontal, surgida con ocasión del registro de su creación ante las autoridades municipales de Medellín en Enero 13 de 1987, en calidad de fideicomitente, y la Sociedad Alianza Fiduciaria S.A., en condición de fiduciaria, celebraron un contrato de fiducia mercantil con la constitución del patrimonio autónomo denominado Fideicomiso Locales San Diego que tuvo por objeto, entre otros, asegurar que con motivo de la ampliación del Centro Comercial San Diego los propietarios de algunos locales ubicados en la zona de comidas, finalmente transfirieran el dominio de sus inmuebles al Centro a través de la figura de cesión de derechos fiduciarios. En ese contrato se denominó tradentes a los mencionados propietarios.

A renglón seguido entre el Centro Comercial San Diego PH y el Señor Francisco Octavio Uribe Toro se convino el acto jurídico que denominaron CONTRATO DE PROMESA DE CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS FUTUROS,

calendado el 14 de Septiembre de 2007, en el cual se identificaron dos negocios a celebrar: la transferencia del dominio, a título de fiducia mercantil, por parte del que se llamó PROMETIENTE TRADENTE, Francisco Octavio Uribe Toro, a favor de la Alianza Fiduciaria S.A. en su condición de vocera del patrimonio autónomo FIDEICOMISO LOCALES SAN DIEGO, sobre el local No. 064 integrante del Centro e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 001-456930.

De la misma manera se pactó en dicha promesa la celebración entre la PROMETIENTE FIDEICOMITENTE, Centro Comercial San Diego PH, y el PROMETIENTE TRADENTE, de un contrato de permuta entre los derechos fiduciarios que éste tenía en el Fedeicomiso Locales San Diego y el Local No. 2373 que haría parte de la sub etapa 2 de la IV etapa correspondiente a la ampliación del Centro Comercial San Diego.

Es de especial significación que antes de concretarse en el documento suscrito por las partes las sendas obligaciones asumidas y la forma de cumplirlas, se plasmaron unos antecedentes que tenían que ver con el proyecto en general y las decisiones aprobadas por las diferentes asambleas de copropietarios.

De igual manera son relevantes para la interpretación y aplicación integral del contrato, algunos acuerdos expresos como son el requerimiento de convenir las variaciones del anteproyecto con el PROMITENTE TRADENTE; igualmente que en el plano, integrante del texto del contrato (como anexo), aparecen los ascensores a construir y las escaleras eléctricas de acceso a la zona de comidas; y en la cláusula décima el Centro Comercial San Diego PH se obligó, expresamente, a entregar como "otros equipos comunes" las escaleras eléctricas y cinco ascensores con capacidad para diecisiete personas cada uno, entre otros.

Así las cosas, queda claro para el Tribunal que uno de los motivos determinantes para que el contratante Francisco Octavio Uribe Toro, además de la contraprestación pactada e inherente a la permuta, como era recibir el derecho de dominio sobre el nuevo local a cambio de los derechos fiduciarios que a su vez él transfería, fue la construcción y puesta en funcionamiento de una escalera eléctrica, unos ascensores, unos accesos adecuados que darían comunicación con el nuevo bufett de comidas y especialmente, por su cercanía al local recibido.

En efecto, así se desprende del texto del contrato cuando en su cláusula décima la PROMITENTE FIDEICOMITENTE se obligó a lo que denominaron "otros equipos

comunes", además del plano del pre proyecto que se hizo integrante del contrato como anexo.

En el plano incorporado como anexo a dicho contrato se evidencia que las escaleras eléctricas hacen parte del amoblamiento que se incorpora como complemento del inmueble.

Y fue tan determinante esta prestación, que los contratantes pactaron en la cláusula décima séptima, que las variaciones en el "bien" objeto de la permuta debían ser acordadas entre ellos, sin perjuicio de que Centro Comercial San Diego P.H. pudiera motu proprio introducir modificaciones técnicas generales al anteproyecto de la Etapa IV.

5.3. LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LA PARTE CONVOCADA

Como contraprestación de la permuta que se celebrara en ejecución del contrato suscrito ("promesa de celebración de negocios futuros") en septiembre 14 de 2007, Centro Comercial San Diego P.H. se obligó fundamentalmente a lo siguiente: ---i) Traditar (enajenar a título de permuta) el local No. 2373 que hace parte de la subetapa 2 de la IV ETAPA DE AMPLIACIÓN DEL Centro Comercial Sandiego del Centro Comercial Sandiego; ---ii) ejecutar y entregar las obras que a continuación se relacionan, que hacen parte de la Etapa IV del Centro Comercial de conformidad con la Cláusula Décima, la cual reza:

"CLÁUSULA DÉCIMA: ESPECIFICACIONES DEL INMUEBLE OBJETO DE LA PERMUTA PROMETIDA; LA PROMETIENTE VENDEDORA (sic) se obliga a entregar a LA PROMETIENTE COMPRADORA (sic) los inmuebles objeto de la compraventa (sic) prometida, cumpliendo con las siguientes especificaciones: (...) AREAS DE LA COPROPIEDAD ANEXAS (...) OTROS EQUIPOS COMUNES: Cinco (5) Ascensores con capacidad de 17 personas cada uno, capacidad 1.150 kg. Escaleras eléctricas entre niveles de comercio. Infraestructura para sistema de sonido en los corredores de circulación del área comercial. Planta de emergencia que atiende parcialmente las zonas comunes y un tomacorriente (110V, 300W) y un plafón por local (60w). Torres de enfriamiento para el aire acondicionado. Plazoleta de comidas dotada con mesas y sillas. PARÁGRAFO PRIMERO: Variaciones en las especificaciones. Las especificaciones pueden variar de acuerdo a la disponibilidad de

material del mercado, en todo caso de calidades similares a las aquí ofrecidas. (...)"

El promitente adquirente (Centro Comercial Sandiego; denominado en el contrato como Promitente Fideicomitente) se reservaba el derecho a realizar modificaciones a los planos del anteproyecto, según consta en la cláusula Décima Séptima del contrato, a saber:

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: MODIFICACIONES AL ANTEPROYECTO: EL PROMITENTE TRADENTE expresamente declara que conoce y acepta que los diseños actuales de la ampliación del **CENTRO COMERCIAL SANDIEGO**, corresponden a un anteproyecto; que dichos diseños pueden ser objetos de modificaciones por razones de los estudios y diseños técnicos tales como estructurales, eléctricos, hidrosanitarios y de redes internas de servicios públicos domiciliarios y en función de las necesidades de espacio de espacio de los prometientes compradores (sic). Que en consecuencia, **LA PROMITENTE FIDEICOMITENTE** podrá introducir modificaciones al anteproyecto inicial; las modificaciones que se produzcan en el (los) bien(es) objeto de la permuta prometida deberán acordarse por escrito entre ambas partes contratantes."

No queda duda de que el cumplimiento cabal de las obligaciones de Centro Comercial San Diego P.H. no se limitaba solo a enajenar a título de permuta el local No. 2373, y a hacer entrega física del mismo, sino que se extendía a otros elementos que hacían parte de la consideración del contrato, y que vinculaban inescindiblemente el consentimiento de la parte provocante.

En la demanda, sin embargo, la pretensión de cumplimiento se limitó a la ejecución de "la escalera eléctrica" y de los "accesos prometidos" que conducen al segundo piso, habiéndose omitido toda referencia a otros elementos y "Equipos comunes" (ajenos a la denominación genérica "accesos") que también debían haber sido ejecutados por la parte convocada, tales como la instalación de:

- *Cinco (5) Ascensores con capacidad de 17 personas cada uno, capacidad 1.150 kg.*
- *Infraestructura para sistema de sonido en los corredores de circulación del área comercial.*

- *Planta de emergencia que atiende parcialmente las zonas comunes y un tomacorriente (110V, 300W) y un plafón por local (60w).*
- *Torres de enfriamiento para el aire acondicionado.*
- *Plazoleta de comidas dotada con mesas y sillas.*

Cabe resaltar que en la demanda, en el acápite de Hechos, se hace referencia a que en la sección de "OTROS EQUIPOS COMUNES" del contrato, se mencionan tres (3) escaleras eléctricas. Lo cierto es que en el documento contractual se hace referencia literalmente a "escaleras eléctricas entre niveles de comercio", sin especificar su número.

La *litis* queda trabada, entonces, a pesar de que en el contrato se habla de más bienes y de un número plural de escaleras eléctricas, sólo con relación a una ("la") escalera eléctrica entre dos niveles de comercio. Ceñido a lo pedido, el Tribunal no podrá ocuparse de las "otras" escaleras eléctricas, ni de los ascensores, ni del sonido, ni de la planta eléctrica de emergencia, ni de las torres de enfriamiento, ni de la plazoleta de comidas dotada con mesas y sillas.

En la Cláusula Octava de la escritura de permuta inmobiliaria No. 2.368, aparece que Francisco Octavio Uribe Toro manifestó haber recibido a satisfacción el inmueble (Local No. 2373), y ninguna referencia se hizo a los demás bienes o equipos comunes que conformaban como un todo la obligación contractual de Centro Comercial San Diego P.H. Tal referencia se omitió también en el Acta de Entrega que obra a folios 67.

Se evidenció en el expediente de este proceso que ninguna de las escaleras eléctricas mencionadas en el contrato habían sido construidas y puestas al servicio, en la fecha de celebración de la inspección judicial (20 de octubre de 2011), por lo menos en lo que respecta a la zona en que se encuentra el local 2373 (costado norte), hecho este irrefutable que constituye evidentemente un incumplimiento del contrato y que no puede ser desconocido por el Tribunal con el argumento simplista de que en la escritura de transferencia de dominio realizada por el Señor Uribe Toro, este manifestó satisfacción en la entrega del inmueble; sin duda se refería al local mismo y no a las otras obras a que se obligó el Centro Comercial San Diego P.H. que no eran objeto del acto jurídico suscrito. Este último se limitaba a la transferencia de los derechos fiduciarios y a la del dominio del inmueble que recibía la parte convocante.

La parte provocada cumplió, a satisfacción de la provocante, la obligación consistente en transferir el dominio sobre el local 2373 del centro comercial San Diego. Pero esta obligación no era la única que se había contraído en el contrato.

5.4. CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN

La inclusión de una cláusula penal por incumplimiento o mora en el cumplimiento del contrato, usualmente supone la limitación que contractualmente se acepta que los perjuicios reclamables se limitan al monto de dicha cláusula. De acuerdo con la doctrina, la cláusula penal puede tener una de las siguientes características:

En primer lugar, y de acuerdo con la definición que trae el artículo 1592 del Código Civil *“La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

En este orden de ideas cabe destacar que la cláusula penal puede cumplir con varias funciones, no siendo entonces la única la de un mecanismo anticipado de tasación de perjuicios.

Así, de acuerdo con el mismo artículo 1592 del Código Civil, la cláusula penal cumple una función de garantía en el sentido de que con el pacto de la misma, se refuerza o da más seguridad al acreedor acerca del cumplimiento de la obligación principal. Nótese que esta función de garantía reviste verdadera efectividad cuando la pena se pacta a cargo de un tercero distinto al deudor de la obligación. Convenida así la pena, el acreedor cuenta con dos patrimonios para respaldar el cumplimiento de la obligación principal; el del deudor original de ésta y el del garante de la pena.

La cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, tal y como se mencionó antes, constituye el uso más común e importante de esta institución, toda vez que esa tasación que los contratantes realizan es un acto convencional, predominante respecto de aquella estimación judicial e incluso la legal, adoptando estas últimas una naturaleza subsidiaria cuando se renuncia a la primera. (Artículo 1.600 C.C.)

Las ventajas de pactar la cláusula penal como mecanismo de tasación anticipada de perjuicios son varias, a saber: i) El acreedor se libera de la normalmente difícil y costosa carga de probar que el incumplimiento de la obligación principal le ha

generado perjuicios, toda vez que habiéndose convenido la cláusula penal, estos daños se presumen, sin que haya posibilidad de que el deudor alegue que éstos no se han generado. (Art. 1599 C.C.) ii) Igualmente el acreedor se libera de la carga de probar el monto de los perjuicios, en la medida que ese monto ya ha sido determinado previamente. iii) El acreedor puede no sufrir perjuicios con el incumplimiento y sin embargo está legitimado para exigir el pago de la pena de conformidad con lo normado por el Artículo 1.599 de la citada obra.

La otra función que puede cumplir la figura de la cláusula penal es la de apremio al deudor con el objetivo de inducirlo a cumplir con la obligación principal. En palabras del autor Guillermo Ospina Fernández, *“el servicio que presta dicha estipulación estriba en la presión que amenaza la pena y se ejerce sobre la voluntad del deudor, induciéndole a cumplir la obligación principal por el temor de incurrir en aquella.”* (OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. El régimen general de las obligaciones. Pág. 143. Ed. Temis, 2001.)

También a este tipo de cláusula penal se le conoce como cláusula penal sancionatoria. Esta figura toma verdadera importancia y cumple cabalmente con su función de apremio, cuando ésta se pacta sin perjuicio de la obligación principal y de la indemnización de perjuicios, provisión que permiten los artículos 1594 C.C. y 1600 C.C. siempre y cuando se haya convenido expresamente que el pago de la pena no extingue la obligación principal ni la posibilidad de pedir los perjuicios que el incumplimiento de ésta hayan generado.

Volviendo al contrato de promesa celebrado entre el señor Uribe Toro y el Centro Comercial San Diego, la penalidad prevista por las partes en la cláusula Décima Novena es precisamente de la estirpe sancionatoria o de apremio, es decir, de aquellas que, dejando indemne la obligación principal de ejecución y cumplimiento del contrato, establecen un monto previamente convenido a título de pena, sin que ello equivalga a una renuncia a la reclamación de perjuicios, los que se pueden acumular a esta última.

Lo anterior se afirma con fundamento en el texto de la cláusula Décimo novena que se transcribe:

CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA: INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO: El incumplimiento por cualquiera de las partes de la totalidad o de alguna de las obligaciones derivadas del presente contrato, dará derecho a aquella que hubiere cumplido o se hubiere allanado a

cumplir, para exigir inmediatamente a título de pena aplicable a quien no cumplió o no se allanó a cumplir, el pago de una suma de dinero equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del inmueble objeto de la permuta prometida, valor establecido en el literal B) de la cláusula novena (9ª) del presente contrato, suma que será exigible por la vía ejecutiva sin necesidad de requerimiento o constitución en mora, derechos éstos a los cuales renuncian las partes en su recíproco beneficio. Por el pago de la pena no se extinguen la obligación principal, la cual podrá ser exigida separadamente y la parte perjudicada puede escoger entre la exigencia de que el contrato se cumpla o su resolución por la vía ordinaria, en ambos casos con indemnización de perjuicios, tal y como lo permiten el artículo 870 del Código de Comercio Colombiano. En el evento de demandarse la resolución del contrato por incumplimiento o mora de EL PROMETIENTE TRADENTE, LA PROMETIENTE FIDEICOMITENTE queda desde ahora autorizada para retener la suma pactada como cláusula penal, tomando su valor de las sumas recibidas de EL PROMETIENTE TRADENTE. (Subrayas fuera del texto original).

Teniendo en cuenta el petitum de la demanda, el actor solicitó el pago de la pena pactada por incumplimiento, la ejecución de una de las obligaciones asumidas por la convocada como fueron los accesos y la construcción de unas escaleras eléctricas, además de la restitución o devolución por un supuesto mayor valor reconocido por el Centro Comercial San Diego P.H. a uno de los copropietarios de otro local ubicado en la zona de comidas, concretamente el Señor Jaime Álvarez, valor este que tendría la naturaleza indemnizatoria y que dada la redacción de la cláusula penal, en principio, sería conducente pero a la que el Tribunal se abstendrá de acceder por las razones que seguidamente se exponen.

No puede haber duda alguna de que los diferentes contratos celebrados por el Centro Comercial San Diego P.H. y los propietarios de los locales de comida que se ubicaban en el primer piso, son absolutamente independientes unos de otros, que no obstante tendieran finalmente a la reubicación de la zona de comidas del Centro, sus condiciones obedecieron a actos de voluntad autónomos y seguramente con circunstancias distintas, y que por ende no puede predicarse de ellos que tuvieran necesariamente que celebrarse con identidad de precios o condiciones específicas.

A este argumento, que es suficiente para negar la petición, se puede agregar la absoluta ausencia de prueba idónea en el proceso sobre el precio comercial de cada uno de los inmuebles.

5.5. ASPECTOS DESESTIMADOS

Varios aspectos que vinculan la actividad de las partes han sido mencionados en las diferentes etapas del proceso, sin que puedan ser incorporados en el análisis que hace este Tribunal por cuanto exceden el "petitum" de la provocación, o por su evidente extemporaneidad o inconducencia. Independientemente de que coincidan con la realidad o no, son asuntos ajenos a los que los árbitros deben estimar en sede de Tribunal.

En esa medida, y por las razones anotadas, ninguna referencia a los mismos se realiza en este laudo. A título de ejemplo se mencionan: el compromiso de construir una torre en la Etapa Cuatro (Torre Centro) de la ampliación de San Diego; la obligación de ejecutar el proyecto de los ascensores al segundo piso; la disminución en ventas sufrida por quienes ocupan los locales comerciales que fueron trasladados del primer piso; el flujo peatonal de la zona de comidas del segundo piso; y toda referencia a perjuicios mas allá de los correspondientes a la liquidación de la cláusula penal.

No obstante otros temas, que si bien adquirieron cierto protagonismo en el debate procesal, pero que por su propia tipología o la manera en que se incorporaron a la discusión escapan de la órbita de decisión del Tribunal, son tratados en la parte motiva del fallo. Entre otros se encuentran: el sentido en el cual el provocante participó y votó en el seno de la Asamblea de la copropiedad; la eventual ejecución de mala fe de las obligaciones contractuales debido a la presunta contradicción con los propios actos; la restitución sobre el "justo precio" reconocido a otro comprador (Jaime Álvarez); un presunto mayor valor de compra de \$248.259.530, y la igualdad de condiciones en que deben producirse las negociaciones de todos los locales del centro comercial

5.6. LA OBLIGACIÓN Y SU CUMPLIMIENTO. LAS MODIFICACIONES

La parte provocada asumía, entre otros, el cumplimiento concreto de especificaciones, equipo y amoblamiento (al tenor de la cláusula décima del contrato); la cláusula diecisiete del mismo le autoriza a introducir modificaciones en el anteproyecto sin que estas pudieran llegar a tener la dimensión y virtualidad

de modificar el objeto del contrato que dio origen al consentimiento de las partes, pues tales modificaciones según la cláusula diecisiete no eran de libre imposición sino que debían ser sometidas a acuerdo.

El texto de las cláusulas a que hace referencia el tribunal es el siguiente:

“CLAUSULA DECIMA: ESPECIFICACIONES DEL INMUEBLE OBJETO DE LA PERMUTA PROMETIDA: LA PROMITENTE VENDEDORA se obliga a entregar a LA PROMITENTE COMPRADORA los inmuebles objeto de la compraventa prometida, cumpliendo con las siguientes especificaciones:

- *Estructura: En sistema aporricado diseñado de acuerdo a normas NSR/98 para estructuras convencionales. Las columnas, muros portantes y losas ubicados en el interior de las plantas libres de comercio se entregan al interior en concreto, con el acabado dado por formaletas hechas en tableros de madera aglomerada. Existirán algunas áreas en estructura metálica, las cuales también estarán diseñadas de acuerdo a normas NSR/98.*
- *Fachadas: Muros revocados y pintados. Las fachadas podrán tener variaciones en función de la armonía arquitectónica del conjunto de edificaciones que componen el complejo.*
- *Cielos y pisos: En cielo, las placas estructurales se entregan en concreto en obra negra con el acabado dado por el casetón. Los pisos se entregan en el concreto de la placa estructural, reservando una altura para nivel de piso acabado de 7 cm., el cual será definido e instalado por el comprador o usuario del local comercial.*
- *Mampostería interior: Se entrega la planta abierta de comercio como un espacio totalmente libre de particiones o divisiones interiores. Se entrega la mampostería en los cerramientos perimetrales y buitrones. El acabado de estas áreas van en revoque.*
- *Vitrina: Se entrega vano sobre el frente principal para que el comprador o usuario del local la instale cumpliendo con las normas sobre vitrinismo y fachadas elaboradas por el grupo profesional encargado del diseño del proyecto y que le serán oportunamente comunicadas por el centro comercial.*
- *Instalaciones Eléctricas y Telefónicas*
 - *Capacidad eléctrica de 0,08 kva/m2. para cada local, más una capacidad adicional para el sistema extracción.*
 - *Una caja de tablero eléctrico por local sin protecciones.*

- *Se entrega la energía en el tablero y cada comprador coloca las protecciones, los circuitos internos y los tomas que requiera.*
- *Se entrega energía de emergencia con capacidad para 1 tomacorriente de 110 voltios (300 W) y un plafón (60 w).*
- *Una caja telefónica de donde se pueden derivar tres líneas mas banda ancha, (el propietario deberá solicitar las líneas a Empresas Públicas de Medellín).*
- *Instalaciones hidrosanitarias.*
Se dejarán bajantes para desaguar las instalaciones necesarias en el local, las cuales deberán desarrollarse sobre la losa, para lo cual el propietario o usuario deberá prever los rebancos o sistemas necesarios, adicionalmente la trampa de grasas debe ir debajo de los muebles y corre por cuenta del propietario o usuario, y se entrega solo el diseño.
Para suministro de agua se dejará una válvula de cierre de O1/2" con capacidad de suministro para los aparatos descritos en el párrafo anterior. El local contará con medidor de agua.
- *Instalaciones de gas*
Se dejará previsto suministro de gas para al menos 37.300 KJ/m3 (poder calorífico). El medidor de éste servicio se entregará instalado.

AREAS DE LA COPROPIEDAD ANEXAS

- *Cielos falsos: En áreas de circulaciones, hall ascensores y baños, será plano en placa de yeso con acabado en pintura vinílica.*
- *Pisos generales: En las zonas comunes de comercio se utilizarán los siguientes materiales.*
 - a. *Parqueaderos cubiertos y descubiertos: Concreto.*
 - b. *Resto de zonas comunes, incluidos baños en pisos similares a los que existen actualmente en el Centro Comercial.*
- *Red Hidráulica: Consta de una red alimentada por un tanque de almacenamiento en el nivel inferior del edificio y un tanque de reserva en el último piso, en cumplimiento tanto de las regulaciones nacionales y municipales, como de las EPM, en cuanto a reservas de agua para red de incendio y para consumo y servicio de edificaciones. Cuenta con equipo de bombeo y de presión.*
- *Red sanitaria: Se construirá en tubería de pvc sanitaria los desagües y en tubería pvc liviana las redes de ventilación y de aguas lluvias.*
- *Res de incendio: Red en acero galvanizado para atención de todos los niveles del Centro Comercial con un sistema de gabinetes.*

- *Sistema de aire acondicionado: El sistema general es condensado por agua. Se entregan las torres de enfriamiento de uso común, ubicadas en áreas de terrazas comunes, y el sistema de tuberías de pvc, válvulas y bombas que conforman el sistema y la acometida general a cada piso. En cada local se entrega una tubería de suministro y otro de retorno, cada una con la llave de corte respectiva, y a partir de donde el comprador o usuario de los locales realizará la distribución general del sistema, de acuerdo con las distribuciones y las necesidades internas de cada cual. El comprador o usuario instalará las unidades manejadoras y condensadoras (suministradas por su cuenta y según requerimientos del diseño técnico del aire acondicionado) que requiera en el interior del área que haya adquirido, conforme con la partición de la planta libre, el amoblamiento y la distribución que cada cual realice.*

OTROS EQUIPOS COMUNES

- *Cinco ascensores con capacidad de 17 personas cada uno, capacidad 1.150 kg.*
- *Escaleras eléctricas entre niveles de comercio.*
- *Infraestructura para sistema de sonido en los corredores de circulación del área comercial.*
- *Planta de emergencia que atiende parcialmente las zonas comunes y un tomacorriente (110 V, 300W) y un plafón por local (60w).*
- *Torres de enfriamiento para el aire acondicionado.*
- *Plazoleta de comidas dotada con mesas y sillas.*

PARAGRAFO PRIMERO: Variaciones en las especificaciones. Las especificaciones pueden variar de acuerdo a la disponibilidad de material del mercado, en todo caso de calidades similares a las aquí ofrecidas.

PARAGRAFO SEGUNDO: Será de cargo de EL PROMITENTE TRADENTE la realización de todas las obras restantes para la adecuación del inmueble de la permuta prometida (...)"

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉPTIMA: MODIFICACIONES AL ANTEPROYECTO:
EL PROMITENTE TRADENTE expresamente declara que conoce y acepta que los diseños actuales de la ampliación del **CENTRO COMERCIAL SANDIEGO**, corresponden a un anteproyecto; que dichos diseños pueden ser objetos de modificaciones por razones de los estudios y diseños técnicos tales como estructurales, eléctricos, hidrosanitarios y de redes internas de servicios públicos domiciliarios y en función de las necesidades de espacio de espacio

*de los promitentes compradores (sic). Que en consecuencia, **LA PROMITENTE FIDEICOMITENTE** podrá introducir modificaciones al anteproyecto inicial; las modificaciones que se produzcan en el (los) bien(es) objeto de la permuta prometida deberán acordarse por escrito entre ambas partes contratantes.” (Subraya fuera de texto)*

La no ejecución de las obras de acceso a la nueva zona de comidas del Centro Comercial San Diego no fue objeto de acuerdos modificatorios a los cuales concurrieran las dos voluntades contratantes, como se pactó expresamente en el contrato.

La existencia del contrato (y la del texto en que este se formaliza) no fue objetada, y por el contrario, cuenta con la aceptación pacífica y unánime de las partes.

Este Tribunal ha de concluir que se produjo un incumplimiento contractual por parte de Centro Comercial San Diego P.H., que tal actitud contraria a las obligaciones convencionales no cuenta con ninguna circunstancia de la cual se derive un eximente de responsabilidad, y que deberá procederse al pago de la pena solicitada y pactada, y además al cumplimiento del contrato con estricto ceñimiento, eso sí, a lo que fue solicitado en la demanda o memorial introductorio de las pretensiones, y no más allá.

El comportamiento en el seno de la asamblea de copropietarios y en desarrollo de las obligaciones contractuales que se derivan del acuerdo celebrado entre ellas y al cual se refiere este arbitramento, son escenarios totalmente independientes, órbitas autónomas del ejercicio de la autonomía de la voluntad que en nada influyen la una en la otra, y que exigen separar con nitidez la actitud en cada una de las dos situaciones con el fin de no producir interferencias de las cuales puedan deducirse conclusiones que afecten dicha autonomía e independencia. No cabe duda al Tribunal de que asistir a las asambleas de propietarios o abstenerse de hacerlo, y votar en un sentido o en otro decisiones que correspondan al órgano o no impugnar las mismas, tiene consecuencias totalmente separadas de las que se derivan del comportamiento contractual observado en ejecución del convenio sobre promesa de negocios jurídicos futuros.

Efectivamente, las asambleas de copropietarios constituyen el máximo órgano de administración de la copropiedad y toman decisiones dentro de las facultades que a ellas confieren la ley y los reglamentos, decisiones que pueden ser impugnadas por violación a ella o a estos, bien sea de fondo o de forma, por los integrantes de

esta forma específica de propiedad en su condición de propietarios de bienes privados, según lo establece el artículo 49 de la Ley 675 de 2001, pero nunca estarían legitimados para impugnar decisiones cuando ellas impliquen incumplimientos de contratos válidamente celebrados por la copropiedad, así sea con un copropietario.

Una cosa son las decisiones que toma una asamblea de copropietarios en torno a sus funciones de administradora de los bienes comunes, y otra bien distinta son las decisiones tomadas frente a contratos que como persona jurídica celebra con un tercero, así ese tercero sea propietario también de bienes privados, que para el efecto contractual adquiriría tal calidad.

La llamada teoría de los actos propios, recogida en el aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*, lo que indica que fue heredada del Derecho Romano, es definida por Ludwig Enneccerus de la siguiente manera: *“A nadie es lícito valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”*

En otras palabras y específicamente en materia contractual, las partes deben observar estricta buena fe desde sus relaciones precontractuales y posteriores, y obviamente en el desarrollo y ejecución del contrato. Esta conducta implica transparencia, honestidad, diligencia y lealtad, entre otras.

Ello significa que si un contratante, en desarrollo del convenio y frente a su otro contratante, tolera conductas de este prolongadas en el tiempo que de alguna manera puedan implicar incumplimiento del contrato, posteriormente no podría dolerse de ellas y promover acción de incumplimiento en su contra, pues estaría faltando al principio de la buena fe, específicamente a la lealtad que se deben los contratantes.

En ese orden de ideas, no se podría afirmar que como el señor Francisco Octavio Uribe Toro no impugnó las decisiones tomadas en las asambleas de copropietarios celebradas por el Centro Comercial San Diego P.H. faltó a su lealtad y, en consecuencia, con fundamento en el principio de la buena fe y específicamente obrando en contra de sus propios actos, aceptó el incumplimiento del contrato a que se refiere este proceso.

Ya se analizó que las decisiones tomadas por las diferentes asambleas mencionadas no podían ser impugnadas por las razones expuestas y, como se dijo anteriormente, son escenarios totalmente independientes, órbitas autónomas del ejercicio de la autonomía de la voluntad que nada influyen la una en la otra.

Habiendo fallecido la parte convocante (febrero 11 de 2011) con posterioridad a la promoción del trámite arbitral, los efectos de éste laudo vincularán a los herederos del señor Octavio Uribe Toro, como quiera que el derecho litigioso del que se ocupa este Tribunal no fue objeto de disposición testamentaria por parte del causante.

VI EXCEPCIONES

La parte demandada no propuso ninguna excepción que, demostrada en el proceso, tenga fuerza de enervar las peticiones llamadas a prosperar, conforme a lo motivado precedentemente. Por lo demás, el Tribunal no encontró probado en el expediente ningún hecho impeditivo, modificadorio o extintivo del derecho cuya tutela judicial efectiva ha reclamado el demandante y que deba acoger oficiosamente, como se lo impone el artículo el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

VII COSTAS

CENTRO COMERCIAL SAN DIEGO P.H., como parte que resulta vencida en el proceso, será condenada en costas; pero, dado que no llegan triunfantes todas las pretensiones, la condena por este concepto será parcial. La liquidación de las costas y la fijación de las agencias en derecho se determinan en la parte decisoria de este laudo.

VIII. PARTE RESOLUTIVA DE LA PROVIDENCIA

Con base en las anteriores consideraciones el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias que se presentaron entre Francisco Octavio Uribe Toro, y Centro Comercial San Diego P.H., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por el mandato y por la autoridad que le confiere la ley, dispone:

1. Declarar que Centro Comercial San Diego P.H. incumplió el contrato “promesa de celebración de negocios futuros” celebrado entre las partes el día 14 de septiembre de 2007, sin que se haya probado causal alguna eximente de su responsabilidad patrimonial.

2. Ordenar a Centro Comercial San Diego P.H. a construir, ejecutar y poner en funcionamiento una (1) escalera eléctrica y accesos prometidos que consta en el anteproyecto de la Etapa Cuatro, con las especificaciones plasmadas en el plano que hizo parte del contrato y en los planos generales, y con exclusión de los “otros equipos comunes” (cláusula 1ª del contrato) mencionados en la parte motiva de la providencia, para lo cual se otorga un plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

3. Condenar a Centro Comercial San Diego P.H. a favor de los herederos legales del causante Francisco Octavio Uribe Toro, en la suma de setenta millones ochocientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos pesos (\$70.844.400) correspondiente a la cláusula penal (del 20% del precio de la permuta) prevista en el contrato (cláusula 19ª).

4. Declarar que no procede la condena a que se refiere la pretensión segunda condenatoria.

5. Condenar parcialmente en costas a Centro Comercial San Diego P.H., las cuales se liquidan así: la tercera (1/3) parte de ocho millones novecientos sesenta y tres mil doscientos noventa y nueve pesos con cincuenta centavos (\$8.963.299,50) consignado por la parte provocante para el trámite arbitral, esto es, dos millones novecientos ochenta y siete mil setecientos sesenta y seis pesos con cincuenta centavos (\$2.987.766,50); y la tercera (1/3) parte de ocho millones de pesos (\$8.000.000) por agencias en derecho, es decir, dos millones seiscientos sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos (\$2.666.666,67).

El pago del numeral 3 de la parte resolutive de este laudo se efectuará en la ciudad de Medellín, a más tardar sesenta (60) comunes contados a partir de la ejecutoria de la providencia.

Una vez ejecutoriado el laudo se procederá por la Secretaría a la protocolización del expediente por cuenta de las partes en una Notaría del Círculo de Medellín.

El Presidente rendirá cuenta a las Partes de los recursos suministrados para el funcionamiento del Tribunal.

Del presente laudo se expedirá una (1) copia auténtica a cada una de las partes.

El presente Laudo queda notificado en estrados.


ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ
Arbitro


EDUARDO PINEBA DURAN
Arbitro


ÁLVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO
Secretario


IGNACIO SANÍN BERNAL
Arbitro Presidente